Regieraad Bouw

Consultatiedocument

Leidraad Aanbesteden

voor de bouw

Regieraad Bouw

Commissie Aanbesteden voor de Bouw

Consultatiedocument

Leidraad Aanbesteden

voor de bouw

Tekst:
prof. mr. C.E.C. Jansen, in opdracht van de Regieraad Bouw

Inhoudsopgave

Voorwoord **14**

1 Achtergronden, doel, opzet en inhoud van de Leidraad **18**

2 Begripsomschrijvingen **36**

3 Beslissingen tijdens een aanbestedingsproces **44**

4 Welke onderdelen van de Leidraad zijn relevant voor het concrete geval? **54**

5 Hoe de juiste bouworganisatievorm te kiezen? **58**

6 Hoe de vraag te specificeren? **112**

7 Welke contractvorm te gebruiken? **136**

8 Welke aanbestedingsprocedure te hanteren? **158**

9 Hoe één-op-één te communiceren? **204**

10 Hoe de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria te formuleren, bekend te maken en toe te passen? **248**

11 Hoe het gunningscriterium te formuleren, bekend te maken en toe te passen? **294**

12 Hoe te beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn? **330**

13 Hoe de bouwopdracht aan te kondigen? **358**

14 Welke termijnen dienen er in acht te worden genomen? **372**

15 Hoe dienen beslissingen te worden gemotiveerd? **390**

Voor leeswijzer zie hoofdstuk 1 paragraaf 3.2 *29*

1 Achtergronden, doel, opzet en inhoud van de Leidraad 18

Managementsamenvatting **18**

1 Waarom een Leidraad Aanbesteden voor de bouw? **21**

1.1 Aanbestedingsverplichtingen op grond van wet- en regelgeving 21

1.2 Behoefte aan professionalisering van aanbestedingsbeleid 23

1.3 Leidraad als professionele standaard 26

2 Voor wie is de Leidraad bedoeld? **26**

2.1 Onderscheid tussen beleidsniveau en operationeel niveau 26

2.2 (Semi-)overheidsaanbesteders 26

2.3 Private aanbesteders 27

2.4 Gegadigden en inschrijvers 27

2.5 Overige geïnteresseerden 28

3 Opzet en inhoud van de Leidraad **28**

3.1 Twee onderdelen: tekstdocument en DSS 28

3.2 Leeswijzer tekstdocument 29

3.3 Decision Support System (DSS) 31

3.3.1 De functie van het DSS 31

3.3.2 De werking van het DSS 32

3.4 Koppeling met TenderNed 34

2 Begripsomschrijvingen 36

Managementsamenvatting **36**

1 Inleiding **38**

2 Lijst van in de Leidraad gehanteerde begrippen **38**

3 Beslissingen tijdens een aanbestedingsproces 44

Managementsamenvatting **44**

1 Inleiding **46**

2 Overzicht van aspecten waarover moet worden beslist **46**

2.1 Materiële en formele aspecten van het aanbestedingsproces 46

2.2 Bouworganisatievorm 47

2.3 Vraagspecificatie 48

2.4 Contractvorm 48

2.5 Aanbestedingsprocedure 49

2.6 Informatie-uitwisseling 49

2.7 Uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en selectiecriteria 50

2.8 Gunningscriterium 50

2.9 Na de inschrijving 51

2.10 Beslissing staan nauw met elkaar in verband 51

4 Welke onderdelen van de Leidraad zijn relevant voor het concrete geval? 54

Managementsamenvatting **54**
1 Inleiding **56**
2 Het DSS als vertrekpunt **56**
3 Mogelijke situaties **57**
3.1 Bouworganisatievorm en vraagspecificatie liggen nog niet vast 57
3.2 Bouworganisatievorm en vraagspecificatie liggen vast 57
3.3 Aanbestedingsprocedure ligt vast 57

5 Hoe de juiste bouworganisatievorm te kiezen? 58

Managementsamenvatting **58**
1 Inleiding **60**
2 Wat is een 'bouworganisatievorm'? **60**
2.1 Bouwproces, bouwprocesfuncties en bouworganisatievormen 60
2.2 Bouworganisatievormen en contractvormen 61
3 Waarom dient de bouworganisatievorm goed te zijn doordacht? **63**
3.1 De relatie met het bouwproces 63
3.2 De relatie met het aanbestedingsproces 64
4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden? **65**
4.1 Uitgangspunt: de aanbesteder is vrij in de keuze van de bouworganisatievorm 65
4.2 Kanttekeningen 65
4.2.1 Interne beleidsrichtlijnen 65
4.2.2 Inbesteding 66
4.2.3 Oprichting van of deelname in privaatrechtelijke rechtspersoon 68
4.2.4 Kanttekeningen vanuit de invalshoek van de vraagspecificatie 69
5 Welke keuzemogelijkheden heeft de aanbesteder? **70**
5.1 Vertrekpunt 70
5.1.1 Taken van het bouwproces 70
5.1.2 Belangrijkste hoofdvormen in beeld 72
5.2 Traditionele bouworganisatievorm 73
5.2.1 Korte beschrijving 73
5.2.2 Alleen uitvoering uitbesteden 74
5.2.3 Ontwerp, uitvoering en meerjarig onderhoud gescheiden uitbesteden 74
5.2.4 Bouwteam 75
5.3 Geïntegreerde bouworganisatievorm 76
5.3.1 Korte beschrijving 76
5.3.2 D&B 77
5.3.3 DBM 78
5.3.4 DBFM 79
5.3.5 DBFMO 81
5.4 Alliantie 82
5.4.1 Korte beschrijving 82
5.4.2 Contractuele alliantie 82
5.4.3 Geïnstitutionaliseerde alliantie of IPPS 83
6 Wanneer is de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm doelmatig? **84**
6.1 Vertrekpunt 84
6.2 Overwegingen die een rol spelen bij het maken van de keuze 86
6.2.1 Keuze wordt gemaakt binnen een bepaalde context 86
6.2.2 Afwegen van verschillende aspecten vanuit diverse invalshoeken 86
6.2.3 Interne context 88
6.2.3.1 Invalshoek: Organisatie 88
6.2.3.2 Invalshoek: Financiën 89
6.2.3.3 Invalshoek: Beleid 91
6.2.3.4 Invalshoek: Kennis, ervaring en capaciteit 92
6.2.4 Externe context 94
6.2.4.1 Invalshoek: Markt 94
6.2.4.2 Invalshoek: Politiek en maatschappij 95
6.2.4.3 Invalshoek: Wet en regelgeving 98
6.2.5 Projectcontext 100
6.2.5.1 Invalshoek: Geld 100
6.2.5.2 Invalshoek: Tijd 102
6.2.5.3 Invalshoek: Kwaliteit 104
6.2.5.4 Invalshoek: Invloed op het project 105
6.2.5.5 Invalshoek: Complexiteit 107
6.2.5.6 Invalshoek: Risico's 110

6 Hoe de vraag te specificeren? 112

Managementsamenvatting **112**
1 Inleiding **114**
2 Wat is een 'vraagspecificatie'? **114**
3 Waarom dient de vraagspecificatie goed te zijn doordacht? **116**
4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden? **118**
4.1 Detailniveau van de vraagspecificatie is juridisch vrijgelaten 118
4.2 Mag een marktpartij worden betrokken bij het specificeren van de vraag? 118
4.2.1 Opmerkingen vooraf 118
4.2.2 Aanbesteder betrekt inschrijver als adviseur bij vraagspecificatie 120
4.2.3 Eigen Initiatief 123
4.3 Aanbestedingsrechtelijke grenzen aan de inhoud van de vraagspecificatie 124
4.3.1 Opmerkingen vooraf 124
4.3.2 Eisen moeten proportioneel zijn 125
4.3.3 Eisen moeten gelijke kans waarborgen 126
4.3.3.1 Inleiding 126
4.3.3.2 Opstellen van de vraagspecificatie 127

4.3.3.3 Aanpassen van de vraagspecificatie 129
5 Doelmatig vraagspecificeren 130
5.1 Opmerkingen vooraf 130
5.2 Methoden van vraagspecificeren 130
5.3 Aansluiting zoeken bij overwegingen die tot keuze bouworganisatie-vorm leiden 133

7 Welke contractvorm te gebruiken? 136

Managementsamenvatting 136
1 Inleiding 138
2 Wat is een 'contractvorm'? 138
3 Waarom dient de contractvorm goed te zijn doordacht? 142
4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden? 146
4.1 Uitgangspunt: de aanbesteder is vrij in de keuze van de contractvorm 146
4.2 Kanttekeningen 146
4.2.1 Interne beleidsrichtlijnen 146
4.2.2 Aanbestedingsrechtelijke grenzen 146
4.2.3 Risico van contractenrechtelijk ingrijpen achteraf 149
5 Wanneer is de keuze voor een bepaalde contractvorm doelmatig? 150
5.1 Vertrekpunt 150
5.2 Gestandaardiseerde en/of projectspecifieke contractvoorwaarden? 150
5.3 Eenzijdig of in overleg vastgestelde contractvoorwaarden? 152
5.4 Welke gestandaardiseerde contractvoorwaarden? 153
5.4.1 Tussenconclusie en vertrekpunt 153
5.4.2 Aansluiting zoeken bij overwegingen die tot keuze bouworganisatievorm leiden 153
5.4.2.1 Bouworganisatievorm, vraagspecificatie en contractvorm 153
5.4.2.2 Traditionele bouworganisatievorm 154
5.4.2.3 Geïntegreerde bouworganisatievorm 155
5.5 Welke projectspecifieke contractvoorwaarden? 156

8 Welke aanbestedingsprocedure te hanteren? 158

Managementsamenvatting 158
1 Inleiding 160
2 Wat is een 'aanbestedingsprocedure'? 160
3 Waarom dient de keuze van de procedure goed te zijn doordacht? 163
4 Welke aanbestedingsprocedures zijn in beginsel voorhanden? 166
4.1 Opmerkingen vooraf 166
4.2 Openbare procedure 167
4.3 Niet-openbare procedure 168
4.4 Concurrentiegerichte dialoog 169
4.5 Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking 170
4.6 Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking 171
4.7 Onderhandse procedure 172
4.8 Concessieovereenkomst voor openbare werken 172
4.9 Raamovereenkomst met een enkele ondernemer 174
4.10 Raamovereenkomst met meerdere ondernemers 175
5 Wat zijn de juridische randvoorwaarden? 176
5.1 Voorvraag: bestaat er een aanbestedingsplicht? 176
5.1.1 Aanbestedingsplicht op grond van de Europese aanbestedings-richtlijnen? 176
5.1.2 Aanbestedingsplicht op grond van de jurisprudentie van het HvJ EG? 177
5.1.3 Aanbestedingsplicht op grond van nationale wet- en regelgeving of beleid? 179
5.2 Bijzondere toepassingsvoorwaarden op grond van de Algemene Richtlijn 181
5.2.1 Opmerkingen vooraf 181
5.2.2 Concurrentiegerichte dialoog 182
5.2.3 Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking 182
5.2.3.1 Bij voorafgaande aanbesteding alleen maar onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen 183
5.2.3.2 Vaststelling vooraf van de prijs is niet mogelijk? 186
5.2.3.3 Aanbesteding van een proefproject 187
5.2.4 Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking 187
5.2.4.1 Bij voorafgaande aanbesteding geen of geen geschikte inschrijvingen 187
5.2.4.2 Technische of artistieke redenen; bescherming van exclusieve rechten 189
5.2.4.3 Dwingende spoed als gevolg van onvoorziene gebeurtenissen 190
5.2.4.4 Aanvullende werkzaamheden 190
5.2.4.5 Herhalingsopdracht 191
5.3 Bijzondere toepassingsvoorwaarden op grond van de Richtlijn Nutssectoren 192
6 Welke aanbestedingsprocedure is doelmatig in het concrete geval? 193
6.1 Vertrekpunt 193
6.2 Aansluiting zoeken bij overwegingen die tot keuze bouw-organisatievorm leiden 193
6.3 Wel of geen algemene bekendmaking? 194
6.3.1 Europese aanbesteding 194
6.3.2 Niet-Europese aanbesteding 195
6.4 Voldoende ruimte voor informatie-uitwisseling 196
6.4.1 Aanbestedingsplicht op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen 196
6.4.2 Aanbestedingsplicht op grond van jurisprudentie van het HvJ EG 197
6.5 Openbaar of niet-openbaar? 198
Bijlagen 200

9 Hoe één-op-één te communiceren? 204

Managementsamenvatting **204**
1 Inleiding **206**
2 Wat wordt verstaan onder 'één-op-één communiceren?' **207**
3 Waarom dient het één-op-één communiceren goed te zijn doordacht? **210**
4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden? **211**
4.1 Vertrekpunt 211
4.2 Één-op-één communiceren voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure 214
4.2.1 Vertrekpunt 214
4.2.2 Marktconsultatie 214
4.2.3 Potentiële inschrijver bij het opstellen van de vraagspecificatie betrekken 216
4.2.4 'Eigen Initiatief' 217
4.3 Één-op-één communiceren tijdens een aanbestedingsprocedure 217
4.3.1 Vertrekpunt 217
4.3.2 Verduidelijken van de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen, eventuele selectiecriteria en het gunningscriterium 219
4.3.3 Verduidelijken van de aanmelding als gegadigde 220
4.3.4 Verduidelijken van de eisen in de vraagspecificatie 221
4.3.5 Aanpassen van de eisen in de vraagspecificatie al dan niet in relatie tot een voorgenomen inschrijving 222
4.3.5.1 Vertrekpunt 222
4.3.5.2 Hoofdregel 224
4.3.5.3 Uitzondering: concurrentiegerichte dialoog 229
4.3.6 Verduidelijken en aanpassen van de inschrijving 231
4.3.6.1 Vertrekpunt 231
4.3.6.2 Hoofdregel 232
4.3.6.3 Uitzondering: onderhandelingsprocedures 234
5 Doelmatig één-op-één communiceren **237**
5.1 Vertrekpunt 237
5.2 Doelmatig één-op-één communiceren voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure 237
5.3 Doelmatig één-op-één communiceren tijdens een aanbestedingsprocedure 240
5.3.1 Verduidelijken van de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen, eventuele selectiecriteria, het gunningscriterium en de eisen van de vraagspecificatie 240
5.3.2 Verduidelijken van de aanmelding als gegadigde 241
5.3.3 Aanpassen van de eisen in de vraagspecificatie al dan niet in relatie tot een voorgenomen inschrijving 242
5.3.3.1 Hoofdregel 242
5.3.3.2 Uitzondering: concurrentiegerichte dialoog 244
5.3.4 Verduidelijken en aanpassen van de inschrijving 244
5.3.4.1 Hoofdregel 244
5.3.4.2 Uitzondering: onderhandelingsprocedures 246

10 Hoe de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria te formuleren, bekend te maken en toe te passen? 248

Managementsamenvatting **248**
1 Inleiding **253**
2 Wat zijn 'uitsluitingsgronden', 'geschiktheidseisen' en 'selectiecriteria'? **254**
3 Waarom dienen beslissingen met betrekking tot uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria goed te zijn doordacht? **256**
4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden? **257**
4.1 Uitsluitingsgronden 257
4.1.1 Vertrekpunt 257
4.1.2 Dwingende uitsluitingsgronden 257
4.1.2.1 Overzicht 257
4.1.2.2 Afwijken van de verplichting tot gebruik dwingende uitsluitingsgronden 259
4.1.3 Facultatieve uitsluitingsgronden 259
4.1.3.1 Overzicht 259
4.1.3.2 Formuleren van facultatieve uitsluitingsgronden 262
4.1.3.3 Bekendmaken van facultatieve uitsluitingsgronden 265
4.1.3.4 Wijzigen of aanvullen van facultatieve uitsluitingsgronden 266
4.1.4 Toepassen van dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden 267
4.1.4.1 Vertrekpunt 267
4.1.4.2 Aanbesteders in het algemeen 267
4.1.4.3 Rijksaanbesteders die verplicht zijn de Beleidsregels toe te passen 270
4.2 Kwalitatieve geschiktheidseisen 272
4.2.1 Vertrekpunt 272
4.2.2 Formuleren van geschiktheidseisen 274
4.2.3 Bekendmaken van geschiktheidseisen 277
4.2.4 Wijzigen of aanvullen van geschiktheidseisen 277
4.2.5 Toepassen van geschiktheidseisen 278
4.3 Selectiecriteria 281
4.3.1 Vertrekpunt 281
4.3.2 Formuleren van selectiecriteria, selectiemethode en minimum- en maximumaantal 282
4.3.3 Bekendmaken van selectiecriteria, selectiemethode en minimum- en maximumaantal 285
4.3.4 Wijzigen of aanvullen van selectiecriteria, selectiemethode en minimum-en maximumaantal 285
4.3.5 Toepassen van selectiecriteria en selectiemethode 285
5 Doelmatig uitsluiten, (dis)kwalificeren en selecteren **287**
5.1 Vertrekpunt 287
5.2 Uitsluitingsgronden 287
5.2.1 Wel of geen uitsluitingsgronden van toepassing verklaren? 287
5.2.2 Nadere invulling van open begrippen 'delict in strijd met zijn beroepsgedragsregels' en 'ernstige fout'? 288

5.2.3 Eigen verklaringen en BIBOB-advies vragen? 289
5.3 Kwalitatieve geschiktheidseisen 289
5.3.1 Wel of geen kwalitatieve geschiktheidseisen van toepassing verklaren? 289
5.3.2 Gezichtspunten voor proportionele geschiktheidseisen? 290
5.3.3 Eigen verklaringen vragen? 291
5.4 (Hoe te) selecteren? 292

11 Hoe het gunningscriterium te formuleren, bekend te maken en toe te passen? 294

Managementsamenvatting 294
1 Inleiding 296
2. Wat is een 'gunningscriterium'? 296
3 Waarom dienen beslissingen met betrekking tot het gunningscriterium goed te zijn doordacht? 297
4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden? 300
4.1 Laagste prijs of economisch meest voordelige inschrijving? 300
4.2 Economisch meest voordelige inschrijving 301
4.2.1 Welke aspecten tot criteria te maken? 301
4.2.1.1 Expliciet toegestane aspecten 301
4.2.1.2 Impliciet toegestane aspecten 302
4.2.2 Aan welke vereisten dienen de criteria te voldoen? 305
4.2.3 Aan welke vereisten dienen wegingscoëfficiënten en subcriteria te voldoen? 307
4.3 Bekendmaken van het gunningscriterium 309
4.4 Wijzigen van een inmiddels bekendgemaakt gunningscriterium 311
4.5 Toepassen van het gunningscriterium 313
4.5.1 Hoofdregel: na de inschrijvingstermijn 313
4.5.2 Bijzonderheid: concurrentiegerichte dialoog 315
5 Doelmatig gunnen 316
5.1 Laagste prijs of economisch meest voordelige inschrijving? 316
5.2 Economisch meest voordelige inschrijving 319
5.2.1 Welke aspecten tot criteria te maken? 319
5.2.2 Aan welke vereisten dienen de (sub)criteria te voldoen? 321
5.2.3 Welke systematiek van wegingscoëfficiënten? 322
5.3 Bekendmaken en wijzigen van het gunningscriterium 325
5.4 Toepassen van het gunningscriterium 326

12 Hoe te beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn? 330

Managementsamenvatting 330
1 Inleiding 332
2 Wat wordt bedoeld met 'beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn'? 333
3 Waarom dienen beslissingen na afloop van de inschrijvingstermijn goed te zijn doordacht? 335
4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden? 336
4.1 Vertrekpunt 336
4.2 Uitgangsituatie: de aanbesteder kan gunnen 338
4.2.1 Vragen om verduidelijking en aanvulling van de inschrijving 338
4.2.2 Toestaan dat fouten in (andere) inschrijvingen worden hersteld 340
4.2.3 (Andere) inschrijvingen laten verbeteren 341
4.2.4 Onderhandelen over het wijzigen van de inschrijving die als beste uit de bus komt 342
4.2.5 Afwijzen van de - abnormaal - 'laagste' inschrijving 343
4.2.6 Gunnen aan een andere inschrijver 344
4.2.7 Niet gunnen, annuleren en vervolgens afzien van de bouwopdracht 345
4.2.8 Niet gunnen, annuleren en rechtstreeks gunnen aan een derde 345
4.2.9 Niet gunnen, annuleren en dezelfde bouwopdracht heraanbesteden 346
4.2.10 Niet gunnen, annuleren, bouwopdracht wijzigen en heraanbesteden 347
4.3 Uitgangsituatie: de aanbesteder kan niet gunnen 348
4.3.1 Vragen om verduidelijking en aanvulling van de inschrijving 348
4.3.2 Toestaan dat fouten worden hersteld 349
4.3.3 Annuleren en vervolgens afzien van de bouwopdracht 349
4.3.4 Annuleren en rechtstreeks gunnen aan een derde 349
4.3.5 Annuleren en dezelfde bouwopdracht heraanbesteden 351
4.3.6 Annuleren, bouwopdracht wijzigen en heraanbesteden 351
5 Doelmatig beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn 352
5.1 Uitgangsituatie: de aanbesteder kan gunnen 352
5.2 Uitgangsituatie: de aanbesteder kan niet gunnen 355

13 Hoe de bouwopdracht aan te kondigen? 358

Managementsamenvatting **358**
1 Inleiding **360**
2 Wat is 'aankondigen'? **360**
3 Waarom dient het aankondigen van de opdracht goed te zijn doordacht? **361**
4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden? **362**
4.1 De verplichting tot aankondiging 362
4.2 Inhoud van de aankondiging 365
4.3 Publicatie van de aankondiging 367
5 Doelmatig aankondigen **369**
5.1 Vertrekpunt 369
5.2 Vooraankondiging 369
5.3 Inhoud van de aankondiging 369
5.4 Publicatie van de aankondiging 370

14 Welke termijnen dienen er in acht te worden genomen? 372

Managementsamenvatting **372**
1 Inleiding **374**
2 Wat zijn 'termijnen'? **374**
3 Waarom dienen de in acht te nemen termijnen goed te zijn doordacht? **375**
4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden? **376**
4.1 Berekening van termijnen 376
4.2 Termijnen ingeval van een aanbestedingsplicht op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen 376
4.2.1 Vertrekpunt 376
4.2.2 Openbare procedure 377
4.2.3 Andere procedures die algemeen bekend worden gemaakt 380
4.3 Termijnen ingeval van een niet-Europese aanbestedingsplicht 384
4.3.1 Vertrekpunt 384
4.3.2 Openbare procedure 385
4.3.3 Andere procedures die algemeen bekend worden gemaakt 385
4.3.4 Onderhandse procedure 386
4.4 Gestanddoeningstermijn 387
5 Doelmatig beslissen met betrekking tot termijnen **388**

15 Hoe dienen beslissingen te worden gemotiveerd? 390

Managementsamenvatting **390**
1 Inleiding **392**
2 Wat is 'motiveren'? **392**
3 Waarom dient het motiveren van beslissingen goed te zijn doordacht? **393**
4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden? **394**
4.1 Inhoud van de motivering 394
4.1.1 Vertrekpunt 394
4.1.2 Afwijzen van een gegadigde 394
4.1.3 Afwijzen van een inschrijving 394
4.1.4 Gunning 395
4.1.5 Niet gunnen 396
4.2 Publicatie van de motivering 397
4.2.1 Vertrekpunt 397
4.2.2 Aankondigen van geplaatste bouwopdracht 397
4.2.3 Proces-verbaal 398
5 Doelmatig motiveren **399**

Voorwoord

De Leidraad Aanbesteden vloeit voort uit de behoefte tot professionalisering van het aanbesteden. Aanbesteden is niet eenvoudig. De vraag wat in een bepaald geval de beste methode is om een bouwopgave in de markt te zetten, vergt inzicht en ervaring, terwijl ook het juridisch kader gecompliceerde eisen stelt.
Nieuwe inzichten spelen daarbij een rol. Het is, anders dan vroeger, niet meer vanzelfsprekend dat een aanbesteding plaats vindt op basis van een uitgewerkt bestek dat tegen de laagste prijs wordt gegund. De kwaliteit van de te leveren prestatie kan bevorderd worden door gebruik te maken van de creativiteit, het innovatieve vermogen, maar vooral ook de kennis en ervaring van marktpartijen. Maar het aanbestedingsproces wordt daar wel gecompliceerder door: het is nu eenmaal moeilijker om kwaliteit te beoordelen dan alleen de prijs. Bovendien leidt het gebruik van een bepaalde aanbestedingsprocedure, die in het ene geval duidelijke voordelen biedt, in het andere geval niet automatisch tot het gewenste resultaat.

De Regieraad Bouw, die zich inzet voor vernieuwing in de bouw, heeft daarom het initiatief genomen om een professionele leidraad tot stand te brengen. Met zo'n professionele standaard voor aanbesteden in de bouw kan het proces van professionalisering en daardoor vernieuwing worden ondersteund. De Leidraad heeft betrekking op de aanbesteding van bouwopdrachten die in ieder geval de uitvoering van een werk omvatten, al dan niet in combinatie met andere te leveren prestaties. Gegeven het toepassingsgebied, geeft de Leidraad aan welke overwegingen relevant zijn bij het inrichten van het proces van aanbesteden van werken, en maakt ook duidelijk dat de verschillende fasen in dat proces een duidelijke inhoudelijke samenhang moeten vertonen.
De Regieraad is ervan overtuigd dat de professionalisering van het aanbesteden, waartoe de Leidraad moet bijdragen, grote maatschappelijke baten kan opleveren. Het belang daarvan is aanzienlijk: de gebouwde omgeving wordt voor de lange termijn ontworpen, zodat de kwaliteit ervan jarenlang bepalend zal zijn voor alle gebruikers. Overigens zijn er ook baten op korte termijn: de kosten van het aanbesteden zelf zijn aanzienlijk. Door het maken van doordachte keuzes, en ook door een zekere uniformiteit in procedures kunnen nodeloze kosten bestreden worden. Ook om die reden hoopt de Regieraad op een warm onthaal van de Leidraad.

De Leidraad is een omvangrijk geheel geworden. De bedoeling was om veel kennis bijeen te brengen. Niet alles is voor iedereen van belang, en het is dan ook de bedoeling om in een later stadium op basis van het resultaat dat er nu ligt publicaties en andere ondersteunende instrumenten te maken voor verschillende doelgroepen, zoals beleidsmakers, opleiders en aanbesteders van concrete projecten. Met de verschillen in behoeften is overigens al rekening gehouden door de Leidraad uit twee onderdelen te laten bestaan: dit tekstdocument en een decision support system (DSS). Het DSS is met name bedoeld voor projectleiders en inkopers ter ondersteuning van een concreet aanbestedingstraject. Het tekstdocument kan daarbij dan als referentiemateriaal dienen. Zowel het tekstdocument als het DSS zijn toegankelijk gemaakt via www.leidraadaanbesteden.nl

Om het tekstdocument beter toegankelijk te maken is ieder hoofdstuk van een samenvatting voorzien. Het meest belangrijke onderdeel van ieder hoofdstuk is de vijfde paragraaf, waarin wordt uiteengezet welke beslissingen in welke situaties het beste genomen kunnen worden. Met andere woorden: wat valt als *best practices* te beschouwen? In de voorafgaande paragrafen staan de bouwstenen om tot die conclusies te komen, zoals beschouwingen over het juridisch kader die in de regel steeds in de vierde paragraaf zijn ondergebracht.

Deze basisversie van de Leidraad is opgesteld door een commissie van deskundigen, ingesteld door de Regieraad Bouw[1]. De deskundigen zijn afkomstig van aanbestedende diensten van verschillende overheden, en van marktpartijen. De bedoeling is om na publicatie van deze basisversie een consultatieronde te houden, waarin alle betrokken deskundigen en organisaties zich over de inhoud kunnen uitspreken. Daarbij zal ook aandacht besteed worden aan onderwerpen die nu nog niet aan de orde zijn gekomen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de rol van de architect en andere adviseurs van de aanbesteder, het gebruik van 'past performance' en de vraag wanneer het verstandig is een werk in percelen aan te besteden.
De resultaten van deze ronde zullen verwerkt worden in een volgende versie. Na dit consultatietraject streeft de Regieraad er naar dat alle betrokken partijen en organisaties zich achter de Leidraad als professionele standaard kunnen scharen.

Het tekstdocument is opgesteld door prof. mr. C.E.C. Jansen, hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Het DSS is in opdracht van Regieraad Bouw en PSIBouw ontwikkeld door CROW en Balance&Result. Over de te behandelen onderwerpen en de concepten voor de tekst is in de commissie uitvoerig van gedachten gewisseld, waarbij ook externe experts betrokken zijn geweest[2]. Veel informatie en voorbeelden zijn door leden van de commissie aangedragen.
De Regieraad is prof. Jansen en de overige leden van de commissie veel dank verschuldigd voor hun omvangrijke arbeid. Die dank gaat ook uit naar de ontwikkelaars van het DSS. Het maken van de Leidraad was in verschillende opzichten pionierswerk, waarbij inzichten uit verschillende invalshoeken bijeen gebracht moesten worden. Daardoor vergde het schrijven van het tekstdocument, het ontwikkelen van het DSS en ook het leveren van de zorgvuldige commentaren zoals door veel leden werden ingebracht, meer dan bij de aanvang van het werk werd gedacht, en ook meer dan van het normale participeren in een commissie kan worden verlangd. De Regieraad spreekt graag zijn dank hiervoor uit.

Prof. mr. M. Scheltema
Voorzitter Commissie Leidraad Aanbesteden en lid Regieraad Bouw.

[1] *Voor de samenstelling van de commissie: zie bijlage 1.*
[2] *Voor de lijst van externe experts: zie bijlage 2.*

Bijlage 1

Leden van de Commissie Aanbesteden:

Prof. Mr. M. Scheltema	Regieraad Bouw *(voorzitter)*
Prof. Mr. C.E.C. Jansen	VU Amsterdam *(vice-voorzitter)*
Mr. A.G. Blok	UNETO-VNI
Mw. Mr. A.E. Crama	PSIBouw
Drs. Ing. S.R. Doornbos	Ministerie VROM
Ir. H. van de Horst	PSIBouw
Mr. P.W. Kraak	Ministerie VenW
Ir. P.S.P. Kuijpers	Balance & Result
Mr. A.B.C.M.F. Linders	VNG
Ir. A.J.B. Lohman	Regieraad Bouw *(secretaris)*
Mw Mr. N.C.J.M. Mallens	VNO-NCW
Drs. H.H.F.M. van den Oever	UNETO-VNI
Mw. Mr. F. Rasenberg	BNA
Ing. T.G. van Reeuwijk	CROW
Ir. B.H. Regtuijt	Regieraad Bouw *(secretaris)*
Mw. Mr. L.B. Sauerwein	BNA
Mr. M.J.Z. Stijnders	ONRI
Mr. J.A. Theisens	Ministerie EZ
Mw. Ir. S. in 't Veld	Regieraad Bouw *(secretaris)*
Ing. H.C. Verkerk	Ministerie EZ
Mr. D.E. van Werven	Bouwend Nederland
Ir. H.J.L.M. Wijnen	PIANOo

Bijlage 2

Externe experts:

Mr. B. van den Berg	ProRail
Mr. J.J. Blok	Ministerie VROM
Drs. J-D.L. Bolk	Ministerie VROM
Mr. J.S.R. Bruins	Ministerie LNV
Mr. M.P.J.G. Daanen	Ministerie EZ
Mr. M.A.H. van Esch	Unie van Waterschappen
Mr. R.H. Gribnau	Ministerie van Defensie
Mr. M.O. Meulenbelt	Howrey LLP
Ir. J.J.A. Mieris	Structon Integrale Projecten
Mw. mr. S. Mutluer	VU Amsterdam
Mr. J. Oehler	Ministerie LNV
Mr. E.H. Pijnacker Hordijk	De Blauw Blackstone W.
Ir. G.J. van de Pol	GMB
Drs. K.A. Ravesloot	MKB-NL
Mr. Dr. H.D. van Romburgh	Ministerie LNV
Ir. M. Th. van Staveren	MBA, GeoDelft
Mw. Mr. N. Trappenburg	Ministerie EZ
Mw. Mr. M.H.J. van Wieringen	IPO / provincie Zuid-Holland
Mr. P.J. Wintgens	BAM Groep
Ing. B. Witteveen	CROW

Achtergronden, doel, opzet en inhoud van de Leidraad

1

Managementsamenvatting

Waarom een Leidraad Aanbesteden voor de bouw?

- **(Semi-)overheidsaanbesteders in de bouw zijn vaak verplicht tot het aanbesteden van bouwopdrachten conform bepaalde procedurevoorschriften. De afgelopen jaren is gebleken dat dat niet altijd zonder problemen verloopt. Het komt regelmatig voor dat een aanbesteding niet goed uitpakt.**
- **Uit onderzoek is gebleken dat de aanbestedingsregels maar zeer ten dele voor die problemen verantwoordelijk zijn. Het lijkt er eerder op dat aanbestedingen vaak onvoldoende professioneel worden voorbereid en aangepakt. Voor professionalisering van aanbestedingsbeleid - want daar gaat het uiteindelijk om - is echter meer nodig dan regels alleen.**

Wat is het doel van de Leidraad?

- **In aanvulling op de bestaande wet- en regelgeving probeert de Leidraad Aanbesteden voor de Bouw aanbesteders te ondersteunen bij een betere voorbereiding en aanpak van aanbestedingen. De Leidraad probeert dat te doen op een manier die aanbesteders in staat stelt alle in het geding zijnde belangen op een zo doelmatig en juridisch verantwoord mogelijke manier te dienen.**
- **De kernboodschap die de Leidraad in dat verband probeert uit te dragen, is de volgende. Voor de goede afloop van een bouwproces is het van belang dat een aanbesteder het aanbestedingsproces vooraf goed doordenkt. Uiteindelijk gaat het er om dat hij de in dat kader te nemen beslissingen onderling goed op elkaar afstemt en dat hij dat doet vanuit het perspectief van de doelstellingen die hij met het bouwproces als geheel voor ogen heeft in termen van kwaliteit, tijd en kosten.**

Wat is de status van de Leidraad?

- **De Leidraad heeft geen juridische status. Dat betekent dat aanbesteders zelf kunnen bepalen of zij de Leidraad zullen hanteren. Het dringend advies is overigens om dat toch zoveel mogelijk te doen.**

Voor wie is de Leidraad bedoeld?

- **De Leidraad is voornamelijk bedoeld voor (semi-)overheidsaanbesteders die verplicht zijn tot het aanbesteden van werken. De opdracht tot het realiseren van een werk kan natuurlijk ook betrekking hebben op het verrichten van ontwerp- en adviesdiensten (D&B, D&C), het meerjarig onderhoud (DBM), de financiering (DBFM) en exploitatie van bouwprojecten (DBFMO). Ook de aanbesteding van dergelijke opdrachten wordt door de Leidraad bestreken. De Leidraad ziet echter (nog) niet op de aanbesteding van opdrachten die enkel bestaan uit het verrichten van ontwerp- en adviesdiensten.**
- **Binnen de doelgroep van (semi-)overheidsaanbesteders maakt de Leidraad een nader onderscheid tussen beleidsmakers enerzijds en inkopers en projectleiders anderzijds. Dat onderscheid houdt verband met de opzet van de Leidraad.**

Hoe is de Leidraad opgezet?

- **De Leidraad bestaat uit twee onderling op elkaar afgestemde onderdelen: dit tekstdocument en het 'decision support system' (DSS). Dit tekstdocument, voorzien van een uitgebreide zoekfunctie, en het DSS zijn toegankelijk via www.leidraadaanbesteden.nl**

- **Het tekstdocument is primair bedoeld voor beleidsmakers die de Leidraad willen gebruiken bij het ontwikkelen en verbeteren van het aanbestedingsbeleid van hun organisatie. Het DSS is vooral bedoeld voor projectleiders en inkopers die de Leidraad praktisch willen gebruiken bij de aanbesteding van concrete bouwopdrachten.**

Hoe is dit tekstdocument opgebouwd?

- **Het tekstdocument bevat allereerst een aantal inleidende hoofdstukken en behandelt vanaf hoofdstuk 5 het gefaseerde verloop van een aanbestedingsproces. In de hoofdstukken 5 t/m 15 komen de belangrijkste aspecten van dat proces aan bod, zoals de keuze van de bouworganisatievorm (hoofdstuk 5), de vraagspecificatie (hoofdstuk 6), de contractvorm (hoofdstuk 7), de keuze van de aanbestedingsprocedure (hoofdstuk 8), het uitwisselen van informatie tijdens de procedure (hoofdstuk 9), de in het kader van de procedure te hanteren uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en nadere selectiecriteria (hoofdstuk 10), de gunningscriteria (hoofdstuk 11), de vraag welke strategieën de aanbesteder zou kunnen volgen na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen (hoofdstuk 12), de aankondiging (hoofdstuk 13), het in acht nemen van termijnen (hoofdstuk 14) en het motiveren van beslissingen (hoofdstuk 15).**
- **Het doel van elk hoofdstuk is antwoord te geven op de vraag hoe de aanbesteder ten aanzien van het in het hoofdstuk centraal staande aspect het beste tot beslissingen kan komen. De hoofdstukken hebben om die reden bijna allemaal dezelfde opbouw.**
- **Paragraaf 3 van elk hoofdstuk sluit aan bij de kernboodschap die de Leidraad probeert uit te dragen. Die paragraaf plaatst het centraal staande aspect telkens in het bredere kader van het doel dat de aanbesteder met de aanbesteding voor ogen heeft en de procesinrichting die nodig is om dat doel te bereiken. Hier kan de lezer dus nagaan waarom het belangrijk is vooraf goed na te denken.**
- **Paragraaf 4 van elk hoofdstuk maakt inzichtelijk wat de juridische randvoorwaarden zijn waarmee rekening moet worden gehouden bij het nemen van beslissingen. Het gaat hier om weerbarstige**

materie die zich niet tot een paar simpele regels laat terugbrengen. De lezer die zich deze materie al voldoende eigen heeft gemaakt, of die vooral is geïnteresseerd in 'best practices', zou paragraaf 4 eventueel kunnen overslaan en zich tot paragraaf 5 van het betreffende hoofdstuk kunnen beperken.

- **Paragraaf 5 van elk hoofdstuk geeft telkens aan hoe de aanbesteder - gegeven de beschikbare juridische ruimte - vanuit een oogpunt van doelmatigheid de aanbesteding het beste zou kunnen aanpakken. Dit is dus de paragraaf waarin de aanbevelingen tot het volgen van zogenoemde 'best practices' zijn opgenomen.**

Wat doet het DSS?

- **Projectleiders en inkopers doen er verstandig aan het DSS als vertrekpunt te nemen bij de aanbesteding van concrete bouwopdrachten en het tekstdocument in dat kader vooral als naslagwerk te gebruiken. Het tekstdocument is voor dat doel overigens op gebruikersvriendelijke wijze digitaal toegankelijk gemaakt binnen het DSS.**
- **Het DSS geeft de gebruiker advies over de wijze waarop een concrete aanbesteding het beste kan worden aangepakt. Het gaat daarbij dan om dezelfde aspecten van het aanbestedingsproces als die welke in het tekstdocument staan belicht.**
- **Het advies van het DSS is gebaseerd op gegevens die de gebruiker zelf in het DSS heeft ingevoerd.**

Wat is de relatie tussen de Leidraad en TenderNed?

- **De Leidraad en TenderNed zijn indirect aan elkaar gekoppeld. Gebruikers van het DSS kunnen vanuit dat systeem doorschakelen naar en gebruik maken van TenderNed, terwijl TenderNed op zijn beurt gebruikers wijst op de mogelijkheden die het DSS biedt.**

1 Waarom een Leidraad Aanbesteden voor de bouw?

1.1 Aanbestedingsverplichtingen op grond van wet- en regelgeving

De Leidraad Aanbesteden voor de bouw is bedoeld voor de aanbesteding van bouwopdrachten die in ieder geval bestaan uit het uitvoeren van een werk. De Leidraad heeft ook betrekking op de aanbesteding van bouwopdrachten die - naast het uitvoeren van een werk - nog andere prestaties omvatten, zoals het verrichten van ontwerp- en adviesdiensten, het (meerjarig) onderhoud van het gerealiseerde werk, alsook de financiering en exploitatie daarvan. De Leidraad heeft echter geen betrekking op de aanbesteding van opdrachten die alleen maar bestaan uit hetzij het verrichten van ontwerp- en adviesdiensten of andere diensten, hetzij het leveren van bouwproducten.

Bouwopdrachten moeten op grond van wet- en regelgeving vaak worden aanbesteed conform bepaalde procedurevoorschriften. Het gaat hier in de eerste plaats om de Europese verplichting van (semi-)overheden tot het volgen van een aanbestedingsprocedure indien een bouwopdracht een geraamde waarde van € 5.150.000,- of meer vertegenwoordigt.

Toelichting

Deze verplichting om 'Europees' aan te besteden raakt zowel de overheid (Rijksdiensten, provincies, gemeenten, waterschappen en publiekrechtelijke instellingen) als de semi-overheid (nutsbedrijven). De verplichting vloeit voort uit een tweetal Europese aanbestedingsrichtlijnen, te weten Richtlijn 2004/18/EG (Algemene Richtlijn) en Richtlijn 2004/17/EG (Richtlijn Nutssectoren). Deze Richtlijnen zijn via de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen van 1993 in Nederland geïmplementeerd in een tweetal algemene maatregelen van bestuur, te weten het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass) van 2005. Uit deze wet- en regelgeving kan worden afgeleid welke (semi-)overheden in welke gevallen een bouwopdracht conform de daarin uitgewerkte procedurevoorschriften Europees moeten aanbesteden.
Voor de bouwministeries geldt daarenboven dat zij bij het Europees aanbesteden van bouwopdrachten - in aanvulling op de hiervoor genoemde procedurevoorschriften - ook verplicht zijn de bepalingen van het Aanbestedingsreglement Werken van 2005 (ARW 2005) in acht te nemen. Die verplichting vloeit voort uit de Beleidsregels aanbesteding van werken van 2005 (BAW). Voor de andere overheden en semi-overheden geldt die verplichting weliswaar niet, maar ook zij passen het ARW 2005 in de praktijk in veel gevallen toe wanneer er een verplichting tot Europees aanbesteden bestaat.

Rijksdiensten die bouwopdrachten Europees aanbesteden zijn bovendien verplicht de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren van 2004, zoals gewijzigd in 2005, in acht te nemen. Deze verplichting is gebaseerd op de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur van 2002 (Wet BIBOB). Voor de andere overheden en semi-overheden geldt deze verplichting niet.

Een bouwopdracht voldoet natuurlijk niet altijd aan de toepassingsvoorwaarden van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Hier kan met name worden gedacht aan bouwopdrachten die een waarde vertegenwoordigen van een bedrag onder de drempel van € 5.150.000,- ligt. Ook in zo'n geval kan een overheid of semi-overheid overigens tot aanbesteden verplicht zijn, hetzij op grond van het Europees recht, hetzij op grond van nationale wet- en regelgeving, waaronder ook verordeningen van lagere overheden begrepen kunnen worden.

Toelichting

Dat zo'n verplichting kan bestaan, volgt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. Het Hof heeft die jurisprudentie samengevat in de zaak C-47/06 (SECAP) van 15 mei 2008.

Het Hof heeft in deze zaak geoordeeld dat de Europese aanbestedingsrichtlijnen weliswaar niet van toepassing zijn in gevallen die niet expliciet door de Richtlijnen worden geregeld, maar dat een en ander niet wegneemt dat de fundamentele regels en algemene beginselen van het Verdrag altijd in acht moeten worden genomen. Het Hof stelt in dat verband overigens als voorwaarde dat de betrokken opdracht een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' moeten vertonen. Relevante gezichtpunten die het Hof in dat verband noemt, zijn: de geraamde waarde en de technische aard van de opdracht alsook de plaats van uitvoering. Deze - overigens niet limitatieve - gezichtspunten moeten in onderlinge samenhang worden bezien.

Indien nationale wet- en regelgeving op dit punt ontbreekt, is het - aldus het Hof - aan de aanbesteder zelf om te beoordelen of in een concreet geval aan het 'grensoverschrijdend belang'-criterium is voldaan, hetgeen vervolgens door de rechter kan worden getoetst. Instructief lijkt in dat verband de opmerking van het Hof dat in nationale wetgeving kan worden bepaald aan de hand van welke (met elkaar samenhangende) objectieve criteria moet worden vastgesteld of in een concreet geval sprake is van 'grensoverschrijdend belang'. Naast de hiervoor genoemde gezichtspunten, wijst het Hof in dat verband nog op de economische betekenis van de opdracht in het concrete geval alsook op de mogelijkheid dat een opdracht moet worden uitgevoerd in een agglomeratie die zich op het grondgebied van verschillende lidstaten bevindt. In zo'n geval kan het zijn, aldus het Hof, dat ook een opdracht van een ogenschijnlijk geringe waarde een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

Op dit moment is nog niet precies duidelijk voor welke overheden en semi-overheden nu eigenlijk de verplichting geldt om ook buiten de in de Europese aanbestedingsrichtlijnen geregelde gevallen te onderzoeken of een bouwopdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Evenmin is duidelijk wat het nu precies betekent dat een aanbesteder dient te voldoen aan de fundamentele regels en beginselen van het Verdrag, indien onderzoek in het concrete geval heeft uitgewezen dat aan het grensoverschrijdend belang-criterium is voldaan. Meer concreet rijst de vraag of er dan moet worden aanbesteed en, zo ja, hoe dat dan precies dient te worden geoperationaliseerd.

Voor de bouwministeries worden deze vragen overigens voor een deel beantwoord door het eerder genoemde BAW. Die Beleidsregels voorzien voor hen namelijk (óók) in een aanbestedingsverplichting - met inbegrip van de verplichting tot het hanteren van het ARW 2005 - in een aantal niet door de Europese aanbestedingsrichtlijnen bestreken gevallen. Daaronder bevindt zich met name ook het geval dat de geraamde waarde van de bouwopdracht een bedrag vertegenwoordigt dat beneden de drempel van € 5.150.000,- ligt.

Voor andere overheden en semi-overheden geldt het BAW niet. In de regel zal het echter zo zijn dat zij ook nu al tot aanbesteden verplicht zijn wanneer de waarde van de bouwopdracht beneden de drempel van € 5.150.000,- ligt. Die verplichting vloeit dan bijvoorbeeld voort een provinciale of gemeentelijke verordening, of uit interne beleidsrichtlijnen. Denkbaar is bovendien dat dergelijke lagere verordeningen en beleidsrichtlijnen in zo'n geval de aanbesteder verplichten tot het hanteren van het ARW 2005.

Soms is een overheid of semi-overheid op grond van de hierboven genoemde wet- en regelgeving niet verplicht tot aanbesteden, of ontbreekt de verplichting om in het kader van een aanbesteding gebruik te maken van een gereguleerde aanbestedingsprocedure. In zo'n geval kan een aanbesteder eventueel vrijwillig overgaan tot het volgen van een eigen dan wel een gereguleerde aanbestedingsprocedure.

1.2 Behoefte aan professionalisering van aanbestedingsbeleid

De afgelopen jaren is gebleken dat aanbestedingsprocedures in de bouw niet zonder problemen verlopen. Dat geldt met name voor die procedures die verplicht moeten worden toegepast door (semi-)overheidsaanbesteders op grond van wet- en regelgeving.

Toelichting

Het problematisch verloop van aanbestedingsprocedures in de bouw kan op verschillende manieren tot uitdrukking komen. In de eerste plaats is het zo dat er veelvuldig juridische procedures worden gevoerd over vermeende fouten die door een aanbesteder zouden zijn gemaakt tijdens de aanbestedingsprocedure. Ook komt het regelmatig voor dat een aanbestedingsprocedure mislukt, of anderszins een uitkomst vertoont die niet beantwoordt aan de verwachtingen van de betrokken aanbesteder. Het problematisch verloop van een aanbestedingsprocedure kan ook tot uitdrukking komen tijdens de realisatiefase van het bouwproject dat is aanbesteed. Te denken valt aan het voorbeeld waarbij keuzes die zijn gemaakt in het kader van de aanbestedingsprocedure tot een suboptimale uitkomst van het bouwproces leiden.

De Regieraad Bouw heeft in 2006 onderzocht of en in hoeverre een relatie bestaat tussen de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving en de hierboven bedoelde problemen.

Bron

Zie: Regieraad Bouw, Beter aanbesteden in de bouw. Regels bieden ruimte voor kwaliteit, efficiency en innovatie, Gouda 2006.

De kernvraag die de Regieraad Bouw in dat kader heeft geprobeerd te beantwoorden, is of en in hoeverre die wet- en regelgeving als het ware verhindert dat aanbesteders in de bouw in alle opzichten verstandige beslissingen nemen.

Toelichting

In hoofdstuk 3 wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste aspecten van een aanbestedingsproces ten aanzien waarvan aanbesteders in de bouw zoal beslissingen dienen te nemen.

Beslissingen van aanbesteders kunnen als verstandig worden beoordeeld, wanneer daarmee de belangen van alle bij een aanbesteding betrokken partijen en ook de achterliggende maatschappelijke belangen op een evenwichtige manier worden gediend.

Bron

Primaire belangen

Welke zijn die belangen die met elkaar in evenwicht gebracht moeten worden? Om te beginnen zijn dat de primaire belangen van aanbesteder en aanbieder.

- *De aanbesteder heeft behoefte aan de oplossing van een bepaald probleem. Aan die behoefte dient tegen zo laag mogelijke totaalkosten te worden voldaan door het leveren van een kwalitatief hoogwaardige prestatie met oog voor een optimale levensduur. Op het moment dat de aanbesteder een onderneming contracteert, dient zo veel mogelijk duidelijkheid te bestaan over de verwachte omvang van die totaalkosten.*
- *Een onderneming die aan een aanbestedingsprocedure deelneemt hecht in de eerste plaats belang aan bedrijfscontinuïteit. Dat belang wordt gediend wanneer de onderneming in staat is haar kosten en investeringen terug te verdienen. Daarnaast heeft een onderneming belang bij winstmaximalisatie.*
  Een onderneming zal deze belangen in de regel zelf proberen te bevorderen door te streven naar een sterke marktpositie via het leveren van kwalitatief hoogwaardige oplossingen.

Afgeleide belangen
Er bestaat een natuurlijke spanning tussen het primaire belang van de aanbesteder en dat van een onderneming die aan een aanbesteding in de bouw deelneemt. Die spanning is per definitie aanwezig in elke commerciële contractuele relatie. Iedere partij streeft immers naar een optimale realisatie van het eigen primaire belang. Onderzoek leert overigens dat partijen het beste af zijn wanneer ze daarbij proberen hun belangen zoveel mogelijk met elkaar in evenwicht te brengen. In dat kader hebben zij tevens een gemeenschappelijk belang bij het goed afwegen van een aantal afgeleide belangen. Afgeleide belangen zijn het efficiency-belang, het innovatiebelang en het mededingingsbelang.

Efficiencybelang
De primaire belangen van partijen zijn erbij gebaat dat de transactiekosten, die met de realisatie van een bouwproject zijn gemoeid, zo laag mogelijk blijven. Ook worden de primaire belangen gediend wanneer partijen voortdurend rationele beslissingen nemen en contracten sluiten op basis van volledige en juiste informatie. Dit zijn allemaal afgeleide belangen die men kan samenvatten onder de noemer efficiencybelang.

Innovatiebelang
Het is voorts van belang dat aanbesteders ondernemingen de ruimte geven om innovatieve oplossingen aan te bieden. Kwaliteit en innovatie in de bouw zijn inmiddels sectorbreed onderschreven thema's. Niet alleen de aanbesteder en de samenleving profiteren daarvan. Ook de aan een aanbesteding deelnemende onderneming heeft er belang bij dat zij de kans krijgt zich door het leveren van kwaliteit te onderscheiden van andere ondernemingen.

Mededingingsbelang
Het mededingingsbelang houdt in dat ondernemingen in volledige concurrentie met elkaar aanbiedingen doen en dat de aanbesteder alle ondernemingen dezelfde faire kans biedt de opdracht te verwerven. Sommige markten kennen echter geen volledige mededinging. Zo is er op de markt van door de overheid geïnitieerde bouwprojecten in de regel sprake van een vragersmonopolie. Via aanbestedings- en mededingingsregels wordt niet alleen bewerkstelligd dat er mededinging plaatsvindt, maar ook dat die mededinging fair is.

Maatschappelijke belangen
Er worden ook maatschappelijke belangen gediend met het verwezenlijken van de primaire en afgeleide belangen van de bij een aanbesteding betrokken partijen. Optimale verwezenlijking van die belangen houdt immers in dat geprobeerd wordt een zo hoog mogelijk economisch nut te realiseren. Daarmee worden welvaart en welzijn van de samenleving vergroot. De kostenefficiënte realisatie van kwalitatief hoogwaardige bouwprojecten met een optimale levensduur is eveneens een maatschappelijk belang. Dat geldt ook voor een economisch gezonde bouwsector.

Uit: Regieraad Bouw, Beter aanbesteden in de bouw. Regels bieden ruimte voor kwaliteit, efficiency en innovatie, Gouda 2006, p. 8-9.

Uit het onderzoek van de Regieraad Bouw is gebleken dat - anders dan sommigen wel eens lijken te veronderstellen - de bestaande wet- en regelgeving maar zeer ten dele verantwoordelijk is voor het feit dat aanbesteders in de bouw zo nu en dan beslissingen nemen die suboptimaal uitpakken vanuit het perspectief van de hierboven bedoelde belangen. Voor wat betreft de meeste van die beslissingen blijken die wet- en regelgeving namelijk helemaal geen dwingend keurslijf te zijn. Integendeel, de regels blijken aanbesteders juist heel veel ruimte te bieden om beslissingen te nemen waarmee tegemoet kan worden gekomen aan alle belangen die in de context van een aanbesteding in de bouw spelen. Het gaat er vervolgens om, hoe aanbesteders met de geboden ruimte omgaan.

Toelichting
Opgemerkt dient te worden dat aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving vooral aanzetten tot het nemen van beslissingen waarmee het belang van (faire) mededinging wordt gediend. Het gevolg daarvan lijkt dan te zijn dat een aanbesteder niet altijd goed kan beoordelen hoe hij moet omgaan met de ruimte die het aanbestedingsrecht hem biedt teneinde ook de overige in het geding zijnde belangen te dienen, zonder daarbij afbreuk te doen aan het mededingingsbelang. Het feit dat er een ruime mate van vrijheid bestaat om in alle opzichten verstandige beslissingen te nemen, wil nog niet zeggen dat een aanbesteder ook in alle gevallen in staat is dat te doen.

Wat velen daarom zien als een probleem van aanbestedings*recht*, lijkt in werkelijkheid vooral een probleem van aanbestedings*beleid* te zijn. Waar veel aanbesteders in de bouw op dit moment vooral behoefte aan lijken te hebben, zijn instrumenten die hen in staat stellen hun aanbestedingsbeleid te professionaliseren.

Toelichting
Professioneel aanbestedingsbeleid houdt in dat een aanbesteder binnen de kaders van de geldende aanbestedingsregels zodanige beslissingen tijdens een aanbestedingsproces neemt dat hij daarmee niet alleen het mededingingsbelang dient, maar ook de overige hierboven geschetste individuele en maatschappelijke belangen voldoende tot hun recht laat komen.

Aanbesteders in de bouw moeten zich realiseren dat de wet- en regelgeving - zoals de Europese aanbestedingsrichtlijnen, het Bao, het Bass en het ARW 2005 - niet zijn opgesteld met het oog op die professionalisering. Die regels hebben alleen tot doel te bewerkstelligen dat aanbesteders zich in hun aanbestedingsbeleid rekenschap geven van het (beperkte) mededingingsbelang. De regels geven weliswaar antwoord op de vraag wat juridisch wel en niet is toegestaan, maar maken vervolgens niet duidelijk welke beslissing vanuit een oogpunt van doelmatigheid in het concrete geval het beste zou kunnen worden genomen, gegeven de juridische ruimte die daarvoor bestaat.

Voorbeeld
Ingeval van toepassing van de niet-openbare procedure heeft een aanbesteder de keuze uit twee gunningscriteria: het criterium van de laagste prijs en het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Zie art. 53 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 55 lid 1 Richtlijn Nutssectoren. Zie ook art. 54 lid 1 Bao, art. 56 lid 1 Bass en art. 3.17.1 ARW 2005. Nergens in de wet- en regelgeving vindt men echter het antwoord op de vraag onder welke omstandigheden een aanbesteder vanuit een oogpunt van doelmatigheid het beste voor het ene dan wel het andere criterium kan kiezen.

Aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving dwingt aanbesteders in de bouw tot verdere professionalisering van hun aanbestedingsbeleid, maar biedt daar zelf onvoldoende instrumentarium voor. De Leidraad probeert daarom in aanvulling op de wet- en regelgeving te voorzien in een behoefte die in de praktijk leeft. De Leidraad doet dat door aanbesteders in de bouw te ondersteunen bij het nemen van beslissingen tijdens aanbestedingsprocessen, en wel op zo'n manier dat aanbesteders daardoor alle in het geding zijnde belangen op een zo doelmatig en juridisch verantwoord mogelijke manier kunnen dienen.

1.3 Leidraad als professionele standaard

De Leidraad is geen onderdeel van de voor (semi-)overheden bindende aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving die staat beschreven in *par. 1.1.* De Leidraad heeft ook overigens geen juridische status. Dat betekent dat aanbesteders in de bouw de vrijheid hebben om zelf te bepalen of en in hoeverre zij de Leidraad zullen hanteren bij het ontwikkelen van hun inkoop- en aanbestedingsbeleid en bij de toepassing daarvan in de praktijk.

Toelichting

Niettegenstaande deze vrijheid kan het overigens zo zijn dat binnen de organisatie van een aanbesteder beleid is vastgesteld op grond waarvan er in ieder geval een interne verplichting bestaat de Leidraad in bepaalde gevallen te hanteren. Die interne verplichting kan bovendien externe werking krijgen, bijvoorbeeld wanneer de verplichting tot toepassing van de Leidraad wordt vastgelegd in lagere regelgeving, zoals een gemeentelijke verordening. Een aanbesteder kan zich ook zelf aan de Leidraad binden, bijvoorbeeld wanneer hij aan de ondernemingen die deelnemen aan een door hem georganiseerde aanbestedingsprocedure vooraf de toezegging heeft gedaan zich aan de inhoud van de Leidraad te zullen conformeren.

Zonder afbreuk te willen doen aan de hierboven bedoelde vrijheid wordt overigens sterk aanbevolen zoveel mogelijk van de Leidraad en de daarin opgenomen adviezen gebruik te maken. De Leidraad heeft het karakter van een professionele standaard. Voor de aanbesteder die zichzelf professioneel acht, zijn er goede gronden om de Leidraad te gaan hanteren. Daarmee is overigens tegelijkertijd gezegd dat het voor aanbesteders altijd mogelijk blijft eigen invulling te geven aan hun beleid wanneer zij daar goede gronden voor hebben, zelfs wanneer dat er toe zou leiden dat daarmee wordt afgeweken van de Leidraad.

2 Voor wie is de Leidraad bedoeld?

2.1 Onderscheid tussen beleidsniveau en operationeel niveau

In de navolgende paragrafen zullen de verschillende doelgroepen van de Leidraad kort worden belicht. In dat kader zal blijken dat de Leidraad met name is bedoeld voor toepassing door (semi-)overheidsaanbesteders. Dat komt omdat de Leidraad specifiek is ontwikkeld vanuit de door deze aanbesteders breed onderschreven behoefte aan een professionele standaard. Die behoefte bestaat dan zowel op beleidsniveau als op operationeel niveau.

Toelichting

Beleidsmakers hebben met name de behoefte om het aanbestedingsbeleid van hun organisatie rationeel te toetsen, vast te stellen en te onderbouwen. Inkopers en projectleiders zijn vanuit hun organisatie belast met het operationaliseren van het aanbestedingsbeleid en dragen verantwoordelijkheid voor het voorbereiden en afwikkelen van aanbestedingsprocessen in het concrete geval.

Voor alle hierna nog te bespreken doelgroepen van aanbesteders geldt dat zij de Leidraad zowel op beleidsniveau als op operationeel niveau kunnen hanteren.

2.2 (Semi-)overheidsaanbesteders

De Leidraad is in de eerste plaats bedoeld voor (semi-)overheidsdiensten die op grond van het Bao of het Bass wettelijk verplicht zijn een bouwopdracht Europees aan te besteden waarbij - voor zover het de bouwministeries betreft - ook nog de aanvullende verplichting kan bestaan het ARW 2005 toe te passen.

Toelichting

Alle (semi-)overheidsdiensten die een bouwopdracht Europees moeten aanbesteden - ook wanneer zij niet tot de bouwministeries behoren, zoals gemeentelijke en provinciale overheden - wordt geadviseerd de Leidraad te hanteren in de context van de toepassing van het ARW 2005. De inhoud van Leidraad is daar namelijk zoveel mogelijk op afgestemd. Overigens is het zo dat het ARW 2005 reeds in belangrijke mate vrijwillig door die lagere overheden wordt gevolgd.

De Leidraad is ook bedoeld voor (semi-)overheidsdiensten die een bouwopdracht moeten aanbesteden - niet omdat het Bao of Bass hen daartoe verplicht - maar op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG.

Toelichting

Een gemeente of provincie is op grond van het Bao niet verplicht een bouwopdracht aan te besteden die een waarde vertegenwoordigt van een bedrag dat beneden de drempel van € 5.150.000,- ligt. Vooropgesteld dat de gemeente of provincie daartoe evenmin verplicht is op grond van een gemeentelijke of provinciale verordening, zou zo'n verplichting onder omstandigheden kunnen bestaan op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, zoals uiteengezet in par. 1.1 van dit hoofdstuk. Ook voor die gevallen wordt geadviseerd de Leidraad te hanteren in de context van de toepassing van het ARW 2005. Toepassing van het ARW 2005 kan in zo'n geval overigens verplicht zijn voor de bouwministeries op grond van het BAW.

Ook (semi-)overheidsdiensten op wie geen aanbestedingsplicht rust, maar die er desalniettemin vrijwillig voor kiezen een bouwopdracht aan te besteden, wordt aangeraden in dat kader gebruik te maken van de Leidraad.

2.3 Private aanbesteders

De Leidraad is niet specifiek ontwikkeld vanuit de eventuele behoefte van private opdrachtgevers in de bouw op wie - anders dan voor (semi-)overheidsdiensten vaak het geval is - geen wettelijke verplichting tot het aanbesteden van bouwopdrachten rust. Dat staat er natuurlijk niet aan in de weg dat ook deze opdrachtgevers de Leidraad kunnen hanteren.

Toelichting

Het is met name verstandig dat te doen wanneer zo'n private opdrachtgever er vrijwillig voor kiest een bouwopdracht in de markt te zetten met gebruikmaking van een aanbestedingsprocedure. Door dat laatste te doen, zal zo'n private opdrachtgever zichzelf over het algemeen namelijk verplichten ervoor te zorgen dat die procedure op een faire en transparante manier verloopt, net zoals dat voor (semi-)overheidsaanbesteders het geval is op grond van aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving. Dat kan dan vervolgens betekenen dat zo'n private aanbesteder in hetzelfde spanningsveld terechtkomt als een (semi-)overheidsaanbesteder en dat ook hij behoefte heeft aan een professionele standaard waarmee hij alle in het geding zijnde belangen op een afgewogen manier kan dienen. De Leidraad kan in dat geval een nuttige functie vervullen.

2.4 Gegadigden en inschrijvers

De Leidraad richt zich eerst en vooral op aanbesteders in de bouw. Uiteindelijk nemen zij immers de cruciale beslissingen tijdens een aanbestedingsproces. Cruciaal, omdat zij met het nemen van

die beslissingen invloed kunnen uitoefenen op de verwezenlijking van alle belangen die met de aanbesteding zijn gemoeid.

Het voorgaande neemt niet weg dat de Leidraad ook nuttige informatie kan bevatten voor ondernemingen die aan een concrete aanbestedingsprocedure deelnemen als gegadigde en/of inschrijver. Zij ondervinden immers de gevolgen van de beslissingen die de aanbesteder neemt. De Leidraad kan die ondernemingen ondersteuning bieden bij het evalueren van die beslissingen teneinde hen vervolgens in staat te stellen hun eigen beleidsbeslissingen tijdens de aanbestedingsprocedure te nemen.

2.5 Overige geïnteresseerden

De Leidraad kan tot slot nog een nuttige functie hebben voor overige geïnteresseerden die de Leidraad willen gebruiken ten behoeve van educatieve doeleinden (cursussen, opleidingen, studie, onderzoek) of als naslagwerk.

3 Opzet en inhoud van de Leidraad

3.1 Twee onderdelen: tekstdocument en DSS

De Leidraad bestaat uit twee onderdelen die onderling op elkaar zijn afgestemd. In de eerste plaats is dat het onderhavige tekstdocument, dat ook in elektronische vorm toegankelijk is gemaakt. In de tweede plaats is dat het interactieve beslissingsondersteunend model, ook wel 'decision support system' (DSS) geheten. De twee onderdelen vormen samen één geheel - de Leidraad - maar vervullen ieder afzonderlijk verschillende functies.

Bron

Beide onderdelen van de Leidraad zijn toegankelijk via www.leidraadaanbesteden.nl

Het tekstdocument volgt het chronologisch verloop van een aanbestedingsproces aan de hand van de belangrijkste aspecten waarover de aanbesteder tijdens dat proces beslissingen zal moeten nemen.

Toelichting

In hoofdstuk 3 wordt een overzicht van die aspecten gegeven en van de onderwerpen waarover aanbesteders in dat verband beslissingen dienen te nemen.

Daarbij wordt dan per aspect duidelijk gemaakt door welke overwegingen een aanbesteder zich in het concrete geval zou moeten laten leiden wanneer hij op het punt staat dergelijke beslissingen te nemen. Vervolgens wordt geprobeerd inzichtelijk te maken waarom bepaalde beslissingen verstandig dan wel minder verstandig zijn vanuit het perspectief van de met de aanbesteding te dienen belangen.

Toelichting

Het tekstdocument is primair bedoeld voor beleidsmakers binnen de organisatie van een aanbestedende dienst, die het aanbestedingsbeleid van hun organisatie rationeel willen toetsen, vaststellen en onderbouwen. Het kan daarnaast echter ook worden geraadpleegd door inkopers en projectleiders die belast zijn met het operationaliseren van het aanbestedingsbeleid van hun organisatie.

Ook het tweede onderdeel van de Leidraad - het DSS - volgt het chronologisch verloop van een aanbestedingsproces aan de hand van de belangrijkste aspecten waarover de aanbesteder tijdens dat proces beslissingen zal moeten nemen. Daar waar het tekstdocument zich zowel op beleidsmakers als op projectleiders en inkopers van aanbestedende diensten richt, is het DSS echter veel meer een praktisch instrument dat kan worden gebruikt in het kader van de operationalisering van het aanbestedingsbeleid van aanbestedende diensten. Projectleiders en inkopers doen er dan ook verstandig aan het DSS als vertrekpunt te nemen wanneer zij gebruik willen maken van de Leidraad in het kader van een concrete aanbesteding.

Toelichting

Het tekstdocument analyseert de door een aanbesteder te nemen beslissingen vooral tegen de achtergrond van de overwegingen en argumenten die daarbij voor de aanbesteder een rol zouden moeten spelen. De functie van het DSS is veel meer om het nemen van een aantal van die beslissingen in het concrete geval te faciliteren. Het DSS doet dat door stapsgewijs en gestructureerd een advies te genereren. De aanbesteder voert daartoe een aantal gegevens en overwegingen in het systeem in met behulp van indicaties die het systeem zelf geeft. Het DSS komt vervolgens tot een advies door de gegevens van de aanbesteder geautomatiseerd in verband te brengen met dezelfde overwegingen en argumenten als die waarop de analyse in het tekstdocument is gebaseerd. In zoverre zijn het tekstdocument en het DSS inhoudelijk bezien onderling consistent. Zij zijn daarenboven ook nog eens complementair in de zin dat wanneer inkopers en projectleiders bij het gebruik van het DSS behoefte hebben aan bepaalde informatie, zij eenvoudig te rade kunnen gaan bij het tekstdocument. Het tekstdocument is voor dat doel namelijk op gebruikersvriendelijke wijze digitaal toegankelijk gemaakt binnen het DSS.

Juist omdat het mogelijk is het DSS te gebruiken als verlengstuk van het eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid van de organisatie van de aanbesteder, kan het DSS tevens als praktisch toetsingskader fungeren. Enerzijds kan daarmee worden bewerkstelligd dat een concrete aanbesteding voldoet aan het eigen beleid. Anderzijds kan daarmee worden nagegaan of en in hoeverre dat eigen beleid voldoet aan de professionele standaard.

3.2 Leeswijzer tekstdocument

Dit tekstdocument bestaat uit 15 hoofdstukken. Na het onderhavige hoofdstuk volgt een hoofdstuk met daarin opgenomen de definities van de belangrijkste gebruikte begrippen (hoofdstuk 2). Vervolgens wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste aspecten van het aanbestedingsproces waarover een aanbesteder in het concrete geval beslissingen zal dienen te nemen. Daarbij zullen dan per aspect de belangrijkste te nemen beslissingen kort worden genoemd (hoofdstuk 3).

Voorbeeld

Als voorbeeld valt te denken aan het aspect 'kwalitatieve geschiktheidseisen'. Een aanbesteder zal in het kader van dat aspect moeten beslissen óf hij dergelijke eisen wenst te hanteren, hoe de inhoud van die eisen zal dienen te luiden, op welke wijze hij bekendheid aan die eisen zal geven en hoe hij ze ten slotte zal toepassen in het kader van de beoordeling van de kwalitatieve geschiktheid van gegadigden die zich voor deelname aan de aanbestedingsprocedure hebben aangemeld.

Alvorens tot het nemen van beslissingen over te gaan, zal de aanbesteder eerst moeten inventariseren of en in hoeverre de inhoud van die beslissingen niet reeds als een gegeven dient te worden beschouwd als gevolg van interne beleidsrichtlijnen van zijn organisatie en/of als gevolg van externe factoren.

Voorbeeld

Zoals hierboven al bleek, heeft de projectleider van een aanbestedende dienst ingeval van toepassing van de niet-openbare procedure de keuze uit twee gunningscriteria: het criterium van de laagste prijs en het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Denkbaar is echter dat de beslissingsvrijheid van de projectleider op dit punt is beperkt door een interne beleidsinstructie van zijn organisatie, die hem verbiedt het laagste prijscriterium te gebruiken bij niet-openbare procedures.

Het tekstdocument besteedt kort aandacht aan de relevantie van zo'n inventarisatie vooraf (hoofdstuk 4). De uitkomst van zo'n inventarisatie in het concrete geval kan vervolgens betekenen dat de inhoud van sommige van de hoofdstukken 5 t/m 12 voor de aanbesteder in kwestie minder relevant zijn. Die hoofdstukken hebben elk afzonderlijk betrekking op een materieel aspect van het aanbestedingsproces.

Toelichting

In die hoofdstukken komen aspecten aan de orde als de keuze van de bouworganisatievorm (hoofdstuk 5), de vraagspecificatie (hoofdstuk 6), de contractvorm (hoofdstuk 7), de keuze van de aanbestedingsprocedure (hoofdstuk 8), het uitwisselen van informatie tijdens de procedure (hoofdstuk 9), de in het kader van de procedure te hanteren uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en nadere selectiecriteria (hoofdstuk 10), de gunningscriteria (hoofdstuk 11) en de vraag welke strategieën de aanbesteder zou kunnen volgen na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen (hoofdstuk 12).

Elk van deze hoofdstukken volgt daarbij nagenoeg dezelfde opbouw. In paragraaf 2 van elk hoofdstuk wordt eerst toegelicht wat onder het betreffende aspect precies wordt verstaan.

Voorbeeld

Wat is een 'bouworganisatievorm'? Wat is een 'contractvorm'? En wat wordt bedoeld met het begrip 'gunningscriterium'?

Vervolgens wordt in paragraaf 3 van elk hoofdstuk aangegeven waarom het verstandig is dat een aanbesteder - alvorens met betrekking tot het in dat hoofdstuk besproken aspect beslissingen te nemen - daar eerst goed over nadenkt. In deze paragraaf wordt steeds aangesloten bij de kernboodschap die de Leidraad probeert uit te dragen: voor de goede afloop van een bouwproces is het van belang dat de aanbesteder de in het kader van het aanbestedingsproces te nemen beslissingen onderling goed op elkaar afstemt en dat hij dat doet vanuit het perspectief van de doelstellingen die hij met het bouwproces als geheel voor ogen heeft in termen van kwaliteit, tijd en kosten.

Voorbeeld

Waarom dient de aard en inhoud van de vraagspecificatie vooraf goed te zijn doordacht? En waarom houdt die vraag verband met de vraag welke aanbestedingsprocedure in het concrete geval het beste kan worden gekozen?

In paragraaf 4 van elk hoofdstuk wordt vervolgens per aspect aangegeven of en in hoeverre een aanbesteder bij het nemen van beslissingen rekening moet houden met grenzen die daaraan door het aanbestedingsrecht wordt gesteld.

Voorbeeld

Mag de aanbesteder tijdens de aanbestedingsprocedure informatie uitwisselen met individuele gegadigden en inschrijvers? En is hij vrij om te bepalen welke juridisch-administratieve voorwaarden hij op de aanbestede opdracht van toepassing wenst te verklaren? Tegen welke juridische grenzen loopt hij aan bij het formuleren, toepassen en tussentijds wijzigen van geschiktheidseisen? En welke bewegingsvrijheid heeft de aanbesteder nog nadat de inschrijvingen door hem in ontvangst zijn genomen?

Het gaat hier om weerbarstige materie die zich niet tot een paar simpele regels laat terugbrengen. De lezer die zich deze materie al voldoende eigen heeft gemaakt, of die vooral is geïnteresseerd in 'best practices', zou paragraaf 4 eventueel kunnen overslaan en zich tot paragraaf 5 - soms paragraaf 6 - van het betreffende hoofdstuk kunnen beperken. In die paragraaf staat namelijk telkens aangegeven hoe de aanbesteder - gegeven de beschikbare juridische ruimte die voorhanden is - vanuit een oogpunt van doelmatigheid de aanbesteding het beste zou kunnen aanpakken. Dit is dus de paragraaf waarin de aanbevelingen tot het volgen van zogenoemde 'best practices' zijn opgenomen.

Voorbeeld

Gegeven het feit dat de aanbesteder vrij mag kiezen tussen de openbare procedure en de niet-openbare procedure, welke keuze ligt dan in de gegeven omstandigheden vanuit een oogpunt van doelmatigheid het meest voor de hand? En in welke gevallen is het vanuit diezelfde optiek verstandiger om het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving te kiezen, gegeven het feit dat het aanbestedingsrecht in de meeste gevallen ook toestaat het criterium van de laagste prijs te hanteren?

Naast de materiële aspecten van het aanbestedingsproces, die in de hoofdstukken 5 t/m 12 aan bod komen, gaat het tekstdocument van de Leidraad ook in op een aantal formele aspecten in de hoofdstukken 13 t/m 15.

Toelichting

Het gaat hier om aspecten als bekendmakingsvoorschriften, de in acht te nemen termijnen en voorschriften terzake de motivering van genomen beslissingen.

Deze formele aspecten worden in de genoemde hoofdstukken kort toegelicht, waarbij dan met name wordt ingegaan op de vraag welke concrete procedurevoorschriften een aanbesteder op grond van de geldende wet- en regelgeving in acht zal hebben te nemen wat betreft het plaatsen van aankondigingen (hoofdstuk 13), het inachtnemen van termijnen (hoofdstuk 14) en het motiveren van beslissingen ten aanzien van materiële aspecten van het aanbestedingsproces (hoofdstuk 15).

3.3 Decision Support System (DSS)

3.3.1 De functie van het DSS

In het voorgaande is al verschillende keren ter sprake gekomen dat een aanbesteder tijdens het aanbestedingsproces een aantal onderling met elkaar verband houdende beslissingen moet nemen wat betreft de belangrijkste aspecten van het aanbestedingsproces. Een aanbesteder kan die beslissingen niet nemen zonder daarbij de specifieke omstandigheden van het geval in overweging te nemen. Dat laatste is met name lastig wanneer zich een combinatie van verschillende omstandigheden voordoet, die ieder afzonderlijk het nemen van ogenschijnlijk tegengestelde beslissingen indiceren.

Voorbeeld

Een aanbesteder staat voor de vraag welke bouworganisatievorm hij het beste zou kunnen kiezen. Met het oog op het belang van een zo kort mogelijke bouwtijd, zou hij enerzijds het liefst voor gebruikmaking van D&C willen kiezen. Anderzijds is het echter zo dat hij over een eigen onderhoudsdienst beschikt en dat hij met het oog op een beperking van de toekomstige onderhoudslasten graag een zo groot mogelijke invloed op het ontwerpproces wil kunnen uitoefenen. Het DSS kan - in samenhang met het tekstdocument - in zo'n geval de gebruiker ondersteuning bieden bij het nemen van de voor hem juiste beslissing.

Het DSS biedt de mogelijkheid om reeds in een vroeg stadium van het aanbestedingsproces beter na te denken over de wijze waarop de markt het beste kan worden benaderd. Vroeg anticiperen leidt doorgaans tot meer keuzeruimte en tot een betere aanpak van het aanbestedingsproces. Wat betreft de te kiezen aanpak brengt het DSS een advies uit dat is gebaseerd op gegevens en argumenten die de gebruiker zelf in het DSS heeft ingevoerd. De wijze waarop het DSS dat precies doet, wordt in de volgende paragraaf nog toegelicht.

De ontwikkeling van het DSS is nog niet ten einde. Het systeem wordt in de toekomst nog verder verfijnd en verbeterd naarmate het meer is toegepast en de resultaten van die toepassing zijn geëvalueerd.

3.3.2 De werking van het DSS

De werking van het DSS kan misschien nog het beste worden vergeleken met die van StemWijzer. Het DSS zet de gebruiker aan het denken door hem vragen te stellen die verband houden met belangrijke aspecten van het aanbestedingsproces ten aanzien waarvan de aanbesteder uiteindelijk keuzes moet maken. Nadenken over de mogelijke antwoorden op die vragen leidt tot indicaties voor de te maken keuzes. Het gaat hier om de volgende aspecten: de keuze van de bouworganisatievorm, de vraagspecificatie, de contractvorm en de keuze van de aanbestedingsprocedure.

Toelichting

Deze aspecten komen hierna aan de orde in de hoofdstukken 5 t/m 8.

Het maken van die keuzes is ingebed in een gefaseerd keuze- en beslissingsproces, waarin de gebruiker eerst wordt geholpen bij het vaststellen van zijn projectdoelen en -prioriteiten en vervolgens wordt ondersteund bij het inrichten van de feitelijke aanbestedingsprocedure.

Toelichting

Het gaat hier om de volgende gefaseerde stappen: (a) beschrijving van de kenmerken van de bouwopgave; (b) vaststellen van projectdoelen en hoofdoverwegingen; (c) keuze van de marktbenadering; (d) uitwerking van de procedure; (e) naar de markt brengen. De keuze van de bouworganisatievorm, de vraagspecificatie, de contractvorm en de keuze van de aanbestedingsprocedure vindt op hoofdlijnen plaats in de context van stap (c). Deze aspecten komen zoals gezegd aan de orde in de hoofdstukken 5 t/m 8 van het tekstdocument. Daarna worden keuzes uitgewerkt in het kader van de inrichting van de aanbestedingsprocedures. Die aspecten komen in het tekstdocument aan de orde in de hoofdstukken 9 t/m 15.

De gebruiker van het DSS zal moeten aangeven of en in hoeverre hij zich bij het nemen van zijn beslissingen wil laten leiden door overwegingen die het DSS benoemt. Het DSS stelt de gebruiker in dat kader een aantal vragen. De concrete vragen die het DSS stelt, kunnen telkens worden herleid tot de volgende vier kernvragen: (1) Wat wil de aanbesteder?; (2) Wat kan de aanbesteder?; (3) Wat mag de aanbesteder?; en (4) Wat vraagt de bouwopgave? Het is afhankelijk van de aard van de bouwopgave of bepaalde vragen wel/niet gesteld zullen worden.

Voorbeeld

Bij bouwopgaves van het type 'sloopwerken' of 'onderhoudswerken' zullen primair geen vragen rond grondverwerving worden gesteld.

De gebruiker krijgt in beginsel een set van vragen ter beantwoording voorgelegd, waarmee hij in beeld brengt welke overwegingen voor hem in het voorgenomen project relevant en zwaarwegend zijn.

Toelichting

Overwegingen worden door middel van vragen getoetst op hun relevantie in de voorliggende situatie. Het belang van een overweging kan worden aangegeven door te kiezen uit vijf opties, namelijk: 'niet(s)'; 'weinig'; 'gemiddeld'; 'veel'; 'heel veel'. Daarmee kan de gebruiker zelf aangegeven of en in welke mate hij zich door een bepaalde overweging wenst te laten leiden bij het nemen van zijn uiteindelijke beslissingen. Bij andere vragen heeft de gebruiker in de regel de keuze uit de opties 'ja' en 'nee', hoewel soms ook andere op de vraag toegespitste meerkeuzeantwoorden mogelijk zijn.

De vragen worden in het DSS geprioriteerd aan de hand van de belangen die in het kader van het project zijn vastgesteld.

Voorbeeld

Een aanbesteder die te maken heeft met een krap en gemaximeerd budget zal (vroege) prijszekerheid als belang meer centraal willen stellen dan een aanbesteder die over voldoende budget beschikt en juist invloed wil kunnen uitoefenen op het realiseren van extra kwaliteit. Het DSS zal deze vragen dan ook vroegtijdig stellen.

De concreet voorliggende situatie vraagt om een interpretatie van een combinatie van factoren ten behoeve van het nemen van een aantal samenhangende beslissingen. Hoewel het DSS de gebruiker attendeert op relevante aspecten en hem helpt om op basis van zijn overwegingen en prioriteiten tot een gemotiveerde keuzes te komen, is de hiervoor bedoelde interpretatie uiteindelijk afkomstig van de gebruiker van het DSS zelf. Het is dan ook belangrijk om op te merken dat bij het beantwoorden van door het DSS gestelde vragen de subjectiviteit van de gebruiker altijd een bepaalde rol zal spelen. De gebruiker zal zich daar telkens rekenschap van moeten geven. Dat zal zeker nodig zijn in die gevallen waarin de gebruiker bij het beantwoorden van een vraag wordt geconfronteerd met het feit dat hij niet beschikt over een voldoende referentiekader waartegen hij de bouwopgave van de aanbesteder als het ware kan afzetten bij het beantwoorden van de gestelde vraag.

Voorbeeld

Een gemeente besteedt voor het eerst een ondergrondse parkeergarage aan. De gebruiker van het DSS beschikt niet over voldoende referentiekader om inzicht te krijgen in de relevante consequenties risico's voor de omgeving waarin de garage zal worden gerealiseerd. Voor de gebruiker zal dan de vraag ontstaan waar hij precies op moet sturen en hoe zich dat moet vertalen in het uitoefenen van invloed op die realisatie.

Het wordt sterk aangeraden om dergelijke vragen met een aantal personen tegelijk te beantwoorden, zodat die beantwoording als teambeslissing meer geobjectiveerd kan plaatsvinden.

De gebruiker kan er voor kiezen bepaalde vragen niet te beantwoorden, maar dat kan natuurlijk afbreuk doen aan de waarde van het advies dat het DSS uiteindelijk genereert.

Het DSS biedt de gebruiker de mogelijkheid om bij het beantwoorden van de vragen een (aanvullende) motivering ter zake het antwoord op te nemen.

Voorbeeld

"Complexiteit is een belangrijke overweging bij dit binnenstedelijke project, met name de organisatorische complexiteit rond de verwerving van vergunningen en grond..."

Het is verstandig om van die mogelijkheid tot het leveren van een nadere motivering gebruik te maken. Zoals hierna nog zal blijken, krijgt die informatie een plaats in de rapportage die hoort bij het uiteindelijke advies dat door het DSS wordt gegenereerd.

Nadat de gebruiker de vragen in het DSS heeft beantwoord en hij eventueel nog een verschillend gewicht aan bepaalde ingevoerde antwoorden heeft toegekend, genereert het DSS een advies met betrekking tot de beslissingen die het meest geïndiceerd lijken te zijn. Dat advies is dus gebaseerd op de beantwoording door de gebruiker van de vragen, gegeven het eventuele gewicht dat hij aan sommige van die antwoorden heeft toegekend. Daarin worden met name keuze-indicaties gegeven ten aanzien van de logische vervulling van de functies van het bouwproces.

Toelichting

Zie over die functies ook hoofdstuk 5, par. 2.1 en par. 5.

Het advies gaat vergezeld van een rapportage die de gebruiker meer inzicht geeft in de wijze waarop het advies tot stand is gekomen. In die rapportage vindt de gebruiker ook de (aanvullende) motivering terug die hij zelf in het DSS heeft ingevoerd ter onderbouwing van de beantwoording van de door het DSS gestelde vragen. De rapportage wijst de gebruiker voorts op eventuele inconsistenties dan wel kritieke consequenties die in het afwegingsproces van de gebruiker zijn gedetecteerd.

Voorbeeld

Rapportage: "De bouwopgave leent zicht goed voor aanbesteding op minimale levensduurkosten, maar uw situatie met gescheiden budgetten voor aanleg en onderhoud bemoeilijken deze aanbestedingskeuze..."

Dat gebeurt in de eerste plaats op basis van de antwoorden die de gebruiker heeft gegeven op de vragen. Die antwoorden kunnen mogelijk indiceren dat het gegeven advies minder verstandig is. In de tweede plaats kan blijken dat de gebruiker enerzijds bepaalde vragen zodanig heeft beantwoord dat de daarmee verband houdende overwegingen voor hem onbelangrijk lijken te zijn, terwijl uit de wijze waarop de gebruiker aan bepaalde antwoorden een verschillend gewicht heeft toegekend juist het tegendeel blijkt.

3.4 Koppeling met TenderNed

De Leidraad - zowel het tekstdocument als het DSS - zal indirect worden gekoppeld aan TenderNed, dat in de nabije toekomst hét systeem wordt voor het elektronisch aanbesteden in Nederland. TenderNed kan de gehele aanbestedingsprocedure van aankondiging tot en met de gunning elektronisch begeleiden.

Bron

Zie www.tenderned.nl

Deze indirecte koppeling houdt in dat het DSS de gebruiker daarvan er op wijst op welk moment TenderNed kan worden gebruikt om de opdracht daadwerkelijk aan te besteden. TenderNed zal op zijn beurt de gebruiker daarvan doorverwijzen naar het DSS voor wat betreft het nemen van een aantal beslissingen voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure.

Toelichting

Het gaat hier om beslissingen terzake de volgende aspecten van het aanbestedingsproces: de keuze van de bouworganisatievorm, de vraagspecificatie, de contractvorm en de keuze van de aanbestedingsprocedure. Deze aspecten komen hierna aan de orde in de hoofdstukken 5 t/m 8.

Binnen TenderNed en het DSS hebben gebruikers toegang tot helpteksten. Voor zover die helpteksten zijn gebaseerd op het onderhavige tekstdocument, hebben zij dezelfde inhoud. Daarnaast bevatten zowel TenderNed als het DSS nog eigen aanvullende helpteksten en nuttige tools.

Toelichting

TenderNed heeft bijvoorbeeld een breder aandachtsgebied dan de Leidraad, in de zin dat TenderNed ook het aanbesteden van leveringen en diensten omvat. Bovendien gaat TenderNed in op aspecten van het aanbestedingsproces die buiten de Leidraad zijn gelaten, zoals de beantwoording van de vraag of een aanbesteder al dan niet te maken heeft met een opdracht die moet worden aanbesteed. Het DSS biedt de mogelijkheid om gegevens en documenten te genereren ten behoeve van de aanbestedingsprocedure, welke vervolgens direct in TenderNed kunnen worden overgezet.

Begripsomschrijvingen

2

Managementsamenvatting

Wat is het doel van dit hoofdstuk?

- **Dit hoofdstuk bevat een overzicht van een aantal belangrijke in de Leidraad gebruikte begrippen. De begrippen zijn voorzien van verklarende toelichtingen die het gebruik van de Leidraad voor de lezer kunnen vergemakkelijken.**

Zoeken via het DSS

- **Het tekstdocument is ook elektronisch toegankelijk gemaakt via het DSS. Met behulp van dat DSS kan ook elektronisch worden gezocht naar begrippen die in de Leidraad worden gebruikt.**

1 Inleiding

Par. 2 van dit hoofdstuk bevat een overzicht van een aantal belangrijke in de Leidraad gebruikte begrippen. Die begrippen zijn voorzien van verklarende toelichtingen die het gebruik van de Leidraad voor de lezer kunnen vergemakkelijken. Daarbij is dan op onderdelen zoveel mogelijk gebruik gemaakt van de begripsomschrijvingen die afkomstig zijn uit de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving.

De Leidraad bestaat zoals gezegd uit het onderhavige tekstdocument en uit het DSS. Het tekstdocument is ook elektronisch toegankelijk gemaakt via het DSS. Met behulp van dat DSS kan ook elektronisch worden gezocht naar begrippen die in de Leidraad worden gebruikt.

2 Lijst van in de Leidraad gehanteerde begrippen

Aanbesteder
Degene die voornemens is een opdracht voor werken te plaatsen.

Aanbestedingsplicht
De uit aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving voortvloeiende verplichting van een aanbesteder om bij de aanbesteding van een werk een aanbestedingsprocedure te hanteren.

Aanbestedingsprocedure
Een procedure met behulp waarvan een aanbesteder probeert te komen tot de keuze voor de ondernemer met wie hij een raamovereenkomst wil sluiten, of aan wie hij een opdracht wil gunnen, door concurrentie in de markt op te roepen.

Aanbestedingsproces
Een proces dat bestaat uit een aantal met elkaar samenhangende beslissingen die betrekking hebben op de keuze van de bouworganisatievorm; de in de markt te zetten vraagspecificatie en de te hanteren contractvorm; de toe te passen aanbestedingsprocedure alsook het uitwisselen van informatie tijdens die procedure; het formuleren en toepassen van uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen, nadere selectiecriteria en gunningscriteria; de na ontvangst van de inschrijvingen mogelijk door de aanbesteder te volgen strategie; bekendmakingsvoorschriften; termijnen; en de motivering van beslissingen.

Aanbestedingsstukken
Alle documenten in een aanbestedingsprocedure afkomstig van de aanbesteder.

Algemene Richtlijn
Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *PbEG* 2004, L 134/114.

ARW 2005
Aanbestedingsreglement Werken 2005.

Bao
Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, Stbl. 2005, 408).

Bass
Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *Stbl.* 2005, 409).

BAW
Beleidsregels aanbesteding van werken (Beleidsregels van de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, de Minister van Verkeer en Waterstaat, de Staatssecretaris van Defensie en de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, nr. 2005163155, Rijksgebouwendienst, omtrent de aanbesteding van werken).

BIBOB-Beleidsregels
Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren van 2004, zoals gewijzigd in 2005.

Bouwministeries
De Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, de Minister van Verkeer en Waterstaat, de Staatssecretaris van Defensie en de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit.

Bouworganisatievorm
De wijze waarop de in een bouwproces uit te voeren taken in het concrete geval over de verschillende deelnemers aan het bouwproces zijn verdeeld.

Bouwteam
Verschijningsvorm van de traditionele bouworganisatievorm, waarbij de aanbesteder een deel van de taken binnen de eigen organisatie uitvoert. De ontwerptaak besteedt hij uit aan een architect of een raadgevend ingenieur. Zowel de advisering ten tijde van de ontwerpfase als de uitvoeringstaak worden aan een aannemer uitbesteed.

Concessieovereenkomst voor openbare werken
Een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een opdracht voor werken, waarbij de tegenprestatie voor de uit te voeren werken in ieder geval bestaat uit het recht het werk te exploiteren, al dan niet gecombineerd met een prijs.

Concurrentiegerichte dialoog
Een aanbesteding die algemeen bekend wordt gemaakt, waaraan ondernemers mogen verzoeken deel te nemen en waarbij de aanbesteder een dialoog voert met de tot de procedure toegelaten ondernemers, ten einde een of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbesteder beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde ondernemers zullen worden uitgenodigd om in te schrijven.

Contractvorm
Juridische vastlegging van de contractuele afspraken zoals die tussen de deelnemers aan het bouwproces zijn gemaakt.

D&B
Design & Build, een verschijningsvorm van de geïntegreerde bouworganisatievorm, waarbij de aanbesteder de ontwerp- en uitvoeringstaken aan één marktpartij uitbesteedt.

D&C
Design & Construct, zie D&B. De begrippen 'Build' en 'Construct' zijn inwisselbaar, maar worden in de praktijk afwisselend gebruikt afhankelijk van de vraag of sprake is van een b&u-project ('Build') dan wel een gww-project ('Construct').

DBM
Design, Build & Maintenance, een verschijningsvorm van de geïntegreerde bouworganisatievorm, waarbij de aanbesteder de ontwerp- en uitvoeringstaken en het meerjarig onderhoud aan één marktpartij uitbesteedt.

DBFM
Design, Build, Finance & Maintenance, een verschijningsvorm van de geïntegreerde bouworganisatievorm, waarbij de aanbesteder de ontwerp- en uitvoeringstaken, de financiering en het meerjarig onderhoud aan één marktpartij uitbesteedt.

DBFMO
Design, Build, Finance, Maintenance & Operate, een verschijningsvorm van de geïntegreerde bouworganisatievorm, waarbij de aanbesteder de ontwerp- en uitvoeringstaken, de financiering, het meerjarig onderhoud en de exploitatie aan één marktpartij uitbesteedt.

DSS
Decision Support System, het interactieve beslissingsondersteunende model dat toegankelijk is via www.leidraadaanbesteden.nl en dat samen met het onderhavige tekstdocument de Leidraad Aanbesteden voor de bouw vormt.

Gegadigde
Een ondernemer die heeft verzocht om een uitnodiging tot deelneming aan een niet-openbare procedure, aan een procedure van gunning door onderhandelingen of aan een concurrentiegerichte dialoog.

Geïntegreerde bouworganisatievorm
Bouworganisatievorm waarbij de aanbesteder een deel van de taken van het bouwproces binnen de eigen organisatie uitvoert. De ontwerp- en uitvoeringstaak worden in ieder geval aan één marktpartij uitbesteed.

Gemeenschappelijke technische specificatie
Een technische specificatie die is opgesteld volgens een door de lidstaten van de Europese Unie erkende procedure die in het Publicatieblad van de Europese Unie wordt bekendgemaakt.

Geschiktheidseisen
Maatstaven van kwalitatieve aard waaraan een gegadigde of inschrijver ten minste moet voldoen om voor (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure in het concreet voorliggende geval in aanmerking te komen.

Gunningsbeslissing
De keuze van de aanbesteder voor de ondernemer met wie hij een raamovereenkomst wil sluiten of aan wie hij een opdracht wil gunnen.

Gunningscriterium
Het inhoudelijke criterium dat een aanbesteder tijdens een aanbestedingsprocedure hanteert, ten einde tot een gunningsbeslissing te komen.

Inschrijver
Een ondernemer die een inschrijving heeft ingediend.

Leidraad Aanbesteden voor de bouw
Het onderhavige tekstdocument en het DSS.

Norm
Een technische specificatie die door een erkende normalisatie-instelling voor herhaalde of voortdurende toepassing is goedgekeurd, waarvan de inachtneming niet verplicht is en die tot een van de volgende categorieën behoort:
- internationale norm: een norm die door een internationale normalisatie-instelling wordt aangenomen en ter beschikking van het publiek wordt gesteld;
- Europese norm: een norm die door een Europese normalisatie-instelling wordt aangenomen en ter beschikking van het publiek wordt gesteld;
- nationale norm: een norm die door een nationale normalisatie-instelling wordt aangenomen en ter beschikking van het publiek wordt gesteld.

Niet-openbare procedure
Een aanbesteding die algemeen bekend wordt gemaakt, waaraan ondernemers mogen verzoeken deel te nemen, maar waarbij alleen de door de aanbesteder aangezochte ondernemers mogen inschrijven.

Nota van inlichtingen
Een of meer nota's die van verstrekte inlichtingen zijn opgemaakt.

Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking
Een aanbesteding die algemeen bekend wordt gemaakt en waaraan ondernemers mogen verzoeken deel te nemen, waarna de aanbesteder met door hem gekozen ondernemers overleg pleegt en door onderhandelingen met een of meer van hen de voorwaarden van de opdracht vaststelt.

Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking
Een aanbesteding waarbij de aanbesteder met door hem gekozen ondernemers overleg pleegt en door onderhandelingen met een of meer van hen de voorwaarden van de opdracht vaststelt.

Onderhandse procedure
Een aanbesteding waarvoor een beperkt aantal van ten minste twee ondernemers tot inschrijving worden uitgenodigd, met dien verstande dat het uit te nodigen aantal in de regel niet meer bedraagt dan zes.

Opdracht
Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en de aanbesteder is gesloten en betrekking heeft op:
1 de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering;
   - van werken in het kader van een van de werkzaamheden, genoemd in bijlage 1 van het Bao, of
   - van een werk, of
2 het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbesteder vastgestelde eisen voldoet.

Opdrachtgever
Degene die een werk heeft opgedragen.

Openbare procedure
Een aanbesteding die algemeen bekend wordt gemaakt, waarbij ondernemers mogen inschrijven.

Raamovereenkomst met een enkele ondernemer
Een overeenkomst tussen een of meer aanbesteders en een ondernemer met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen opdrachten vast te leggen.

Raamovereenkomst met meerdere ondernemers
Een overeenkomst tussen een of meer aanbesteders en meerdere ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen opdrachten vast te leggen.

Richtlijn Nutssectoren
Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004, houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *PbEG* 2004, L 134/114.

Schriftelijk
Elk uit woorden of cijfers bestaand geheel dat kan worden gelezen, gereproduceerd, en vervolgens medegedeeld en dat tevens in de vorm van een elektronisch bericht met elektronische middelen kan worden overgebracht.

Selectiecriteria
Criteria die door een aanbesteder worden gebruikt bij aanbestedingsprocedures andere dan de openbare procedure in gevallen waarin hij de omvang van het aantal tot de inschrijving uit te nodigen gegadigden wenst te beperken tot een bepaald maximum.

Technische specificatie
Een technisch voorschrift dat een omschrijving geeft van de vereiste kenmerken van een werk, een materiaal, een product of een levering en aan de hand waarvan op objectieve wijze een werk, een materiaal, een product of een levering zodanig kan worden omschreven dat dit beantwoordt aan het gebruik waarvoor het door de aanbesteder is bestemd.

Tekstdocument
Het onderhavige geschreven document dat samen met het DSS de Leidraad Aanbesteden voor de bouw vormt.

Traditionele bouworganisatievorm
Bouworganisatievorm waarbij de aanbesteder een deel van de taken van het bouwproces binnen de eigen organisatie uitvoert. De uitvoeringstaak wordt in ieder geval aan een marktpartij uitbesteed. Wanneer ook de ontwerptaak alsook het meerjarig onderhoud worden uitbesteed, besteedt de aanbesteder die taken uit aan andere marktpartijen.

Uitsluitingsgronden
Kwalitatieve maatstaven die zien op omstandigheden die de (persoon van de) gegadigde of inschrijver betreffen en die diens uitsluiting van deelname aan een aanbestedingprocedure in het algemeen kunnen rechtvaardigen. In de context van de Europese aanbestedingsrichtlijnen wordt een onderscheid gemaakt tussen de zogenoemde 'dwingende' en 'facultatieve' uitsluitingsgronden. Dwingende uitsluitingsgronden zien op de professionele integriteit van de gegadigden of inschrijvers die aan een aanbestedingsprocedure (willen) deelnemen en hebben betrekking op zeer ernstige vormen van economische criminaliteit. Facultatieve uitsluitingsgronden hebben betrekking op de kredietwaardigheid en professionele integriteit van gegadigden en inschrijvers, op de nakoming van hun verplichtingen uit hoofde van fiscale en sociale zekerheidswetgeving en op hun betrouwbaarheid in het algemeen.

Vraagspecificatie
De door de markt op te lossen vraag, die door of namens de aanbesteder is omschreven aan de hand van eisen. In het kader van de aanbestedingsprocedure vormen die eisen vervolgens de basis van de inschrijvingen die door inschrijvers worden ingediend.

Werk
Het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.

Beslissingen tijdens een aanbestedingsproces

3

Managementsamenvatting

Wat wordt bedoeld met 'beslissingen nemen tijdens een aanbestedingsproces'?

- **Een aanbestedingsproces begint met het door de aanbesteder formuleren van zijn vraagbehoefte of probleem welke hij voornemens is door de markt te laten oplossen. Om tot de keuze van een marktpartij alsook een door die marktpartij aangeboden oplossing te komen, maakt de aanbesteder tijdens het aanbestedingsproces gebruik van een gereguleerde aanbestedingsprocedure.**
- **Binnen een aanbestedingsproces kunnen een aantal door de aanbesteder te zetten stappen worden onderscheiden. In onderling verband bezien staan die stappen allemaal in het teken van de uiteindelijke keuze van de meest geschikte marktpartij wiens inschrijving de beste oplossing biedt voor de door de aanbesteder in de markt gezette vraag.**
- **Voor elke stap geldt dat de aanbesteder een of meer beslissingen zal moeten nemen die hem dichter bij de meest geschikte marktpartij met de gewenste oplossing brengen.**
- **Die beslissingen hebben betrekking op zowel de materiële aspecten van een aanbesteding als de formele aspecten daarvan.**

Wat wordt bedoeld met 'formele aspecten van het aanbestedingsproces'?

- **Beslissingen die verband houden met de formele aspecten van het aanbestedingsproces zijn bijvoorbeeld beslissingen die betrekking hebben op bekendmakingsvoorschriften, termijnen en de motivering van beslissingen die zien op de materiële aspecten van het aanbestedingsproces.**
- **Deze aspecten worden in dit hoofdstuk verder niet toegelicht, maar komen nog uitvoeriger aan bod in de hoofdstukken 13 t/m 15.**

Wat wordt bedoeld met 'materiële aspecten van het aanbestedingsproces'?

- **Beslissing ten aanzien van materiële aspecten van het aanbestedingsproces zijn: de keuze van de bouworganisatievorm; beslissingen die betrekking hebben op de in de markt te zetten vraagspecificatie en de te hanteren contractvorm; beslissingen ten aanzien van de toe te passen aanbestedingsprocedure alsook het uitwisselen van informatie tijdens die procedure; beslissingen met betrekking tot het formuleren en toepassen van uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen, nadere selectiecriteria en gunningscriteria; beslissingen voor wat betreft de na ontvangst van de inschrijvingen mogelijk door de aanbesteder te volgen strategie.**
- **Deze materiële aspecten worden in dit hoofdstuk kort toegelicht en komen vervolgens veel uitvoeriger aan bod in de hoofdstukken 5 t/m 12.**

Waarom is het belangrijk om in te zien dat beslissingen nauw met elkaar in verband staan?

- **Beslissingen die een aanbesteder tijdens een aanbestedingsproces neemt, kunnen niet los van elkaar worden gezien. Zij hangen onverbrekelijk met elkaar samen. Daarom is het belangrijk dat een aanbesteder de inrichting van het aanbestedingsproces vooraf goed doordenkt.**
- **Voor de goede afloop van het bouwproces als geheel is het namelijk essentieel dat een aanbesteder alle beslissingen die hij tijdens een aanbestedingsproces neemt onderling goed op elkaar afstemt. Hij moet dat dan doen vanuit het perspectief van de doelstellingen die hij met het bouwproces als geheel voor ogen heeft in termen van kwaliteit, tijd en kosten.**

1 Inleiding

Een aanbestedingsproces begint met het door de aanbesteder formuleren van zijn vraagbehoefte of probleem welke hij voornemens is door de markt te laten oplossen. Om tot de keuze van een marktpartij alsook een door die marktpartij aangeboden oplossing te komen, maakt de aanbesteder tijdens het aanbestedings*proces* gebruik van een gereguleerde aanbestedings*procedure*. In het normale geval eindigt het aanbestedingsproces met de juridische totstandkoming van een contract met een van de inschrijvers die aan die procedure heeft deelgenomen. Het gaat dan om de inschrijver wiens inschrijving in het kader van de aanbestedingsprocedure als beste uit de bus is gekomen.

Aldus beschouwd kan het aanbestedingsproces in een aantal stappen worden onderverdeeld. In onderling verband bezien staan die stappen allemaal in het teken van de uiteindelijke keuze van de meest geschikte contractpartner wiens inschrijving de beste oplossing biedt voor de door de aanbesteder in de markt gezette vraag. Voor elke stap geldt dan dat de aanbesteder een of meer beslissingen zal moeten nemen die hem dichter bij de juiste contractpartner met de gewenste oplossing brengen.

Het doel van dit hoofdstuk is om een overzicht te geven van die beslissingen, voorzien van een korte toelichting. Die beslissingen komen overigens veel uitvoeriger aan bod in de volgende hoofdstukken. In die hoofdstukken wordt dan geprobeerd inzicht te geven in de overwegingen waardoor de aanbesteder zich in het concrete geval het beste door zou kunnen laten leiden, teneinde het aanbestedingsproces op een juridisch verantwoorde en doelmatige manier te kunnen doorlopen en afronden.

2 Overzicht van aspecten waarover moet worden beslist

2.1 Materiële en formele aspecten van het aanbestedingsproces

De aanbesteder zal tijdens het aanbestedingsproces beslissingen moeten nemen met betrekking tot zowel de materiële aspecten van een aanbesteding als de formele aspecten daarvan.

Beslissingen met betrekking tot de materiële aspecten van een aanbesteding zijn beslissingen die rechtstreeks van invloed zijn op het resultaat van het bouwproces, waar het aanbestedingsproces een onderdeel van is. Dat resultaat valt positief uit wanneer de belangen van alle bij het bouwproces betrokken partijen worden gemaximaliseerd.

Toelichting

Zie voor een overzicht van de met elkaar in evenwicht te brengen belangen ingeval van een aanbesteding in de bouw, hoofdstuk 1, par. 1.2.

Bezien vanuit het perspectief van de belangen die een aanbesteder met het bouwproces in het concrete geval beoogt te verwezenlijken, kunnen uitspraken worden gedaan over de juridische toelaatbaarheid, doelmatigheid en rationaliteit van beslissingen die hij in het kader van een aanbestedingsproces neemt ten aanzien van de materiële aspecten van dat proces.

Toelichting

Het gaat hierbij vooral om de keuze van de bouworganisatievorm en om beslissingen die betrekking hebben op de in de markt te zetten vraagspecificatie en de te hanteren contractvorm. Verder kan worden gedacht aan beslissingen ten aanzien van de toe te passen aanbestedingsprocedure alsook het uitwisselen van informatie tijdens die procedure. Onder materiële beslissingen vallen voorts beslissingen met betrekking tot het formuleren en toepassen van uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen, nadere selectiecriteria en gunningscriteria. Tot slot kan nog worden gedacht aan beslissingen voor wat betreft de na ontvangst van de inschrijvingen toe te passen strategie. Een of meer van dergelijke beslissingen kunnen - al dan niet in onderlinge samenhang bezien - tot een min of meer onwenselijke uitkomst leiden.

Beslissingen met betrekking tot de materiële aspecten van een aanbesteding, alsook de samenhang die daartussen bestaat, zullen hierna kort worden toegelicht *(par. 2)* en vervolgens meer uitvoerig worden behandeld in de hoofdstukken 5 t/m 12.

Naast materiële aspecten zal de aanbesteder tijdens een aanbestedingsproces ook een aantal beslissingen moeten nemen die verband houden met de meer formele kant van dat proces. Dergelijke beslissingen hebben over het algemeen geen invloed op de inhoudelijke uitkomst van het bouwproces. Zij houden onderling ook geen verband met elkaar, anders dan de beslissingen die ten aanzien van de materiële aspecten worden genomen. De aanbesteder kan met het nemen van formele beslissingen desalniettemin invloed uitoefenen op de belangen van de aan een aanbestedingsproces deelnemende marktpartijen.

Toelichting

Beslissingen die verband houden met de formele aspecten van het aanbestedingsproces zijn bijvoorbeeld beslissingen die betrekking hebben op de toepassing van bekendmakingsvoorschriften en het in acht nemen van termijnen tijdens de aanbestedingsprocedure, alsook de motivering van een aantal van de hierboven bedoelde beslissingen ten aanzien van de genoemde materiële aspecten.

Beslissingen met betrekking tot de formele aspecten van een aanbestedingsproces komen aan de orde in de hoofdstukken 13 t/m 15.

2.2 Bouworganisatievorm

Een aanbesteder zal in het kader van het aanbestedingsproces moeten beslissen welke bouworganisatievorm hij in het concrete geval wenst toe te passen. Meer concreet houdt dat in dat hij zal dienen te bepalen of en in hoeverre hij de taken die tijdens het bouwproces dienen te worden vervuld zelf binnen zijn eigen organisatie zal uitvoeren dan wel zal uitbesteden aan de markt.

Toelichting

Taken die in het kader van een bouwproces vervuld moeten worden - ook wel bouwprocesfuncties genoemd - zijn: de financiering van het bouwproject; het inbrengen van de bouwgrond; het ontwerpen van het bouwproject en het daarmee verband houdende wegnemen van eventuele juridische belemmeringen die aan de realisatie van het bouwproject in de weg staan; het uitvoeren van het bouwontwerp; het onderhouden en beheren alsook het exploiteren van het gerealiseerde project.

Met het nemen van beslissingen wat betreft het al dan niet uitbesteden van taken is de aanbesteder er overigens nog niet. Het laten uitvoeren van een of meer van de hierboven bedoelde taken door marktpartijen kan namelijk op tal van manieren geschieden. Taken kunnen bijvoorbeeld

gescheiden worden uitbesteed aan evenzoveel marktpartijen - architecten, raadgevend ingenieurs, aannemers, leveranciers, adviseurs - maar ze kunnen ook in verschillende combinaties in één hand worden uitbesteed. Het is voorts mogelijk bepaalde taken gesplitst uit te besteden. Denkbaar is zelfs dat de aanbesteder een of meer taken gezamenlijk met een marktpartij vervult. Afhankelijk van de beslissingen die de aanbesteder in deze neemt, is telkens weer sprake van een andere bouworganisatievorm.

2.3 Vraagspecificatie

Een tweede materieel aspect waarover de aanbesteder in het kader van het aanbestedingsproces zal dienen te beslissen, is de vraagspecificatie. Die vraagspecificatie kan worden gezien als het document waarin de aanbesteder zijn vraag heeft gespecificeerd aan de hand van een aantal eisen. Dat document vormt voor de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure als het ware de basis voor hun inschrijvingen. Afhankelijk van het detailniveau waarop de aanbesteder zijn eisen in de vraagspecificatie heeft omschreven, zal er voor de deelnemers aan de procedure meer dan wel minder oplossingsvrijheid bestaan. Daarmee is in feite de belangrijkste door de aanbesteder te nemen beslissing wat betreft de vraagspecificatie gegeven.

Maar de aanbesteder neemt in de context van het ontwikkelen, opstellen en in de markt zetten van de vraagspecificatie ook andere materiële beslissingen waarmee hij invloed kan uitoefenen op de uitkomst van het aanbestedingsproces.

Te denken valt aan het betrekken van marktpartijen bij het ontwikkelen en opstellen van de vraagspecificatie, zeker wanneer die marktpartijen vervolgens hetzij zelf aan de aanbestedingsprocedure wensen deel te nemen, hetzij geaffilieerd blijken te zijn aan inschrijvers. Ook kan worden gedacht aan de wijze waarop de aanbesteder eisen in de vraagspecificatie in concreto formuleert. Tot slot kunnen nog beslissingen worden genoemd die de aanbesteder neemt nadat hij de vraagspecificatie inmiddels via een aanbestedingsprocedure in de markt heeft gezet. Meer specifiek gaat het dan om het aanpassen van de inhoud van zo'n vraagspecificatie.

2.4 Contractvorm

Een aanbesteder zal in de regel een overeenkomst sluiten met de (gekwalificeerde) inschrijver wiens inschrijving aan het einde van de aanbestedingsprocedure als beste uit de bus komt. Met het sluiten van zo'n overeenkomst komen partijen de technische en juridisch-administratieve voorwaarden overeen die vanaf dat moment tussen hen hebben te gelden. De technische voorwaarden zijn in feite onderdeel van de eisen waarmee de aanbesteder in diens vraagspecificatie zijn probleem of vraagbehoefte heeft omschreven.

De juridisch-administratieve voorwaarden kunnen worden beschouwd als het verdere kader van afspraken waarbinnen de vraagspecificatie door de winnende inschrijver moet worden opgelost. Zij geven met name antwoord op de vraag hoe verantwoordelijkheden en risico's tussen de aanbesteder en die inschrijver zijn verdeeld vanaf het moment van contractsluiting. De vraag naar de aard en inhoud van de in het concrete geval toe te passen juridisch-administratieve voorwaarden komt niet pas op tafel te liggen wanneer de aanbestedingsprocedure al zo goed als afgerond is. De aanbesteder zal over die aard en inhoud over het algemeen een beslissing dienen te nemen voordat hij de aanbestedings*procedure* start, aangezien de juridisch-administratieve voorwaarden - naast de vraagspecificatie - de basis vormen voor de inschrijvingen van de deelnemers aan de procedure.

2.5 Aanbestedingsprocedure

Een aanbesteder start het aanbestedings*proces* met het nemen van de hierboven bedoelde beslissingen terzake de te hanteren bouworganisatievorm, de aard en inhoud van de vraagspecificatie alsook de aard en inhoud van de juridisch-administratieve voorwaarden die op de aanbestede opdracht van toepassing zullen worden verklaard. De aanbestedings*procedure* start wanneer de aanbesteder de vraagspecificatie in de markt zet en daarbij gebruik maakt van een procedure waarmee hij concurrentie in de markt hoopt op te roepen. De tijdens de aanbestedingsprocedure toe te passen uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria, alsook het gunningscriterium, zullen net als de vraagspecificatie eveneens door de aanbesteder zijn geformuleerd voorafgaande aan de start van de aanbestedingsprocedure.

De aanbesteder kan diens vraagspecificatie op verschillende manieren - lees: door gebruik te maken van onderling verschillende aanbestedingsprocedures - in de markt zetten.

Toelichting

Bekende aanbestedingsprocedures die in dit verband kunnen worden genoemd, zijn de openbare procedure, de niet-openbare procedure (in de praktijk ook wel aanbesteding met voorafgaande selectie genoemd), de onderhandelingsprocedure hetzij met, hetzij zonder voorafgaande bekendmaking, de concurrentiegerichte dialoog en ook de onderhandse procedure.

Afhankelijk van de beslissing die de aanbesteder in het concrete geval neemt wat betreft de toe te passen aanbestedingsprocedure zal hij - net als met de andere beslissingen die hij neemt met betrekking tot de materiële aspecten van de aanbesteding - invloed kunnen uitoefenen op de uitkomst van het aanbestedingsproces.

2.6 Informatie-uitwisseling

Hierboven werd in par. 1 al opgemerkt dat de stappen die de aanbesteder in het kader van een aanbestedingsproces zet, in onderling verband bezien allemaal in het teken staan van de uiteindelijke keuze van de meest geschikte contractpartner wiens inschrijving het beste tegemoetkomt aan de vraagbehoefte van de aanbesteder. Een aanbesteding is daarmee in feite niet meer en niet minder dan een bijzondere wijze van totstandkomen van een contract. Om tot een efficiënt contract te kunnen komen is het gewenst dat de beoogde contractpartijen voorafgaande aan de totstandkoming daarvan met elkaar communiceren en relevante informatie uitwisselen die mogelijk van invloed is op de door hen te nemen wilsbesluiten terzake die totstandkoming.

Toelichting

Het gaat er daarbij dan met name om dat eventuele teleurstellingen over en weer worden voorkomen. Teleurstellingen van de aannemer, leverancier of dienstverlener, die de vraagstelling van de klant niet goed blijkt te hebben begrepen, alsook teleurstellingen van de klant die zich op onderdelen een andere voorstelling had gemaakt van de oplossing die hem werd aangeboden door aannemer, leverancier of dienstverlener.

Bij de totstandkoming van een contract door middel van een aanbesteding ligt dat niet anders en hangt de uitkomst van het aanbestedingsproces dus tevens af van de beslissingen die de aanbesteder neemt wat betreft het uitwisselen van informatie tijdens het aanbestedingsproces als zodanig, alsook wat betreft de aard en inhoud van die informatie.

2.7 Uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en selectiecriteria

Een belangrijke categorie van beslissingen die een aanbesteder in het kader van een aanbestedingsproces moet nemen, betreft de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en selectiecriteria. Het gaat hier om gronden, eisen en criteria die alle betrekking hebben op de kwalitatieve beoordeling en selectie van ondernemingen tijdens de aanbestedingsprocedure.

Toelichting

Uitsluitingsgronden zijn gronden die de uitsluiting van een onderneming van deelneming aan een aanbesteding in het algemeen kunnen rechtvaardigen, bijvoorbeeld omdat die onderneming in staat van faillissement verkeert. Geschiktheidseisen zijn (minimum)eisen van kwalitatieve aard waaraan een onderneming in ieder geval moet voldoen om voor gunning van de opdracht in aanmerking te komen. Hierbij valt met name te denken aan omzeteisen en eisen met betrekking tot technische bekwaamheid. Selectiecriteria zijn criteria op grond waarvan uit de ondernemingen, die voldoen aan de hiervoor bedoelde geschiktheidseisen, een nadere selectie wordt gemaakt en die uiteindelijk tot het doen van een inschrijving worden uitgenodigd.

Afhankelijk van de inhoud van de hierboven bedoelde gronden, eisen en criteria kan de aanbesteder invloed uitoefenen op de kwaliteit van de ondernemingen die hij aan het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure wenst te laten deelnemen, alsook het aantal ondernemingen dat daarvoor in aanmerking komt. Daarmee is duidelijk dat beslissingen van de aanbesteder wat betreft de formulering en het vervolgens toepassen van dergelijke gronden, eisen en criteria zeer relevant zijn voor de uiteindelijke uitkomst van het aanbestedingsproces.

Beslissingen die een aanbesteder dient te nemen met betrekking tot uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en nadere selectiecriteria, kunnen op een aantal niveaus worden onderscheiden. In de eerste plaats zal hij zich bijvoorbeeld dienen af te vragen of hij wil overgaan tot gebruikmaking van facultatieve uitsluitingsgronden naast de door de aanbestedingsregels dwingend voorgeschreven uitsluitingsgronden. Hij doet er voorts verstandig aan zich af te vragen of hij, naast geschiktheidseisen, tot een nadere beperking van het aantal geschikte ondernemingen wil overgaan en daarom nadere selectiecriteria wil stellen. In het verlengde van deze beslissingen komt hij voor beslissingen te staan terzake de formulering van de inhoud van de hiervoor bedoelde gronden, eisen en criteria, alsook de bekendmaking daarvan. Hij zal tot slot natuurlijk ook beslissingen dienen te nemen wat betreft de toepassing van de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en nadere selectiecriteria in het kader van de beoordeling van de inschrijvingen die hij van de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure heeft ontvangen.

2.8 Gunningscriterium

Hetgeen in de vorige paragraaf is opgemerkt ten aanzien van de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria kan ook worden doorgetrokken naar de beslissingen die de aanbesteder tijdens het aanbestedingsproces neemt wat betreft het gunningscriterium. Het gaat hier om het criterium op basis waarvan hij de inschrijvingen van de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zal beoordelen teneinde vast te kunnen stellen welke inschrijving als beste uit de bus komt.

Ook de beslissingen die een aanbesteder dient te nemen met betrekking tot het gunningscriterium, kunnen op een aantal niveaus worden onderscheiden. In de eerste plaats doet hij er verstandig aan zich af te vragen welk type gunningscriterium hij kiest: het laagste prijscriterium dan wel het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. In het verlengde van deze beslissing zal hij zich dienen te beraden over de formulering van de inhoud van het in het concrete geval te hanteren criterium waarbij hij met name ook goed aan doet oog te hebben voor de aansluiting met de in de vraagspecificatie opgenomen eisen. Dat laatste speelt met name wanneer de aanbesteder opteert voor het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Is de inhoud van het gunningscriterium eenmaal omschreven, dan zal de aanbesteder dat criterium op enig ogenblik bekendmaken in het kader van een aanbestedingsprocedure. Vervolgens zal hij dat criterium op een later tijdstip in die procedure zoals gezegd moeten gaan toepassen in het kader van de beoordeling van de inschrijvingen die hij van de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure heeft ontvangen.

2.9 Na de inschrijving

Ook nadat de aanbesteder de ontvangen inschrijvingen heeft beoordeeld en hij op basis van het gunningscriterium heeft kunnen bepalen welke inschrijving in beginsel als beste uit de bus is gekomen, zal hij voor een aantal beslissingen staan. Hij zal bijvoorbeeld dienen te bepalen of hij zonder verdere omhaal wel tot gunning van de opdracht wenst over te gaan. Die vraag zal met name op tafel liggen wanneer het aanbestedingsproces zodanig is verlopen dat de aanbesteder in deze fase van het proces slechts kan beschikken over inschrijvingen waar hij eigenlijk niet tevreden over is. In het verlengde hiervan ligt de vraag welke andere beslissingen de aanbesteder eventueel nog zou kunnen nemen, wanneer hij niet dan wel niet meteen tot gunning van de opdracht zou willen overgaan.

2.10 Beslissingen staan nauw met elkaar in verband

In de hoofdstukken 5 t/m 12 zal uitvoerig worden ingegaan op de beslissingen die de aanbesteder tijdens het aanbestedingsproces zou moeten nemen wat betreft de hierboven in de *par. 2.2 t/m 2.9* besproken aspecten. Daarbij zal dan per te bespreken aspect worden nagegaan welke beslissingen vanuit een oogpunt van doelmatigheid telkens het meest wenselijk zijn, gegeven de grenzen die eventueel aan die beslissingen worden gesteld door de toepasselijke regels van aanbestedingsrecht.

Het is belangrijk om nu reeds te vermelden dat de beantwoording van doelmatigheidsvragen niet voor elk aspect afzonderlijk kan plaatsvinden, zonder tegelijkertijd de onderlinge samenhang tussen de verschillende materiële aspecten van het aanbestedingsproces in die beantwoording te betrekken.

Toelichting

De doelmatigheid van de keuze van de in het concrete geval toe te passen aanbestedingsprocedure kan bijvoorbeeld niet los worden gezien van de beslissing die de aanbesteder heeft genomen wat betreft de aard en inhoud van de te hanteren bouworganisatievorm. De doelmatigheid van laatstbedoelde beslissing kan op haar beurt weer niet los worden gezien van de aard en inhoud van de vraagspecificatie die de aanbesteder voornemens is in de markt te zetten. Beslissingen die de aanbesteder in dat kader neemt, zijn op hun beurt weer van invloed op de eventuele doelmatigheid van beslissingen die hij neemt wat betreft de in het concrete geval toe te passen gunningscriterium.

Het voorgaande laat zien dat de aanbesteder bij de voorbereiding van het aanbestedingsproces zijn beslissingen wat betreft de materiële aspecten van dat proces op elkaar dient af te stemmen. Hij zal dat dan doen, gegeven het resultaat dat hij met het bouwproces als geheel voor ogen heeft - in termen van kwaliteit, kosten en tijd - en gegeven de accenten die hij wat betreft die aspecten in het concrete geval zou willen leggen. Vanuit die invalshoek zal hij vervolgens kiezen voor een

bepaalde procesinrichting waarmee hij het door hem gewenste resultaat op de meest efficiënte manier zou kunnen bereiken. Die procesinrichting heeft dan met name betrekking op de inrichting van het *aanbestedings*proces.

In hoofdstuk 1, *par. 3.3.2*, is uiteengezet dat het DSS de door de aanbesteder in dit kader te maken afwegingen als het ware faciliteert door de aanbesteder vragen te laten beantwoorden die allemaal zijn te herleiden tot een viertal kernvragen: Wat wil de aanbesteder? Wat kan de aanbesteder? Wat mag de aanbesteder? Wat vraagt de bouwopgave? Afhankelijk van de wijze waarop de aanbesteder deze vragen heeft beantwoord, genereert ook het DSS uiteindelijk een advies voor een bepaalde inrichting van het aanbestedingsproces. In dat advies zullen de materiële aspecten van dat proces dan op een logische en consistente manier op elkaar zijn afgestemd.

Voorbeeld

Het advies dat door het DSS wordt gegenereerd zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat de aanbesteder het beste zou kunnen opteren voor een geïntegreerde bouworganisatievorm, waarbij de taken wat betreft het maken van het ontwerp, de uitvoering en het meerjarig onderhoud van het bouwproject in handen van één marktpartij worden gelegd. Een daarmee consistente aanbeveling zou vervolgens zijn dat de vraagspecificatie van de aanbesteder een ruime mate van oplossingsvrijheid biedt aan de marktpartij aan wie de opdracht uiteindelijk zal worden gegund. Het advies zal voorts de aanbeveling behelzen om op de overeenkomst, die na voltooiing van het aanbestedingsproces met die marktpartij zal worden gesloten, de UAVgc 2005 van toepassing te verklaren. Voor wat betreft de te kiezen aanbestedingsprocedure zal het advies bepalen dat de aanbesteder in ieder geval de voorkeur geeft aan de niet-openbare procedure boven de openbare procedure. Afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval zal het advies mogelijk zelfs gebruikmaking van de concurrentiegerichte dialoog dan wel de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking kunnen aanbevelen.

Het voorgaande laat zien dat een belangrijk te overwegen aspect wat betreft de inrichting van het aanbestedingsproces steeds zal zijn, wat de aard en omvang moet zijn van de invloed die zowel de aanbesteder als de overige deelnemers aan het bouwproces op dat laatste proces - en daarmee ook het resultaat daarvan - gaan uitoefenen.

Welke onderdelen van de Leidraad zijn relevant voor het concrete geval?

4

Managementsamenvatting

Wat is het doel van dit hoofdstuk?

- **Dit hoofdstuk is bedoeld voor projectleiders en inkopers die van plan zijn een concreet project aan te besteden - of die daar reeds mee bezig zijn - en die willen weten welke onderdelen van de Leidraad voor hun situatie relevant zijn.**

Algemene aanbeveling: neem het DSS als vertrekpunt

- **Als algemene aanbeveling geldt dat een aanbesteder er verstandig aan doet het DSS te gebruiken om inzichtelijk te maken waar hij zich precies bevindt in het aanbestedingsproces.**
- **Het verkrijgen van dat inzicht is belangrijk, omdat een aanbesteder op basis daarvan voor zichzelf kan duidelijk maken - met behulp van het DSS - welke beslissingen hij in het aanbestedingsproces nog moet nemen en hoe hij die beslissingen het beste zou kunnen nemen gegeven de doelstellingen die hij met het bouwproces als geheel voor ogen heeft.**
- **Afhankelijk van de beslissingen die een aanbesteder inmiddels al heeft genomen, kan de Leidraad in meer of mindere mate bruikbaar zijn.**

Liggen de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie nog niet vast?

- **Voor deze situatie wordt aanbevolen beslissingen dienaangaande zoveel mogelijk te nemen met behulp van het DSS.**
- **De hoofdstukken 5 en 6 van het tekstdocument kunnen in deze situatie als referentiemateriaal dienen.**

Liggen de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie vast?

- **Voor deze situatie wordt aanbevolen de reeds genomen beslissingen achteraf te toetsen met behulp van het DSS.**
- **Het DSS kan vervolgens ook worden gebruikt om tot een keuze van de juiste contractvorm en aanbestedingsprocedure alsook tot een inrichting van die procedure te komen.**
- **De hoofdstukken 7 t/m 15 van het tekstdocument kunnen in deze situatie als referentiemateriaal dienen.**

Ligt de aanbestedingsprocedure vast?

- **Voor deze situatie wordt aanbevolen de consistentie van de keuze van de aanbestedingsprocedure met andere reeds genomen beslissingen achteraf te toetsen met behulp van het DSS. Hoofdstuk 8 van het tekstdocument kan dan als referentiemateriaal dienen.**
- **Wanneer de aanbestedingsprocedure nog niet is aangekondigd, kan het DSS weer worden gebruikt om de gekozen procedure verder in te richten. De hoofdstukken 9 t/m 15 van het tekstdocument kunnen in deze situatie als referentiemateriaal dienen.**
- **Die hoofdstukken kunnen ook als referentiemateriaal dienen - zij het in een wat beperktere zin - wanneer de gekozen aanbestedingsprocedure inmiddels al is aangekondigd en in gang is gezet.**

1 Inleiding

Aanbesteders in de bouw zullen in de regel niet onvoorbereid aan een aanbestedingsproces beginnen. Vaak zullen zij ten aanzien van een aantal aspecten van dat proces al de nodige beslissingen hebben genomen. Een aanbesteder die met behulp van de Leidraad de noodzakelijke vervolgbeslissingen zou willen nemen, zal in zo'n geval moeten weten welke onderdelen van de Leidraad voor zijn situatie eventueel relevant zijn. Dit hoofdstuk heeft tot doel aanbesteders op hoofdlijnen te laten zien hoe die vraag voor het concrete geval zou kunnen worden beantwoord.

2 Het DSS als vertrekpunt

In hoofdstuk 1, *par. 3.1*, is uiteengezet dat de Leidraad uit twee onderdelen bestaat die onderling op elkaar zijn afgestemd: het onderhavige tekstdocument en het interactieve beslissingsondersteunend model (DSS). In die paragraaf is tevens opgemerkt dat projectleiders en inkopers er verstandig aan doen het DSS als vertrekpunt te nemen bij de aanbesteding van concrete bouwopdrachten en dat zij dit tekstdocument in dat kader vooral als naslagwerk gebruiken. Het tekstdocument is voor dat doel op gebruikersvriendelijke wijze digitaal toegankelijk gemaakt binnen het DSS.

Wanneer projectleiders en inkopers dit advies opvolgen, zullen zij in het DSS tal van vragen te beantwoorden krijgen. Die vragen hebben onder andere tot doel inzichtelijk te maken waar zij zich op dat moment precies bevinden in het aanbestedingsproces. Dat inzicht is belangrijk, gelet op de centrale boodschap die de Leidraad tot uitdrukking beoogt te brengen. Voor de goede afloop van een bouwproces is namelijk essentieel dat een aanbesteder het aanbestedingsproces vooraf goed doordenkt. Uiteindelijk gaat het er om dat hij de in dat kader te nemen beslissingen onderling goed op elkaar afstemt en dat hij dat doet vanuit het perspectief van de doelstellingen die hij met het bouwproces als geheel voor ogen heeft in termen van kwaliteit, tijd en kosten.

Toelichting

Zie in dit verband de managementsamenvatting van hoofdstuk 1 alsook par. 2.10 van hoofdstuk 3.

Gegeven het belang van een goede afstemming is het dus zaak dat projectleiders en inkopers de nog te nemen beslissingen zoveel mogelijk proberen af te stemmen op de procesbeslissingen die inmiddels al zijn genomen. Het DSS probeert de voor die afstemming benodigde informatie inzichtelijk te maken door het stellen van vragen, zodat vervolgens een adequaat advies kan worden gegeven wat betreft de in het aanbestedingsproces te nemen vervolgbeslissingen.

Toelichting

Zie over de werking van het DSS hoofdstuk 1, par. 3.3.

Afhankelijk van de procesbeslissingen die in het concrete geval reeds vastliggen, zal de Leidraad zoals gezegd in meer of mindere mate bruikbaar zijn bij het nemen van vervolgbeslissingen. In de navolgende paragraaf zullen de meest voor de hand liggende situaties kort worden belicht.

3 Mogelijke situaties

3.1 Bouworganisatievorm en vraagspecificatie liggen nog niet vast

Allereerst is denkbaar dat een aanbesteder nog geen vastomlijnde beslissingen heeft genomen voor wat betreft de te hanteren bouworganisatievorm en - in het verlengde daarvan - de aard en inhoud van de vraagspecificatie die hij voornemens is in de markt te gaan zetten door middel van een aanbestedingsprocedure. In dat geval kan de aanbesteder de Leidraad gebruiken om die beslissingen te nemen. Het is zoals gezegd verstandig om in dat geval het DSS als vertrekpunt te nemen.

Toelichting

De vragen die het DSS aan de gebruiker zal stellen om het nemen van de hiervoor bedoelde beslissingen te faciliteren, zijn uiteindelijk allemaal te herleiden tot de volgende vier kernvragen: (i) wat wil de aanbesteder?; (ii) wat kan de aanbesteder?; (iii) wat mag de aanbesteder?; en (iv) wat vraagt de bouwopgave?

Het onderhavige tekstdocument - in het bijzonder de hoofdstukken 5 en 6 - kan dan als achtergrondmateriaal worden gebruikt bij het nemen van die beslissingen.

3.2 Bouworganisatievorm en vraagspecificatie liggen vast

Een tweede mogelijkheid is dat de aanbesteder reeds vastomlijnde keuzes heeft gemaakt ten aanzien van de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie. Ook in dat geval kan van het DSS gebruik worden gemaakt. Het DSS kan dan allereerst de functie vervullen van toetsinstrument om de adequaatheid van de inmiddels genomen beslissingen achteraf na te gaan. Daarnaast kan met behulp van het DSS de inhoud van de te nemen vervolgbeslissingen in kaart worden gebracht. Het gaat dan in het bijzonder om de keuze van de contractvorm en de aanbestedingsprocedure en de verdere inrichting van die procedure. In deze situatie zijn vooral de hoofdstukken 7 t/m 15 van het tekstdocument relevant voor de aanbesteder.

3.3 Aanbestedingsprocedure ligt vast

Een derde voor de hand liggende mogelijkheid is dat de aanbesteder reeds heeft bepaald welke aanbestedingsprocedure hij in het concrete geval gebruik zal gaan hanteren. In die situatie kan het DSS wederom worden gebruikt om de consistentie van die beslissing met de keuze van de bouworganisatievorm, de vraagspecificatie en de contractvorm inzichtelijk te maken. Hoofdstuk 8 van het tekstdocument kan in dat geval als achtergrondmateriaal worden gebruikt.

Wanneer de aanbestedingsprocedure nog niet is aangekondigd, heeft de aanbesteder nog voldoende ruimte om die procedure in te richten. Zowel het DSS als het tekstdocument kunnen dan behulpzaam zijn bij de in dat kader te nemen beslissingen. De aanbesteder zou zich in deze situatie met name moeten richten op de hoofdstukken 9 t/m 15 van het tekstdocument.

Deze hoofdstukken 9 t/m 15 blijven ook relevant - zij het in wat beperktere zin - wanneer de aanbestedingsprocedure inmiddels is aangekondigd en in gang is gezet. Er kan in die fase van het aanbestedingsproces dan met name nog ondersteuning worden geboden bij het toepassen van gestelde eisen en criteria, het tijdens de procedure uitwisselen van informatie, het in acht nemen van termijnen en het motiveren van beslissingen die tijdens het proces worden genomen.

Hoe de juiste bouworganisatie-vorm te kiezen?

5

Managementsamenvatting

Wat is het doel van dit hoofdstuk?

- **Het doel van dit hoofdstuk is aanbesteders te laten zien hoe zij in het kader van een aanbestedings-proces het beste tot de keuze van de te hanteren bouworganisatievorm kunnen komen.**

Wat wordt bedoeld met 'bouworganisatievorm' en wat is het verschil met 'contractvorm'?

- **Belangrijke taken die in elk bouwproces moeten worden vervuld, houden verband met het nemen van initiatief (I), het ontwerp (D), de uitvoering (B), de financiering (F), het meerjarig onderhoud en beheer (M) en de exploitatie (O) van het te realiseren project.**
- **Een aanbesteder kan deze taken op tal van manieren over de deelnemers aan het bouwproces verdelen. Afhankelijk van de wijze waarop dat in het concrete geval gebeurt, is sprake van een bouworganisatievorm.**
- **Van het begrip 'bouworganisatievorm' dient te worden onderscheiden het begrip 'contractvorm'. Het begrip 'contractvorm' ziet op de juridische vastlegging van de contractuele afspraken zoals die tussen de deelnemers aan het bouwproces worden gemaakt, gegeven de bouworganisatievorm die is gekozen.**

Wat zijn de belangrijkste bouworganisatievormen die in de praktijk worden onderscheiden?

- **De traditionele vorm, waarbij de uitvoeringstaak door een aannemer wordt verricht en de ontwerp-taak door de aanbesteder zelf of door diens adviseur, zoals een architect of een raadgevend ingenieur, wordt vervuld.**
- **De geïntegreerde bouworganisatievorm, waarbij één marktpartij zowel het ontwerp als de uit-voering van het project verzorgt (D&B) en eventueel ook een of meer van de andere taken vervult (DBM, DBFM, DBFMO).**
- **De alliantie, waarbij de aanbesteder gezamenlijk met een marktpartij één of meer van de taken van het bouwproces vervult.**

Aan welke juridische randvoorwaarden is een aanbesteder gebonden bij de keuze van de bouworganisatievorm?

- **Een aanbesteder is in beginsel vrij om te bepalen welke bouworganisatievorm hij in het concrete geval wenst te hanteren.**
- **Hij moet zich wel realiseren dat binnen zijn organisatie interne beleidsrichtlijnen kunnen bestaan die deze keuze kunnen beperken.**
- **Wanneer de aanbesteder zou willen besluiten een bepaalde taak 'in house' te laten vervullen, moet hij zich er van vergewissen dat hij niet in conflict komt met beperkingen die daaraan kunnen zijn gesteld vanuit de aanbestedingsrechtelijke regels terzake 'inbesteding'.**
- **Aanbesteders die tot de Rijksoverheid behoren en provinciale en gemeentelijke aanbesteders, moeten zich realiseren dat zij niet geheel vrij zijn in de keuze voor een geïnstitutionaliseerde alliantie, omdat de Comptabiliteitswet 2001, de Provinciewet en de Gemeentewet beperkingen stellen aan deze overheden wat betreft de mogelijkheid tot het oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen.**

Hoe komt een aanbesteder tot een doelmatige keuze van de te hanteren bouworganisatievorm komen?

- **Het antwoord op de vraag welke bouworganisatievorm voor de aanbesteder het beste past, hangt eerst en vooral af van het resultaat dat de aanbesteder met het bouwproces voor ogen heeft, gegeven de accenten die hij in dat kader heeft gelegd wat betreft de aspecten kwaliteit, kosten en tijd. Het antwoord hangt daarmee af van de concrete omstandigheden van het geval. Het betekent dat de aanbesteder voor zichzelf helder zal moeten maken wat hij nu eigenlijk wil bereiken en hoe hij dat het beste kan bereiken. Beide vragen kan hij overigens alleen maar goed beantwoorden wanneer hij de belangrijkste randvoorwaarden inzichtelijk maakt waarmee hij in het kader van het bouwproces rekening zal hebben te houden.**
- **De aanbesteder kan met behulp van het DSS meer helderheid voor zichzelf creëren wat betreft de beantwoording van de vraag welke bouworganisatievorm in het concrete geval het beste bij hem past. Die helderheid krijgt hij door antwoord te geven op vragen die uiteindelijk allemaal te herlei-den zijn tot de volgende vier kernvragen: (i) wat wil de aanbesteder?; (ii) wat kan de aanbesteder?; (iii) wat mag de aanbesteder?; en (iv) wat vraagt de bouwopgave?**
- **De verschillende aspecten die de aanbesteder bij de beantwoording van die vragen in overweging moet nemen wanneer hij gebruik maakt van het DSS, worden in dit hoofdstuk afzonderlijk toe-gelicht. Daarbij zal dan voor elk aspect worden nagegaan of een keuze voor de traditionele bouw-organisatievorm, de geïntegreerde bouworganisatievorm, dan wel de alliantie, meer of minder voor de hand ligt, gegeven het belang dat de aanbesteder aan het betreffende aspect hecht.**
- **Aanbesteders kiezen - al dan niet bewust - nog te vaak voor de traditionele bouworganisatievorm, ook wanneer er voldoende indicaties zijn dat er tal van voordelen kunnen worden behaald met de keuze voor een andere bouworganisatievorm. Aanbesteders zouden zich daar meer bewust van moeten zijn.**

1 Inleiding

Een van de vele keuzes die een aanbesteder in het kader van het aanbestedingsproces zal moeten maken, heeft betrekking op de bouworganisatievorm. Het doel van dit hoofdstuk is aanbesteders daar ondersteuning bij te bieden. Dat gebeurt door de lezer meer inzicht te geven in de verschillende overwegingen waar aanbesteders zich bij het maken van hun keuze zoal door zouden moeten laten leiden. Het verdient overigens sterke aanbeveling bij het maken van zo'n keuze in het kader van een concrete aanbesteding het DSS als vertrekpunt te nemen. Het is belangrijk dat aanbesteders zich in dat verband realiseren dat de keuze van de bouworganisatievorm niet los kan worden gezien van een aantal andere belangrijke beslissingen die zij in het kader van het aanbestedingsproces moeten nemen.

Toelichting

Het gaat hier dan met name om beslissingen met betrekking tot een aantal van de aspecten die nog aan bod komen in de hoofdstukken die volgen: de vraagspecificatie (hoofdstuk 6); de contractvorm (hoofdstuk 7); de aanbestedingsprocedure (hoofdstuk 8) informatie-uitwisseling (hoofdstuk 9); en het gunningscriterium (hoofdstuk 11). Anders dan de plaatsing van deze hoofdstukken wellicht suggereert, worden deze beslissingen niet volgordelijk in de tijd genomen maar worden zij, in samenhang met de te nemen beslissing terzake de te hanteren bouworganisatievorm, in onderling verband genomen. Zie hierna ook par. 3.2 alsook hoofdstuk 3, par. 2.10.

In het navolgende wordt eerst duidelijk gemaakt wat het begrip 'bouworganisatievorm' precies betekent *(par. 2)* en waarom het belangrijk is dat een aanbesteder de keuze van de bouworganisatievorm in het concrete geval goed doordenkt en dat hij dat vooral ook doet in relatie tot de andere beslissingen die hij tijdens het aanbestedingsproces moet nemen (*par. 3)*. Nadat is duidelijk gemaakt of en in hoeverre er voor een aanbesteder juridische belemmeringen bestaan om voor een bepaalde bouworganisatievorm te kiezen *(par. 4)* volgt een overzicht van de voor de praktijk belangrijkste mogelijkheden die er wat dat betreft zoal bestaan *(par. 5)*. Tot slot wordt geprobeerd antwoord te geven op de vraag hoe een aanbesteder op grond van doelmatigheidsoverwegingen in het concrete geval tot de keuze van de voor hem meest geschikte bouworganisatievorm kan komen *(par. 6)*.

2 Wat is een 'bouworganisatievorm'?

2.1 Bouwproces, bouwprocesfuncties en bouworganisatievormen

In hoofdstuk 2 is een definitie gepresenteerd van het begrip 'bouwproces'. Voor elk bouwproces geldt dat er een aantal taken - ook wel bouwprocesfuncties genoemd - zal moeten worden verricht om het bouwproject tot een goed einde te brengen.

Toelichting

Welke bouwprocesfuncties kunnen zoal worden onderscheiden? Iemand zal het initiatief tot het realiseren van het project moeten nemen. Daarnaast zal het project dienen te worden gefinancierd en zal er bouwgrond beschikbaar gesteld moeten worden. Iemand zal het project bovendien moeten ontwerpen en er voor moeten zorgen dat eventuele juridische hindernissen die aan de uitvoering van het bouwproject in de weg kunnen staan, tijdig worden weggenomen. Het bouwproject zal vervolgens, op basis van het ontwerp, moeten worden uitgevoerd. Is het project eenmaal voltooid, dan zal het gedurende zijn economische levensduur door iemand dienen te worden geëxploiteerd en onderhouden, waarna de hiervoor beschreven cyclus als het ware opnieuw zal kunnen beginnen.

De aanbesteder zal deze taken in de regel niet allemaal zelf willen of kunnen uitvoeren. In plaats daarvan zal hij een beroep doen op andere professionele partijen in de markt om bepaalde taken aan hen over te dragen of met hen te delen. Hierbij kan worden gedacht aan architecten, raadgevend ingenieurs, aannemers, leveranciers en adviseurs. De aanbesteder kan de uitvoering van de hierboven genoemde taken op verschillende manieren over hemzelf en de overige partijen verdelen. Afhankelijk van de wijze waarop hij dat in het concrete geval doet, is sprake van een bepaalde bouworganisatievorm. Kiezen voor een bepaalde bouworganisatievorm is niets anders dan kiezen voor een bepaalde verdeling van taken die hoe dan ook zullen moeten worden verricht.

Toelichting

Het uitbesteden van een taak door middel van een aanbesteding zou op zichzelf natuurlijk ook als een uit te voeren (en uit te besteden) taak kunnen worden gezien. Het gaat hier echter niet om een van de kernfuncties van het bouwproces die noodzakelijkerwijs vervuld zou moeten worden om een bouwproces feitelijk te kunnen doorlopen en te voltooien.

Aldus beschouwd kunnen er tal van bouworganisatievormen van elkaar worden onderscheiden. De voor de praktijk belangrijkste bouworganisatievormen komen hierna nog uitvoeriger aan de orde in *par. 5*.

2.2 Bouworganisatievormen en contractvormen

Van het begrip 'bouworganisatievorm' moet worden onderscheiden het in hoofdstuk 7 centraal staande begrip 'contractvorm'. In de bouw worden beide begrippen niet zelden door elkaar heen gebruikt. Daar waar het begrip 'bouworganisatievorm' vooral iets zegt over de wijze waarop de in een bouwproces uit te voeren taken over de verschillende deelnemers aan het bouwproces zijn verdeeld, ziet het begrip 'contractvorm' op de juridische vastlegging van de contractuele afspraken zoals die tussen die deelnemers worden gemaakt, gegeven de gekozen bouworganisatievorm.

Voorbeeld

Zoals hierna in par. 5.2.4 nog zal blijken, is de figuur van het zogenoemde bouwteam een voorbeeld van een bouworganisatievorm. De ontwerp- en uitvoeringstaken zijn in die vorm als volgt over de deelnemers aan het bouwproces verdeeld. De aanbesteder laat de ontwerptaak vervullen door een professioneel ontwerper, bijvoorbeeld een architect. Voor de (toekomstige) uitvoering van dat ontwerp heeft de aanbesteder een aannemer op het oog. Teneinde bepaalde voordelen te kunnen behalen, spreken aanbesteder, architect en aannemer onderling af dat de aannemer vanuit diens uitvoeringsdeskundigheid adviezen aan de architect zal geven tijdens de ontwerpfase. Nadat het ontwerp is voltooid, draagt de aanbesteder de uitvoering daarvan op aan de aannemer. Kijkt men naar dit voorbeeld van een bouwteam vanuit het perspectief van de aard en inhoud van de daarbij behorende contractvorm dan kan het volgende over worden opgemerkt. In het normale geval sluit de aanbesteder een ontwerpovereenkomst met de architect waarop dan bijvoorbeeld de SR 1997 of de DNR 2005 van toepassing wordt verklaard. Voor wat betreft de uitvoering van het project zal de aanbesteder een aannemingsovereenkomst met de aannemer sluiten waarop de UAV 1989 van toepassing wordt verklaard. Daarnaast zullen aanbesteder, architect en aannemer een driepartijenovereenkomst sluiten, de zogenoemde bouwteamovereenkomst, bijvoorbeeld met gebruikmaking van het VGBouw Model Bouwteamovereenkomst 1992. In onderling verband bezien regelen de verschillende overeenkomsten dat

zowel de architect als de aannemer ieder jegens de aanbesteder individueel verantwoordelijk zijn voor de deugdelijke uitvoering van hun eigen taak. In de verhouding tot de aannemer is de aanbesteder op zijn beurt juridisch verantwoordelijk voor de wijze waarop de ontwerptaak door de architect is vervuld. Daarenboven is het in het normale geval zo dat de aannemer onder omstandigheden juridische medeverantwoordelijkheid jegens de aanbesteder en de architect kan dragen voor de wijze waarop de architect zijn ontwerptaak heeft vervuld. Dat zal zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de aannemer in het kader van zijn adviserende rol een klaarblijkelijke fout van de architect over het hoofd heeft gezien. Gegeven deze normale uitgangspunten van de contractvorm die hoort bij de bouworganisatievorm bouwteam, kunnen de betrokken partijen eventueel andere afspraken maken wat betreft de aard en inhoud van de contractvorm. Zij kunnen dat bijvoorbeeld doen door de medeverantwoordelijkheid van de aannemer voor ontwerpfouten van de architect contractueel uit te sluiten of, omgekeerd, die medeverantwoordelijkheid tot hoofdregel te verheffen. Voor de bouworganisatievorm maakt dat echter niets uit: de ontwerp- en uitvoeringstaak worden elk afzonderlijk nog steeds gescheiden uitgevoerd door de architect respectievelijk de aannemer. Een verandering wat betreft de bouworganisatievorm treedt pas op wanneer, in het gegeven voorbeeld, de afspraak wordt gemaakt dat de aannemer als lid van het bouwteam een deel van de ontwerptaak volledig voor zijn rekening zal nemen.

Het onderscheid tussen 'bouworganisatievorm' en 'contractvorm' laat overigens onverlet dat er nauwe samenhang tussen beide concepten bestaat. Zo dienen vanuit de optiek van doelmatigheid de aard en inhoud van de binnen de gekozen bouworganisatievorm gesloten contracten consistent te zijn met die bouworganisatievorm.

Toelichting

Zie over dit aspect ook hoofdstuk 7, par. 4.

Voorbeeld

Een aanbesteder die kiest voor de bouworganisatievorm D&B doet er verstandig aan de juridische verantwoordelijkheid voor het ontwerp en de uitvoering in het met de marktpartij te sluiten contract bij die marktpartij te leggen. Dat kan door te contracteren op basis van de UAVgc 2005.

Omgekeerd kan de wens van de aanbesteder om gebruik te maken van een bepaalde contractvorm één van de overwegingen zijn in het kader van het besluitvormingsproces dat uiteindelijk moet leiden tot de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm. Op die overwegingen wordt hierna nog uitvoeriger ingegaan in *par. 6*. Op de te onderscheiden contractvormen wordt nog uitvoeriger ingegaan in hoofdstuk 7.

3 Waarom dient de bouworganisatievorm goed te zijn doordacht?

3.1 De relatie met het bouwproces

Waar het in elk bouwproces uiteindelijk telkens weer om draait, is het bereiken van het resultaat dat de aanbesteder met dat proces voor ogen heeft.

Toelichting

Zoals in hoofdstuk 1, par. 1.2, al is vastgesteld, heeft een aanbesteder behoefte aan de oplossing van een bepaald probleem. Aan die behoefte dient tegen zo laag mogelijke totaalkosten te worden voldaan door het leveren van een kwalitatief hoogwaardige prestatie met oog voor een optimale levensduur. Met de vervulling van die behoefte wordt ook in een maatschappelijk belang voorzien. De samenleving als geheel zal daarnaast bovendien profiteren van een verbetering van de kwaliteit en een toename van innovatie in de bouw.

Het resultaat dat een aanbesteder in het concrete geval voor ogen heeft, zou hij op hoofdlijnen kunnen omschrijven in termen van kwaliteit, kosten en tijd. Deze aspecten behoeven overigens niet voor iedere aanbesteder dezelfde importantie te hebben. Het is mogelijk dat de ene aanbesteder het vooral belangrijk vindt dat het bouwproject snel gereed is en dat de kosten van het project in feite ondergeschikt zijn aan dat doel. Voor een andere aanbesteder zal het beschikbare budget juist een belangrijke factor van betekenis zijn en zullen de aspecten kwaliteit en tijd wat minder belangrijk zijn.

Gegeven het resultaat dat de aanbesteder voor ogen heeft en gegeven de accenten die hij in het concrete geval heeft gelegd voor wat betreft de aspecten kwaliteit, kosten en tijd, zal hij voor een bepaalde procesinrichting dienen te kiezen waarmee hij het door hem gewenste resultaat kan bereiken.

Toelichting

In de kern komt het er dus op neer dat de aanbesteder voor zichzelf helder maakt wat hij nu eigenlijk wil bereiken en hoe hij dat het beste kan bereiken. Beide vragen kan hij overigens alleen maar goed beantwoorden wanneer hij de belangrijkste randvoorwaarden inzichtelijk maakt waarmee hij in het kader van het bouwproces rekening zal hebben te houden. Met behulp van het DSS kan de aanbesteder voor het concrete geval meer helderheid voor zichzelf creëren, zowel wat betreft het resultaat dat hij voor ogen heeft, de procesinrichting die daarvoor nodig is alsook de aard en inhoud van de randvoorwaarden die daarop invloed uitoefenen. Die helderheid krijgt de aanbesteder door antwoord te geven op vragen die uiteindelijk allemaal te herleiden zijn tot de volgende vier kernvragen: (i) wat wil de aanbesteder?; (ii) wat kan de aanbesteder?; (iii) wat mag de aanbesteder?; en (iv) wat vraagt de bouwopgave? Zie hierna ook par. 6 alsook hoofdstuk 1, par. 3.3.2.

Bij de keuze van de uiteindelijke procesinrichting zal een voor de aanbesteder belangrijk te overwegen aspect zijn, welke taken van het bouwproces hij zelf wil, kan en mag vervullen, en welke taken hij aan een of meer marktpartijen wil, kan en mag uitbesteden. Zoals reeds bleek in *par. 2.1* hierboven, gaat het dan in feite om niets anders dan de keuze van de bouworganisatievorm.

Daarmee is duidelijk dat de keuze van de bouworganisatievorm - als onderdeel van de inrichting van het bouwproces - een belangrijke bepalende factor is voor wat betreft de uitkomst van dat proces.

Het zal dan bovendien duidelijk zijn dat een aanbesteder wat betreft de in het concrete geval te hanteren bouworganisatievorm zowel verstandige als minder verstandige keuzes kan maken. Met de ene bouworganisatievorm wordt immers beter tegemoet gekomen aan het resultaat dat hij met het bouwproces wil bereiken, gegeven de accenten die hij heeft gelegd met betrekking tot de aspecten, kwaliteit, kosten en tijd, dan met de andere vorm.

Voorbeeld

Een aanbesteder kan er bijvoorbeeld voor kiezen het ontwerp van een ogenschijnlijk eenvoudig project als het realiseren van een fietstunnel in eigen hand te houden. Het is echter de vraag of dat verstandig is, wanneer er grote (politieke) tijdsdruk staat op de voltooiing van de fietstunnel. Juist door voor een andere bouworganisatievorm te kiezen, waarbij uitbesteding van een aantal te integreren taken in één hand zou kunnen plaatsvinden, zou aanzienlijke tijdwinst kunnen worden geboekt. Maar de belangen kunnen - bezien vanuit de optiek van het te behalen eindresultaat - natuurlijk ook anders liggen waardoor bij hetzelfde type project toch tot een andere keuze wat betreft de toe te passen bouworganisatievorm wordt gekomen. Wanneer de aanbesteder bijvoorbeeld zelf een professionele ontwerpafdeling in huis heeft, kan het voor de hand liggen dat die afdeling namens de aanbesteder de ontwerptaak volledig uitvoert. Een meer nadrukkelijke indicatie om dat te doen, kan vervolgens worden gevonden in de omstandigheid dat de te realiseren fietstunnel in feite een standaardproject is, waarvan de gedetailleerde technische oplossing vrij eenvoudig door de ontwerpafdeling van de aanbesteder kan worden beschreven. Zou de aanbesteder niet over een eigen afdeling beschikken, dan kan dat wellicht een reden zijn om de ontwerptaak op te dragen aan een externe partij. Dat zou een zelfstandig architect of ingenieur kunnen zijn. Valt daarentegen te verwachten dat er veel efficiencywinst kan worden behaald op het vlak van de toe te passen uitvoeringsmethodiek, dan ligt het misschien meer voor de hand om (een deel van) de ontwerptaak uit te besteden aan de aannemer.

Het voorgaande laat zien dat de 'ideale' bouworganisatievorm in absolute zin in feite niet bestaat. Het antwoord op de vraag welke bouworganisatievorm in het concrete geval het beste past, hangt eerst en vooral af van het doel dat de aanbesteder met het bouwproces voor ogen heeft, gegeven de accenten die hij in dat kader heeft gelegd wat betreft de aspecten kwaliteit, kosten en tijd. Daarnaast zal het afhangen van de verdere randvoorwaarden waarmee de aanbesteder rekening heeft te houden bij het inrichten van het bouwproces.

In *par. 6* zal dieper worden ingegaan op de vraag hoe de specifieke behoeften van de aanbesteder, de (grenzen aan de) mogelijkheden die hij heeft om daaraan tegemoet te komen, alsook de randvoorwaarden waarmee hij in dat kader rekening moet houden, zich onderling tot elkaar verhouden en hoe hij vanuit die onderlinge verhouding tot de keuze van de meest geschikte bouworganisatievorm dient te komen. In het concrete geval kan de aanbesteder die vraag zoals gezegd voor zichzelf beantwoorden met behulp van het DSS.

3.2 De relatie met het aanbestedingsproces

Een aanbesteder dient de keuze van de bouworganisatievorm niet alleen goed te doordenken vanuit het perspectief van het resultaat - en de daarvoor benodigde inrichting - van het bouwproces dat hem voor ogen staat. Het aanbestedingsproces is een onderdeel van dat bouwproces. De keuze die een aanbesteder maakt wat betreft de te hanteren bouworganisatievorm, kan niet los worden gezien van de beslissingen die hij neemt ten aanzien van een aantal andere belangrijke materiële aspecten van het aanbestedingsproces.

Toelichting

Die samenhang kwam reeds aan de orde in hoofdstuk 3, par. 2.10. Het gaat dan met name om de samenhang tussen beslissingen die de aanbesteder neemt terzake de aspecten bouworganisatievorm, vraagspecificatie, contractvorm, aanbestedingsprocedure, geschiktheidseisen, informatie-uitwisseling en gunningscriterium.

Voor een goede afloop van het bouwproces is vereist dat de aanbesteder de consistente samenhang tussen al deze beslissingen vooraf goed doordenkt. Wanneer die beslissingen onderling namelijk niet goed op elkaar zijn afgestemd, bestaat de kans dat afbreuk wordt gedaan aan het resultaat dat hij van meet af aan met het bouwproces voor ogen heeft gehad.

Voorbeeld

Een aanbesteder heeft het voornemen om een kantoorgebouw te realiseren. Hij kiest voor een bouworganisatievorm die er in voorziet dat het meerjarig onderhoud van het te realiseren gebouw gedurende dertig jaar zal worden opgedragen aan de aannemer die het kantoorgebouw gaat bouwen. Zeker voor wat betreft de onderhoudsgevoelige onderdelen van het kantoorgebouw zou het passen dat de aanbesteder in dit geval kiest voor een bouworganisatievorm waarbij de aannemer in belangrijke mate de ontwerptaak krijgt toebedeeld. De ontwerpafdeling van de aanbesteder vervaardigt vervolgens echter een vraagspecificatie waarin het technisch ontwerp van het te realiseren kantoorgebouw reeds in belangrijke mate is gedetailleerd. Dat laat de aannemer maar weinig oplossingsvrijheid. Zou de ontwerpafdeling hebben gekozen voor een vraagspecificatie bestaande uit een globaal functioneel ontwerp, dan zou die keuze meer consistent zijn geweest met de gekozen bouworganisatievorm. Maar ook in het laatste geval zou de aanbesteder weer, andere, inconsistente keuzes kunnen maken, bijvoorbeeld door te kiezen voor de openbare aanbestedingsprocedure met als gunningscriterium de laagste prijs.

In de navolgende hoofdstukken zal nog verder worden verduidelijkt en geïllustreerd waarom het belangrijk is dat de aanbesteder zijn beslissingen over de in die hoofdstukken besproken aspecten - en zijn beslissing wat betreft de te hanteren bouworganisatievorm - onderling op elkaar afstemt.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 Uitgangspunt: de aanbesteder is vrij in de keuze van de bouworganisatievorm

Een aanbesteder is in beginsel vrij om te bepalen of hij een of meer taken van het bouwproces wil uitbesteden aan een of meer marktpartijen, of dat hij die taken zelf zal vervullen. Daarmee wordt bedoeld dat er geen wet- en regelgeving bestaat die de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm in het concrete geval op de een of andere manier aan banden zou leggen. Zonder afbreuk te willen doen aan dit uitgangspunt, dienen daar wel een aantal kanttekeningen bij te worden geplaatst. Die kanttekeningen komen in de navolgende paragrafen aan de orde.

4.2 Kanttekeningen

4.2.1 Interne beleidsrichtlijnen

Denkbaar is allereerst dat er - niettegenstaande het hierboven genoemde uitgangspunt - binnen de organisatie waartoe een aanbesteder behoort interne beleidsrichtlijnen gelden met betrekking tot de keuze van de bouworganisatievorm en/of de wijze waarop zo'n keuze tot stand dient te komen.

Mogelijk zijn dergelijke richtlijnen zelfs gebaseerd op de inhoud van de Leidraad.

Toelichting

Dergelijke uitgewerkte beleidsrichtlijnen bestaan bijvoorbeeld bij 'grote' overheidsaanbesteders zoals de Rijksgebouwendienst, Rijkswaterstaat en ProRail.

Voorbeeld

In par. 4.2.3 zal nog zijdelings worden ingegaan op het begrip 'Publiek Private Samenwerking' (PPS). Het gaat hier om een verzamelbegrip voor tal van manieren waarop de overheid de markt zou kunnen benaderen met het oog op de vervulling van de verschillende taken van het bouwproces. De specifiek door de overheid gekozen wijze van marktbenadering vertaalt zich vervolgens in de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm en/of contractvorm. In ieder geval dient te worden bezien of een project in aanmerking komt voor realisatie door middel van enige vorm van PPS. Die afweging kan worden gemaakt met behulp van de Handleiding Publiek Private Comparator (PPC) die is opgesteld door het Ministerie van Financiën. Dit beleidsinstrument geeft de gebruiker inzicht in de mogelijke financiële meerwaarde van realisatie van het project door middel van PPS door deze wijze van realiseren te vergelijken met een meer traditionele aanpak. Voor alle projecten van rijksvastgoedobjecten boven € 25 mln, evenals bij infrastructuurprojecten groter dan € 112,5 mln, wordt standaard een PPC uitgevoerd. De te maken afweging kan worden gecompleteerd met gebruikmaking van de eveneens door het Ministerie van Financiën opgestelde Handleiding Publieke Sector Comparator (PSC). Dat laatste instrument kan de gebruiker - in aanvulling op de PPC - een beeld geven van de totale kosten van het project gedurende de gehele levenscyclus.

Dergelijke interne richtlijnen kunnen de vrije keuze van de aanbesteder voor een bepaalde bouworganisatievorm beperken. Aanbesteders worden daarom nadrukkelijk geadviseerd na te gaan of zij bij (het bepalen van) hun keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm rekening moeten houden met eventueel binnen hun organisatie geldende interne beleidsrichtlijnen.

4.2.2 Inbesteding

Het in *§ 4.1* verwoorde uitgangspunt houdt onder andere in dat de aanbesteder er óók voor kan kiezen een bepaalde taak van het bouwproces *niet* aan een marktpartij over te dragen. In dat geval wordt verondersteld dat de aanbesteder die taak zelf zal vervullen. Denkbaar is echter dat de aanbesteder in kwestie een dienst is die onderdeel uitmaakt van een meer omvangrijke organisatie en dat die organisatie op haar beurt uit een aantal diensten bestaat. Wanneer de aanbesteder de taak vervolgens weliswaar binnen de eigen organisatie houdt doch vervolgens laat uitvoeren door een van die andere diensten - 'inbesteden' of 'in house opdrachtverlening' - dan *kan* dat onder omstandigheden op juridische bezwaren stuiten.

Vooropgesteld kan overigens worden dat die bezwaren er niet zijn wanneer er sprake is van zogenoemde 'zuivere inbesteding'.

Voorbeeld

De Dienst Gebouwenbeheer van een bepaalde gemeente verleent aan de Dienst Onderhoud de opdracht tot het plegen van onderhoud aan een aantal installaties die zich bevinden in gebouwen die in eigendom zijn van de gemeente. Beide Diensten zijn onderdeel van een en dezelfde rechtspersoon, de gemeente. De Diensten hebben zelf geen rechtspersoonlijkheid. Hier is geen sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht aangezien zich hier een geval van zuivere inbesteding voordoet.

Bij zuivere inbesteding behoren aanbesteder en opdrachtnemer tot dezelfde rechtspersoon en kan de opdrachtverstrekking één-op-één plaatsvinden, zonder dat eerst behoeft te worden nagegaan of er mogelijk een verplichting tot aanbesteden bestaat. Er zijn echter ook gevallen denkbaar waarin de opdrachtverstrekking niet plaatsvindt binnen een en dezelfde rechtspersoon.

Voorbeeld

Gemeente A besluit haar Dienst Wegenonderhoud te privatiseren en onder te brengen in een zelfstandige B.V. Na een aantal jaren heeft gemeente A 98% van de aandelen van de B.V. in eigendom. De overige 2% zijn in eigendom van gemeente B. De B.V. voorziet enkel en alleen in haar bestaan door opdrachten van de gemeenten A en B aan te nemen en uit te voeren.

In het voorgaande geval zou op de gemeente de verplichting kunnen rusten om de opdracht Europees aan te besteden conform de voor haar geldende aanbestedingsregels.

Toelichting

De vraag of en in welke gevallen op een aanbesteder een aanbestedingsplicht rust op grond van de wet- en regelgeving valt buiten het aandachtsgebied van de Leidraad. Zie overigens hoofdstuk 1, par. 1.1.

Een aanbesteder op wie normaliter de verplichting rust om een opdracht Europees aan te besteden, mag echter een opdracht één-op-één verstrekken aan een onderneming wanneer de feiten en omstandigheden van het geval kunnen worden gekarakteriseerd als 'quasi-inbesteding'. Er dient dan echter wel aan de volgende drie voorwaarden te zijn voldaan:

(1) de gemeente oefent op dezelfde wijze toezicht uit op de onderneming als op haar eigen diensten,
(2) de onderneming verricht het merendeel van haar werkzaamheden ten behoeve van de gemeente en
(3) er is geen sprake van private financiering in het vermogen van de betreffende onderneming.

Wanneer niet aan deze voorwaarden is voldaan, kan niet langer meer worden gezegd dat de gemeente een opdracht binnen haar eigen gezagsstructuur heeft verstrekt en is de gemeente in beginsel dus ook niet meer vrij om die opdracht zo maar te verlenen aan de aan haar gelieerde onderneming.

Bron

Zie voor de voorwaarden met name de volgende jurisprudentie: HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98 (Teckal); HvJ EG 11 januari 2005, zaak C-26/03 (Stadt Halle); HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03 (Coname); HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 (Parking Brixen); HvJ EG 11 mei 2006, zaak C-340/04 (AGESP); HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (Jean Auroux e.a.); HvJ EG 19 april 2007, zaak C-295/05 (Asemfo-Tragsa) en de Conclusie van de Advocaat-Generaal van 4 juni 2008 in zaak C-324/07 (Coditel).

Een aanbesteder dient zich bovendien te realiseren dat het aanbestedingsrechtelijk niet altijd zal zijn toegestaan om één-op-één een overeenkomst te sluiten - lees: tot 'quasi-inbesteding' over te gaan - met een onderneming onder het voorwendsel dat die onderneming op grond van wet- en regelgeving verplicht is om een aanbestedingsprocedure te hanteren bij het uitbesteden van opdrachten.

Bron

Zie hiervoor het arrest HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (Jean Auroux e.a.) alsook de interpretatieve mededeling van de Europese Commissie van 5 februari 2008 over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde PPS, (2008/C 91/02). Deze waarschuwing is vooral van belang voor overheidsaanbesteders in het kader van (geïnstitutionaliseerde) PPS-constructies. Zie daarover in algemene zin hierna nog par. 4.2.3 en par. 5.4.3.

Indien een *overheid*saanbesteder overweegt de uitvoering van een bepaalde taak rechtstreeks op te dragen aan een aan haar gelieerde onderneming, onder het mom van quasi-inbesteding, wordt die aanbesteder sterk aangeraden eerst te (laten) onderzoeken of in het concrete geval is voldaan aan de hierboven genoemde voorwaarden.

4.2.3 Oprichting van of deelname in privaatrechtelijke rechtspersoon

Een derde kanttekening die kan worden gemaakt, heeft betrekking op het geval waarin een *overheid*saanbesteder betrokken is bij de oprichting van of deelname in een privaatrechtelijke rechtspersoon met het oog op de vervulling van een of meer taken van het bouwproces.

Toelichting

Eerder in dit hoofdstuk kwam al even het begrip 'Publiek Private Samenwerking' (PPS) aan de orde. Het gaat hier zoals gezegd om een verzamelbegrip voor tal van manieren waarop de overheid de markt kan benaderen met het oog op de vervulling van de verschillende taken van het bouwproces. De specifiek door de overheid gekozen wijze van marktbenadering vertaalt zich vervolgens in de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm en/of contractvorm. Denkbaar is dan bijvoorbeeld dat de overheid samen met (andere publieke en) private marktpartijen een samenwerking aangaat ter realisatie van een grootschalig project. Dat project kan bestaan uit het ontwerp, de aanleg en het onderhoud en beheer van een vastgoedproject, (lijn)infrastructuur, gebiedsontwikkeling of een groenproject, waarbij bovendien ook onderlinge combinaties denkbaar zijn.

PPS is op zichzelf geen aanduiding voor een bouworganisatievorm, maar moet worden beschouwd als een 'juridisch gestructureerde samenwerking tussen overheid en private partijen bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie dan wel de inrichting van gebouwen en exploitatie, anders dan vanuit traditionele rollen van overheid en private partijen'. (Bron: A.G. Bregman, R.W.J.J. de Win, Publiek-private samenwerking bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie, Deventer: Kluwer 2005, p. 6).

Deze omschrijving impliceert dat het ook bij PPS nog altijd mogelijk is dat aanbesteder en marktpartijen ieder afzonderlijk een of meer taken van het bouwproces verrichten.

PPS is geen doel, maar een middel voor een aanbestedende dienst om tot een beter product of betere dienst te komen voor dezelfde prijs of om te komen tot een vergelijkbaar product of dienst voor een lagere prijs. Aanbestedende diensten gaan dus niet zo maar een PPS-constructie aan.

PPS komt niet zo maar uit de lucht vallen. PPS is kabinetsbeleid. In de jaarlijkse voortgangsrapportage PPS, zoals door het Ministerie van Financiën aan de Tweede Kamer wordt gerapporteerd, wordt door de departementen aangegeven op welke wijze zij vorm hebben gegeven aan dit beleid (Bron: Kamerstukken 2007-2008, TK 28753, nr. 12).

De feitelijke samenwerking tussen de betrokken publieke en private partijen komt dan in de regel tot uitdrukking in een gezamenlijke planvorming en eventueel ook in een gezamenlijke gebiedsontwikkeling of grond- of opstalexploitatie. Deze feitelijke samenwerking ziet op de wijze waarop een aantal taken van het bouwproces over de betrokken partijen wordt verdeeld (bouworganisatievorm). De feitelijke samenwerking krijgt vervolgens juridisch gestalte (contractvorm) door deze vast te leggen in een samenwerkingsovereenkomst. In veel gevallen wordt daarenboven een juridisch samenwerkingsverband opgericht - een joint venture of een rechtspersoon - waarin zowel de betrokken publieke als private partijen risicodragend deelnemen. Dit juridisch samenwerkingsverband realiseert vervolgens het project en zorgt voor het onderhoud en of de exploitatie van het project.

Voorbeelden van dergelijke projecten zijn Vinex-locaties zoals Vleuterweide, Saendelft en Sijtwende, de ontwikkeling van de nieuwbouwlocatie Blokhoeve Buiten en stedelijke (her)ontwikkelingsprojecten zoals Amsterdam Zuidas en Delft Spoorzone. Deze specifieke vorm van PPS wordt in de praktijk onder andere aangeduid met begrippen als 'geïnstitutionaliseerde PPS', 'geïnstitutionaliseerde alliantie' en 'PPS-alliantie'. Zie hierna ook par. 5.4.2.

Voor de Rijksoverheid en voor gemeentes en provincies gelden wettelijke verplichtingen die zij in acht moeten nemen wanneer zij betrokken zijn bij de oprichting van of de deelname in een privaatrechtelijke rechtspersoon die een project realiseert en verantwoordelijkheid draagt voor het onderhoud en of de exploitatie van zo'n project.

Toelichting

Wanneer de Rijksoverheid een privaatrechtelijke rechtspersoon wil oprichten of doen oprichten dan wel daarin wil deelnemen, geldt op grond van art. 34 lid 1 Comptabiliteitswet 2001 een verplichte voorhangprocedure bij het parlement. Op grond van lid 2 van dat artikel moet de Algemene Rekenkamer over een voornemen tot oprichting of deelneming worden geconsulteerd. Indien een meerderheid van hetzij de Tweede hetzij de Eerste Kamer het wenselijk acht, is op grond van lid 4 van het genoemde artikel daarenboven een afzonderlijke machtigingswet nodig. Voor gemeenten geldt dat het college van burgemeester en wethouders op grond van art. 160 lid 1 sub e Gemeentewet in beginsel bevoegd is te besluiten tot het oprichten en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen. Lid 2 van dat artikel bepaalt echter dat het college slechts daartoe besluit 'indien dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang.' Voor het ontwerp-besluit geldt een voorhangprocedure bij de gemeenteraad. Op grond van lid 2 van het artikel geldt daarenboven dat het besluit de goedkeuring moet krijgen van gedeputeerde staten. De Provinciewet regelt het oprichten en deelnemen door provincies in privaatrechtelijke rechtspersonen op een wijze die vergelijkbaar is met de regeling in de Gemeentewet. Alhoewel geen sprake is van een wettelijke verplichting geldt voor de Rijksoverheid bovendien het kader zoals is aangegeven in de nota 'Staatsdeelnemingenbeleid' van het Ministerie van Financiën (Bron: Kamerstukken 2007-2008, TK 28165, nr. 69).

Wanneer een *overheid*saanbesteder het voornemen heeft om een privaatrechtelijke rechtspersoon op te richten, of daarin deel te nemen, met het oog op de uitvoering en het onderhoud en of de exploitatie van een bouwproject, wordt die aanbesteder sterk aangeraden eerst te (laten) onderzoeken of en in hoeverre de hierboven bedoelde wetgeving grenzen stelt aan zo'n voornemen.

4.2.4 Kanttekeningen vanuit de invalshoek van de vraagspecificatie

In *par. 3.2* hierboven is reeds opgemerkt dat de keuze die een aanbesteder maakt wat betreft de te hanteren bouworganisatievorm, niet los kan worden gezien van de wijze waarop hij voornemens is om te gaan met een aantal andere belangrijke aspecten van het aanbestedingsproces.

Toelichting

Die samenhang is ook toegelicht in hoofdstuk 3, par. 2.10. Het gaat dan met name om de samenhang tussen beslissingen die de aanbesteder neemt terzake de aspecten bouworganisatievorm, vraagspecificatie, contractvorm, aanbestedingsprocedure, informatie-uitwisseling en gunningscriterium.

Eén van die andere aspecten betreft de vraagspecificatie. Voor een goede afloop van het bouwproces is vereist dat de aanbesteder de consistente samenhang tussen de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie vooraf goed doordenkt. Zoals hierna nog aan de orde zal komen in hoofdstuk 6, *par. 4*, moet de aanbesteder in dat kader ook letten op aanbestedingsrechtelijke grenzen die zijn gesteld aan de inhoud van diens vraagspecificatie. Vanuit die optiek wordt het bijvoorbeeld disproportioneel geacht - en dus juridisch ontoelaatbaar - wanneer als gevolg van de in de vraagspecificatie opgenomen eisen ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden gecreëerd.

Voorbeeld

Te denken valt aan het voorbeeld waarbij de aanbesteder een aantal taken van het bouwproces in één hand wenst uit te besteden en waarbij het om een technisch dermate complex project gaat dat er in feite maar één (combinatie van) marktpartij(en) bestaat die zo'n geïntegreerde opdracht zou kunnen realiseren.

In het hiervoor geschetste geval kiest de aanbesteder voor een bouworganisatievorm - bijvoorbeeld de hierna nog in par. 5 te bespreken DBFMO - die onder andere consistent is met de aard en inhoud van de opgestelde vraagspecificatie. In zo'n geval is het echter niet de keuze van de bouworganisatievorm waar (juridische) kanttekeningen bij kunnen worden geplaatst, maar de vraagspecificatie.

5 Welke keuzemogelijkheden heeft de aanbesteder?

5.1 Vertrekpunt

5.1.1 Taken van het bouwproces

In *par. 2.1* is al opgemerkt dat de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm in feite niets anders is dan de keuze voor een bepaalde verdeling van taken die tijdens een bouwproces hoe dan ook zullen moeten worden uitgevoerd. De belangrijkste van die taken worden hierna opgesomd. In de opsomming staat achter elke taak een letter tussen haakjes waarmee deze taak in het verdere vervolg afgekort wordt weergegeven:

- ontwerpen van het bouwproject (D = 'Design', met als variant E = 'Engineer');
- uitvoeren van het bouwproject (B = 'Build' of C = 'Construct');
- projectfinanciering verwerven (F = 'Finance')
- meerjarig onderhoud en beheer van het gerealiseerde bouwproject verzorgen (M = 'Maintain');
- exploiteren van het gerealiseerde bouwproject (O = 'Operate').

Toelichting

In de Leidraad zal geen nader onderscheid worden gemaakt tussen D en E enerzijds en tussen B en C anderzijds. 'Design' is meeromvattend dan 'Engineer', maar het gaat uiteindelijk om twee loten van de dezelfde stam: het nader concretiseren van eerder geformuleerde en abstractere specificaties. De begrippen B en C zijn inwisselbaar, maar worden in de praktijk afwisselend gebruikt afhankelijk van de vraag of sprake is van een b&u-project (B) dan wel een gww-project (C).

Een taak die in het overzicht niet apart wordt genoemd, heeft betrekking op het nemen van het initiatief tot het bouwproces. De reden daarvoor is dat de Leidraad zich met name richt op projecten die worden aanbesteed. Dat houdt dan per definitie in dat de aanbesteder de hier bedoelde taak zelf vervult.

Toelichting

Aan dat uitgangspunt doet niet af dat het in de praktijk denkbaar is dat een marktpartij een voorstel ontwikkelt voor een te realiseren bouwproject, waarna hij dat voorstel aan een aanbesteder voorlegt. Gesteld dat ook in zo'n geval die aanbesteder overgaat tot aanbesteden, kan worden betoogd dat de aanbesteder toch weer de regisserende rol van initiatiefnemer op zich neemt. Zie hierna ook nog hoofdstuk 6, par. 5.2.3.

Een andere taak die evenmin in het bovenstaande overzicht is opgenomen, heeft betrekking op het inbrengen in het bouwproces van de voor het project benodigde bouwgrond of locatie.

Toelichting

Het kan zijn dat de aanbesteder zelf rechthebbende is ten aanzien van die grond, of dat een andere deelnemer aan het bouwproces, die een of meer van de in het bovenstaande overzicht opgesomde taken zal vervullen, als rechthebbende te gelden heeft. Denkbaar is daarnaast nog dat een derde rechthebbende is. In de twee laatstbedoelde gevallen zal de aanbesteder uiteindelijk tot afspraken moeten komen met de betrokken deelnemer of derde, zodat de grond feitelijk en juridisch beschikbaar komt ten behoeve van het bouwproces.

Een wezenlijke betekenis voor de keuze van de bouworganisatievorm heeft de uiteindelijke toedeling van de taak met betrekking tot de grondinbreng echter niet. De keuze voor de bouworganisatievorm wordt in de praktijk toch vooral bepaald door het antwoord op de vraag of en hoe de in het overzicht genoemde taken - (D), (B), (F), (M) en (O) - door de aanbesteder aan de markt zullen worden uitbesteed.

Een derde taak die tot slot nog kan worden genoemd, en die evenmin in het bovenstaande overzicht is opgenomen, heeft betrekking op het wegnemen van de mogelijke juridische hindernissen die aan de uitvoering van het bouwinitiatief in de weg staan.

Toelichting

In dit verband wordt gewoonlijk een onderscheid gemaakt tussen de permanente vergunningen en toestemmingen die vereist zijn gelet op de toekomstige plaats en betekenis van het te realiseren project in relatie tot de directe ruimtelijke omgeving enerzijds en de tijdelijke vergunningen en toestemmingen die vereist zijn met het oog op de beoogde procesuitvoering.

Het vervullen van deze specifieke taak staat feitelijk bezien in nauw verband met de vervulling van de ontwerptaak (D) en de uitvoeringstaak (B). In de regel is het zo - en daar wordt in het navolgende dan ook van uitgegaan - dat de taak en de verantwoordelijkheid wat betreft het verkrijgen

van de permanente vergunningen en toestemmingen ligt bij diegene bij wie ook de ontwerptaak berust. De taak en de verantwoordelijkheid voor het verkrijgen van de tijdelijke vergunningen en toestemmingen berust vervolgens bij diegene die ook de uitvoeringstaak zal vervullen.

5.1.2 Belangrijkste hoofdvormen in beeld

De vraag naar de verdeling van de belangrijkste taken van het bouwproces kan in een aantal nadere deelvragen worden opgesplitst:

(1) Wie gaat een bepaalde taak vervullen? De aanbesteder? Een marktpartij? Of de aanbesteder en die marktpartij samen?

(2) Indien de aanbesteder een bepaalde taak door de markt wenst te laten vervullen, wenst hij dan daarenboven dat die taak in percelen wordt gesplitst en wordt vervuld door meer dan één marktpartij (nevenopdrachtneming of nevenaanneming)?

(3)Indien de aanbesteder twee of meer taken door de markt wenst te laten vervullen, wenst hij dan daarenboven dat die taken door één marktpartij worden vervuld (geïntegreerde bouworganisatievorm)?

Afhankelijk van de antwoorden die op deze vragen kunnen worden gegeven voor wat betreft de in par. 5.1.1 opgesomde taken (D), (B), (F), (M) en (O), kunnen die taken op tal van manieren over de aan een bouwproces deelnemende partijen worden verdeeld. In de praktijk worden een beperkt aantal relevante hoofdvormen van elkaar onderscheiden. De navolgende opmerkingen hebben tot doel die hoofdvormen wat beter in beeld te brengen, waarna zij wat verder zullen worden geïllustreerd en toegelicht in *par. 5.2, 5.3* en *5.4*.

De Leidraad hanteert als uitgangspunt dat de aanbesteder de uitvoeringstaak (B) in ieder geval volledig door de markt laat verrichten. Dat is wat alle in de Leidraad behandelde bouworganisatievormen met elkaar gemeen hebben.

> ***Toelichting***
>
> *Denkbaar is dat de uitvoeringstaak in een aantal percelen wordt gesplitst - bijvoorbeeld in een bouwkundig deel en een installatietechnisch deel - en dat de uitvoering van deze percelen aan verschillende nevenaannemers wordt opgedragen. De beslissing tot het opsplitsen van de uitvoeringstaak in een aantal percelen komt in de Leidraad verder niet aan bod. Waar het om gaat, is dat de uitvoeringstaak als zodanig door de aanbesteder aan de markt wordt overgelaten. Overigens is het zo dat het door de aanbesteder uitsplitsen van de uitvoeringstaak in een aantal percelen zich minder goed verhoudt tot de keuze voor een variant van de in par. 5.3 nog nader te bespreken geïntegreerde bouworganisatievorm.*

Gesteld dat de aanbesteder er voor zou kiezen alleen de uitvoeringstaak (B) uit te besteden en alle overige taken zelf te verrichten - hetgeen met name in de GWW-sector regelmatig voorkomt - komt de traditionele bouworganisatievorm in zijn meest klassieke vorm in beeld. Voor de B&U-sector is deze klassieke variant van de traditionele bouworganisatievorm overigens minder gebruikelijk voor zover het de ontwerptaak (D) betreft. De aanbesteder zal die taak bij een B&U-project over het algemeen immers niet zelf verrichten, maar uitbesteden aan een architect. Ook in dat geval is overigens nog steeds sprake van de traditionele bouworganisatievorm. Die vorm komt hierna meer uitvoerig aan bod in *par. 5.2*.

> ***Toelichting***
>
> *In dat geval geldt daarenboven dat de ontwerptaak in de regel in een aantal deeltaken wordt opgesplitst, waarbij de afzonderlijke deeltaken dan worden verricht door een architect, een installatie-adviseur, een akoestisch adviseur, een constructeur, etcetera. Dat opsplitsen kan zowel plaatsvinden in het kader van een traditionele bouworganisatievorm als in een van andere bouworganisatievormen. De beslissing tot het opsplitsen van de ontwerptaak in een aantal deeltaken komt in de Leidraad verder niet aan bod.*

Vanuit de traditionele bouworganisatievorm kan vervolgens de stap worden gezet naar een andere hoofdvorm: de geïntegreerde bouworganisatievorm. Bij deze vorm is het zo dat de aanbesteder twee of meer taken van het bouwproces aan één en dezelfde marktpartij overdraagt. De basisvorm van de geïntegreerde bouworganisatievorm zoals die in de Leidraad wordt onderscheiden, is die waarin een marktpartij zowel de ontwerptaak (D) als de uitvoeringstaak (B) verricht, zonder daarbij verder in te gaan op het opsplitsen van die taken in een aantal deeltaken respectievelijk percelen. Vanuit die basisvorm kunnen een aantal varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm worden onderkend, waarbij het takenpakket van de betreffende marktpartij achtereenvolgens wordt uitgebreid met het meerjarig onderhoud en beheer van het te realiseren project (M), de financiering van het project (F), en uiteindelijk zelfs ook de exploitatie van het project (O).

> ***Toelichting***
>
> *Het uitbesteden van de exploitatie (O) zien we in Nederland bijvoorbeeld bij projecten zoals scholen en gevangenissen, waarbij (O) met name het leveren van facilitaire diensten omvat zoals schoonmaak en catering. Men kan ook denken aan het aanbieden van volledig gefaciliteerde werkplekken als het om een vastgoedproject gaat. In de gww-sector komt het fenomeen nog niet voor. Een fenomeen dat in het geheel nog niet in Nederland voorkomt, is het fenomeen BOT (Build, Operate, Transfer) waarbij de T staat voor de (eigendoms)overdracht van het bouwproject. Omdat het fenomeen als zodanig nog niet voorkomt in Nederland, wordt het hier enkel aangestipt en zal het verder in de Leidraad niet worden besproken. Gebruikmaking van de bouworganisatievorm BOT wordt overigens impliciet bepleit in het onlangs verschenen rapport van de Commissie Ruding, opgesteld in opdracht van de Minister van Verkeer en Waterstaat in overleg met de Minister van Financiën, zie: Commissie Private Financiering van Infrastructuur, Op de goede weg en het juiste spoor, 2008.*

De geïntegreerde bouworganisatievorm zal hierna nog worden geïllustreerd en toegelicht in *par. 5.3*.

Wat de traditionele en de geïntegreerde bouworganisatievorm - alsook de daarvan af te leiden varianten - met elkaar gemeen hebben, is dat de taken van het bouwproces (met uitzondering dus van de uitvoeringstaak) hetzij door de aanbesteder, hetzij door de markt worden verricht.
Pas wanneer aanbesteder en marktpartij een of meer taken van het bouwproces *gezamenlijk* gaan verrichten, komt een derde hoofdvorm in beeld: de alliantie. Deze nog betrekkelijk nieuwe bouworganisatie zal hierna nog aan bod komen in *par. 5.4*.

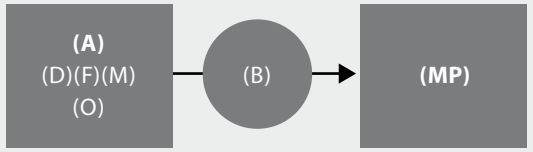
5.2 Traditionele bouworganisatievorm

5.2.1 Korte beschrijving

De traditionele bouworganisatievorm komt in de praktijk in een aantal varianten voor. De eerste is die waarin de aanbesteder alle in *par. 5.1.1* opgesomde taken zelf verricht en alleen de uitvoeringstaak aan een aannemer uitbesteedt *(par. 5.2.2)*. Een tweede variant is die waarin de aanbesteder de ontwerptaak door een architect of een raadgevend ingenieur laat vervullen en bovendien

het meerjarig onderhoud van het gerealiseerde project aan een (derde) marktpartij overlaat *(par. 5.2.3)*. Een derde variant is die van het zogenoemde bouwteam, waarbij de beoogde aannemer die met de uitvoeringstaak zal worden belast een adviserende rol krijgt wat betreft de door de architect of raadgevend ingenieur te verrichten ontwerptaak *(par. 5.2.4)*.

5.2.2 Alleen uitvoering uitbesteden

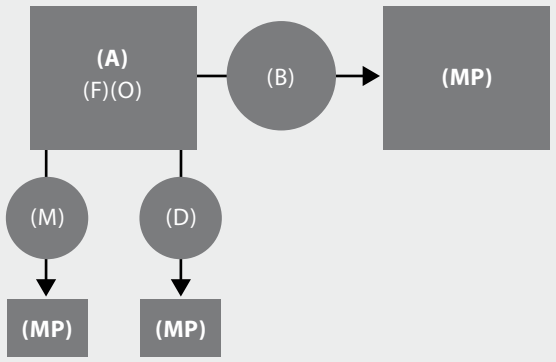


Traditionele bouworganisatievorm, waarbij de aanbesteder alle taken binnen de eigen organisatie uitvoert en alleen de uitvoeringstaak (B) door middel van een aanbesteding aan een marktpartij uitbesteedt.

Deze basisvorm van de traditionele bouworganisatievorm is lange tijd toegepast door (middel) grote (semi-)overheidsaanbesteders in de GWW-sector die over eigen ontwerp- en onderhoudsafdelingen beschikken. In de B&U-sector is deze variant nog heel gebruikelijk. In die sector heeft de aanbesteder in de regel geen eigen ontwerpafdeling en is het gebruikelijk dat de aanbesteder een adviseur, zoals een architect en constructeur, inschakelt bij het vervaardigen van het ontwerp.

Een belangrijk kenmerk van deze variant is dat de aanbesteder een grote invloed kan uitoefenen op het bouwproces, op het resultaat van dat proces en daarmee ook op de prijs. Dat kan als een belangrijk voordeel worden gezien. Ook kan een scherpe prijs worden verkregen vanwege de concurrentie en marktwerking bij (relatief eenvoudige) aanbestedingen. Invloed en verantwoordelijkheid liggen overigens in elkaars verlengde. Kenmerkend voor deze basisvorm van de traditionele bouworganisatievorm is dan ook dat de aanbesteder in zijn relatie tot de aannemer beginsel ook de juridische verantwoordelijkheid draagt voor de deugdelijke vervulling van de ontwerptaak. Die verantwoordelijkheid kan echter gedeeltelijk of geheel naar de aannemer verschuiven, wanneer deze laatste verzuimt te waarschuwen voor zo'n onjuistheid in het ontwerp in die gevallen waarin hij die onjuistheid redelijkerwijze had behoren op te merken.

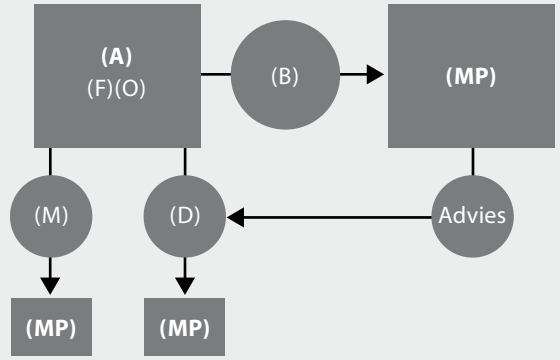
5.2.3 Ontwerp, uitvoering en meerjarig onderhoud gescheiden uitbesteden



Traditionele bouworganisatievorm, waarbij de aanbesteder een deel van de taken binnen de eigen organisatie uitvoert. De ontwerptaak (D) alsook het meerjarig onderhoud (M) besteedt hij echter uit (al dan niet na een aanbesteding) aan afzonderlijke marktpartijen. Ook de uitvoeringstaak (B) wordt hier weer door middel van een aanbesteding aan een marktpartij uitbesteed.

Kenmerkend voor deze variant is dat de aanbesteder verschillende parallelle contracten dient te sluiten met evenzoveel bouwprocesdeelnemers. Een van de belangrijkste kwesties waar een aanbesteder dan mee te maken krijgt, betreft de coördinatie van de verschillende disciplines. Niettegenstaande het feit dat de aanbesteder in deze variant van de traditionele bouworganisatievorm de ontwerptaak uitbesteedt aan een architect of een raadgevend ingenieur, blijft hij in relatie tot de aannemer in beginsel juridisch verantwoordelijk voor de deugdelijkheid van het ontwerp, maar kan hij die verantwoordelijkheid onder omstandigheden weer verleggen naar de ingeschakelde architect of raadgevend ingenieur. Ook hier geldt echter dat de aannemer juridische verantwoordelijkheid voor dat ontwerp - naast de architect of raadgevend ingenieur - naar zich toe kan trekken wanneer hij verzuimt te waarschuwen voor onjuistheden in het door de laatste gemaakte ontwerp in die gevallen waarin hij die onjuistheid redelijkerwijze had behoren op te merken.

5.2.4 Bouwteam



Traditionele bouworganisatievorm, waarbij de aanbesteder een deel van de taken binnen de eigen organisatie uitvoert. De ontwerptaak (D) alsook het meerjarig onderhoud (M) besteedt hij echter uit (al dan niet na een aanbesteding) aan afzonderlijke marktpartijen. Zowel de advisering ten tijde van de ontwerpfase als de uitvoeringstaak (B) wordt door middel van een aanbesteding aan een marktpartij uitbesteed.

In deze variant is het nog steeds zo dat de ontwerp- en uitvoeringstaak door de aanbesteder gescheiden worden uitbesteed aan twee afzonderlijke marktpartijen. De omstandigheid dat aanbesteder, architect of raadgevend ingenieur en aannemer daarnaast een bouwteamovereenkomst sluiten waarin afspraken worden gemaakt over de adviserende betrokkenheid van de aannemer als lid van het bouwteam bij de vervulling van de ontwerptaak door de architect of de raadgevend ingenieur, doet aan dat uitgangspunt niet af.

Toelichting

Zie in dit verband ook het in par. 2.2 hierboven weergegeven voorbeeld.

De adviserende betrokkenheid van de aannemer als lid van het bouwteam houdt dus *niet* in dat de ontwerptaak als het ware door de architect of de raadgevend ingenieur en de aannemer *gezamenlijk* wordt verricht. Dat heeft als consequentie dat ook de juridische verantwoordelijkheidsverdeling, zoals die is uiteengezet in *par. 5.2.3* hierboven, in beginsel gehandhaafd blijft.

Toelichting

Denkbaar is overigens nog dat de aannemer als lid van het bouwteam niet alleen de architect of raadgevend ingenieur adviseert bij diens ontwerptaak, maar dat hij een onderdeel van dat ontwerp vervaardigt en het vervolgens overdraagt aan de architect of raadgevend ingenieur, die het onderdeel vervolgens verwerkt in

het totaalontwerp. Deze specifieke variant op het grensvlak van het bouwteam als variant van de traditionele bouworganisatievorm enerzijds en de geïntegreerde bouworganisatievorm anderzijds. De juridische verantwoordelijkheid van de in het bouwteam 'mee-ontwerpende' aannemer neemt hier toe ten opzichte van de normale verschijningsvorm van het bouwteam.

Een nuancering die voor de verdeling van de juridische verantwoordelijkheidsverdeling binnen de normale verschijningsvorm van het bouwteam nog kan worden gemaakt ten opzichte van hetgeen in *par. 5.2.3* is uiteengezet, is dat op de aannemer als lid van het bouwteam een verzwaarde waarschuwingsplicht kan rusten als gevolg van diens intensievere betrokkenheid bij de vervulling van de ontwerptaak door de architect of de raadgevend ingenieur.

5.3 Geïntegreerde bouworganisatievorm

5.3.1 Korte beschrijving

Wanneer de aanbesteder naast de uitvoeringstaak ook andere taken aan één en dezelfde externe partij uitbesteedt, wordt vaak gesproken van 'geïntegreerde bouworganisatievorm'. Die marktpartij voert dan als het ware een aantal taken 'geïntegreerd' uit. Het gaat dan eerst en vooral om een combinatie van de ontwerp- en de uitvoeringstaak *(par. 5.3.2*), maar denkbaar is ook dat het verzorgen van het meerjarig onderhoud aan het takenpakket wordt toegevoegd *(par. 5.3.3)*. Het is zelfs mogelijk om in aanvulling daarop het verwerven van projectfinanciering *(par. 5.3.4)* en zelfs de exploitatie van het bouwproject geïntegreerd in één hand uit te besteden *(par. 5.3.5)*. De varianten van bouworganisatievormen die aldus kunnen ontstaan, worden in de praktijk met diverse afkortingen aangeduid. De betekenis van deze afkortingen, alsook de wijze waarop zij van andere aanduidingen kunnen worden onderscheiden, komt in het navolgende nog uitvoeriger aan bod.

Toelichting

Een waarschuwing vooraf is hier op zijn plaats. In de praktijk gebeurt het niet zelden dat in een concreet geval gebruik wordt gemaakt van een bepaalde term of afkorting ter aanduiding van de gekozen bouworganisatievorm, maar dat die term de lading eigenlijk helemaal niet dekt. Waar men zich in de praktijk bewust van moet zijn, is dat de in het concrete geval gebruikte terminologie of afkorting op zich zelf nog niets behoeft te zeggen over de aard en omvang van de taken die de deelnemers aan het bouwproces in werkelijkheid met elkaar zijn overeengekomen. Voor het bepalen van de feitelijke en juridische verantwoordelijkheid van de aanbesteder en de aannemer is uiteindelijk niet het etiket maatgevend dat de aanbesteder op de onderlinge relatie heeft geplakt, maar gaat het uiteindelijk om datgene wat partijen contractueel met elkaar zijn overeengekomen met inbegrip van hetgeen is afgesproken over wat ieder van hen aan het bouwproces moet bijdragen.

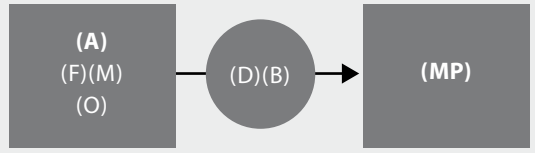
Ook bij de geïntegreerde bouworganisatievorm is het overigens zo dat de aanbesteder er voor kan kiezen de taken die hij niet geïntegreerd wenst uit te besteden, hetzij zelf te verrichten, hetzij te laten vervullen door een andere marktpartij.

Voorbeeld

Zoals hierna nog zal blijken is D&B een variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm. Bij die variant besteedt de aanbesteder het meerjarig onderhoud (M) niet geïntegreerd met D&B uit aan één marktpartij. Denkbaar is dat de aanbesteder dat niet doet, omdat hij een eigen onderhoudsafdeling heeft, of dat hij M separaat wenst uit te besteden aan een andere marktpartij.

Deze voor zichzelf sprekende varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm worden hierna echter niet meer geïllustreerd of toegelicht.

5.3.2 D&B



Geïntegreerde bouworganisatievorm, waarbij de aanbesteder alle taken binnen de eigen organisatie uitvoert, met uitzondering van de ontwerp- en uitvoeringstaken (D) en (B). Die taken worden door middel van een aanbesteding aan één marktpartij uitbesteed.

Deze basisvorm van de geïntegreerde bouworganisatievorm staat in de praktijk bekend als D&B ('Design & Build').

Toelichting

Zie in dit verband ook par. 5.1.1. In de Leidraad zal geen nader onderscheid worden gemaakt tussen D en E enerzijds en tussen B en C anderzijds. 'Design' is meeromvattend dan 'Engineer', maar het gaat uiteindelijk om twee loten van de dezelfde stam: het nader concretiseren van eerder geformuleerde en abstractere specificaties.

De begrippen B en C zijn inwisselbaar, maar worden in de praktijk afwisselend gebruikt afhankelijk van de vraag of sprake is van een b&u-project (B) dan wel een gww-project (C).

D&B wordt in de Leidraad dus vereenzelvigd met D&C ('Design & Construct') en E&C ('Engineer & Construct').

D&B wordt soms ook wel aangeduid met het begrip 'turnkey'. Over het exacte onderscheid tussen D&B enerzijds en Turnkey anderzijds bestaan verschillende meningen, doch de kern van de zaak lijkt toch wel te zijn dat bij D&B - in de basis - de aanbesteder over meer mogelijkheden tot controle en tot actieve beïnvloeding van het ontwerp- en uitvoeringsproces van de aannemer beschikt dan bij turnkey het geval is.

Door integratie van ontwerp en uitvoering kunnen verschillende voordelen worden behaald voor de aanbesteder. Er kan meer worden geprofiteerd van het innovatieve vermogen van de markt, terwijl ook kansen op het versnellen van de benodigde productietijd in het verschiet liggen. Een bijkomend voordeel is dat coördinatievraagstukken die kunnen rijzen binnen de varianten van de traditionele bouworganisatievorm zich minder doen gevoelen en dat de daarmee verband houdende verantwoordelijkheid nu in één hand komt te liggen bij de D&B-aannemer. Kenmerkend voor deze basisvorm van de geïntegreerde bouworganisatievorm, in vergelijking tot de traditionele bouworganisatievorm, is dat de aanbesteder nu in plaats van twee contracten met twee verschillende marktpartijen slechts één contract met een D&B-aannemer sluit. Daaruit vloeit dan tegelijkertijd voort dat die D&B-aannemer nu ook de juridische verantwoordelijkheid draagt voor de deugdelijke vervulling van de ontwerptaak, terwijl die in de traditionele bouworganisatievorm bij de aanbesteder dan wel bij de architect of raadgevend ingenieur ligt. Meer algemeen is het zo dat binnen D&B (maar ook bij de hierna nog te bespreken andere varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm) gestuurd wordt op integrale productverantwoordelijkheid van de D&B-aannemer.

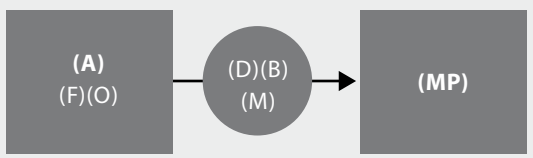
Toelichting

Men dient zich in dit verband overigens te realiseren dat de ontwerptaak bij D&B nooit helemaal alleen door de D&B-aannemer wordt verricht. Het ontwerpproces kan worden geïllustreerd als een gefaseerd proces van keuzes en beslissingen die - eerst - tamelijk abstract en functioneel zijn en - vervolgens - steeds concreter, gedetailleerder en (technisch) meer oplossingsgericht worden. Algemeen aanvaard is dat de stappen die in dat proces achtereenvolgens worden gezet, de volgende zijn: programma van eisen, voorlopig ontwerp, definitief ontwerp, uitvoeringsontwerp, bestek. De vooronderstelling die ten aanzien van de geïntegreerde bouworganisatievorm wordt gehanteerd, is dat de aanbesteder in ieder geval zelf de eerste stap van het ontwerpproces zet - het programma van eisen - en dat hij daarenboven een of meer vervolgstappen van dat proces kan zetten. De juridisch-administratieve voorwaarden die voor deze bouworganisatievorm zijn ontwikkeld - de UAVgc 2005 - voorzien in deze flexibele behoefte. De grens ligt overigens bij het uitvoeringsontwerp. Die stap van het ontwerpproces dient in ieder geval door de D&B-aannemer te worden gezet, wil men nog kunnen spreken van een geïntegreerde bouworganisatievorm. Het voorgaande houdt nadrukkelijk niet in dat aanbesteder en D&B-aannemer de ontwerptaak als het ware gezamenlijk zouden verrichten. Binnen de geschetste vorm heeft ieder van beiden een eigen individuele juridische verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid van de door hemzelf verrichte individuele werkzaamheden.

Aangezien de aanbesteder ingeval van D&B altijd in een bepaalde mate een deel van de ontwerpwerkzaamheden zelf vervult - of door een andere marktpartij laat vervullen - blijft hij voor de deugdelijkheid van dat deel van die werkzaamheden in beginsel juridisch verantwoordelijk jegens de D&B-aannemer, net zoals dat in de traditionele bouworganisatievorm het geval is. Dat betekent anderzijds echter ook dat die verantwoordelijkheid weer gedeeltelijk of geheel naar de D&B-aannemer verschuiven wanneer deze verzuimt te waarschuwen voor een onjuistheid in dat deel van de ontwerpwerkzaamheden die door de aanbesteder zijn verricht, in die gevallen waarin de D&B-aannemer die onjuistheid redelijkerwijze had behoren op te merken.

Uit de bovenstaande beschrijving van D&B moet zeker niet de conclusie worden getrokken dat deze variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm in alle gevallen te prefereren is boven het gebruik van (een variant van) de traditionele bouworganisatievorm. Zoals hierna nog in *par. 6* zal blijken komt het bij de keuze van de bouworganisatievorm uiteindelijk aan op alle omstandigheden van het geval. Niettegenstaande de voordelen van D&B zouden die omstandigheden in het concrete geval zodanig kunnen liggen dat de keuze voor de traditionele bouworganisatievorm toch het meest voor de hand ligt. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op het feit dat de aanbesteder bij D&B over het algemeen over minder mogelijkheden beschikt om het ontwerp- en bouwproces tussentijds bij te sturen en dus minder invloed kan uitoefenen op het eindresultaat.

5.3.3 DBM



Geïntegreerde bouworganisatievorm, waarbij de aanbesteder alle taken binnen de eigen organisatie uitvoert, met uitzondering van de ontwerp- en uitvoeringstaken (D) en (B) en het verrichten van het meerjarig onderhoud (M). Die taken worden door middel van een aanbesteding aan één marktpartij uitbesteed.

Deze variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm staat in de praktijk bekend onder de naam DBM ('Design, Build & Maintain'). Toevoeging van de meerjarige onderhoudstaak aan de aannemer die ook de ontwerptaak vervult, heeft als voordeel dat de zogenoemde 'life-cycle' benadering als uitgangspunt wordt genomen. Dat kan leiden tot een onderhoudsvriendelijk en efficiënt ontworpen bouwproject. Wanneer de marktpartij niet alleen het ontwerp en de uitvoering maar ook het meerjarig onderhoud van het door hem te realiseren project verzorgt, zal hij in de ontwerpfase mogelijk met 'slimme' onderhoudsvriendelijke oplossingen komen.

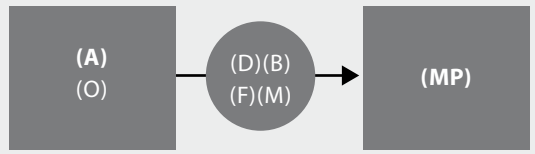
Toelichting

Een en ander is overigens ook afhankelijk van het antwoord op de vraag wat de opdracht tot het verrichten van het meerjarig onderhoud in het concrete geval precies omvat. De gedachte is dat het hierboven beschreven voordeel kan worden behaald wanneer de DBM-aannemer ten minste één keer tijdens de meerjarige onderhoudsperiode groot onderhoud aan het door hem gerealiseerde project dient te verrichten.

Ook in deze variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm contracteert de aanbesteder met minder marktpartijen dan het geval zou zijn bij een separate uitbesteding van het meerjarig onderhoud. Voor wat betreft de normale juridische verantwoordelijkheidsverdeling die bij deze variant hoort, kan worden verwezen naar *par. 5.3.2* hierboven.

De relativerende opmerking die aan het einde van *par. 5.3.2* is gemaakt, is overigens ook hier op zijn plaats. Het is dus zeker niet zo dat de keuze voor DBM onder alle omstandigheden zaligmakend is en dat de beoogde voordelen niet ook op een andere manier bereikt zouden kunnen worden. Het 'sturen' op onderhoudsvriendelijke oplossingen zou immers ook kunnen gebeuren in een traditionele bouworganisatievorm door het onderhoud in de ontwerpfase uitdrukkelijk mee te nemen in de vraagspecificatie en het budget.

5.3.4 DBFM



Geïntegreerde bouworganisatievorm, waarbij de aanbesteder alle taken door middel van een aanbesteding aan één marktpartij uitbesteedt, met uitzondering van de exploitatie van het gerealiseerde project (O).

Deze variant op de geïntegreerde bouworganisatievorm staat in de praktijk bekend als DBFM ('Design, Build, Finance & Maintain'). In vergelijking met de hiervoor besproken variant (DBM) draagt de DBFM-aannemer ook de verantwoordelijkheid voor de financiering van het project en wordt hij gestuurd door middel van een systeem van betalingsprikkels dat is gekoppeld aan de beschikbaarheid van het project.

Toelichting

De verantwoordelijkheid terzake de financiering (F) betreft niet een gewone voorfinanciering van de bouwkosten, waarbij de bouwsom uiteindelijk bij de oplevering door de aanbesteder wordt betaald. Het gaat om een financiering met een veel zelfstandiger karakter. De aanbesteder betaalt namelijk niet voor een gereed product, maar voor de (mate van) beschikbaarheid van het gerealiseerde object gedurende de gehele looptijd van het contract. Die looptijd is meestal aanzienlijk, aangezien hij in belangrijke mate gekoppeld is aan

de economische levensduur van het gerealiseerde object. Afhankelijk van de aard van dit object varieert de looptijd van DBFM-contracten dikwijls tussen de 15 en 30 jaren. (...). (Bron: Ministerie van Financiën, DBFM Handboek, Den Haag 2005, p. 6).

De beslissing om in het concrete geval over te gaan tot het gebruik van DBFM kan - maar dat is ook nu weer afhankelijk van de omstandigheden van het geval die meer uitvoerig aan bod zullen komen in *par. 6* hierna - verschillende voordelen opleveren voor de aanbesteder. Uiteindelijk gaat het om het verkrijgen van meerwaarde: een beter product/dienst voor dezelfde prijs of een vergelijkbaar product/dienst voor een lagere prijs.

Toelichting

Wat die voordelen eventueel zijn en of zij in het concrete geval kunnen worden behaald, kan de aanbesteder nagaan door de uitkomst van een 'Publieke Private Comparator' (PPC) af te wegen en vervolgens de uitkomst van een Publieke Sector Comparator (PSC) te bezien. Zie eerder ook par. 4.2.1. De PPC resulteert in een financiële vergelijking van de publieke uitvoering van een project en de publiek-private uitvoering van een project (bijvoorbeeld DBFM) over de gekozen levensduur en gegeven één bepaalde oplossings(richting) voordat een project wordt aanbesteed. PSC is een vergelijkingsmethode om de totale kosten over de levensduur van een project inzichtelijk te maken en beoordelen of publiekprivate uitvoering (bijvoorbeeld DBFM) voordeliger is dan publieke uitvoering. (Bron: Commissie Private Financiering van Infrastructuur, Op de goede weg en het juiste spoor, 2008, p. 95).

Een mogelijk voordeel voor de aanbesteder is de sturing die uitgaat van de F-component in de richting van de DBFM-aannemer. Die wil immers zekerheid dat hij het door hem gefourneerde financiële voorschot zo spoedig mogelijk terug ontvangt in de vorm van betaling door de aanbesteder. Ook de door de DBFM-aannemer ingeschakelde financier - veelal een bank - heeft daar een belang bij. Hoe eerder de DBFM-aannemer zijn prestatievergoeding ontvangt, des te beter dat voor hem en voor diens financier is.

Bron

Zie: Samen werken aan meerwaarde; PPS voortgangsrapportage 2007 en vooruitblik 2008, p. 10-11.

Een ander voordeel van DBFM - net als bij DBM - is dat ook hier kan worden uitgegaan van de zogenoemde 'life-cycle' benadering: de private marktpartij is verantwoordelijk voor ontwerp, bouw en onderhoud. Door slim en innovatief te ontwerpen en te bouwen bestaat er een gerede kans dat in de onderhoudsperiode er minder onderhoud gepleegd moet worden, hetgeen betekent dat de prestatievergoeding op dat moment niet behoeft te worden verlaagd. Daarmee is overigens niet gezegd dat een vergelijkbaar resultaat niet zou kunnen worden bereikt door gebruik te maken van een traditionele bouworganisatievorm. Voorwaarde is dan wel dat sprake is van een goede vraagstelling en bijpassende budgettering .

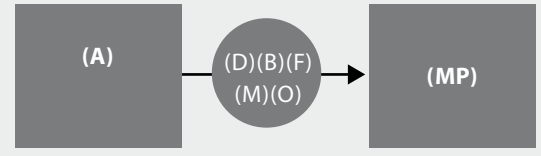
Een bijkomend voordeel van DBFM op Rijksniveau - in verband met de zogenoemde Eurostat-norm (maximaal 3% staatsschuld) - is nog dat er op de Rijksbegroting niet voor 1 jaar een enorm bedrag behoeft te worden opgenomen ter financiering van dat ene infrastructurele project (omdat dat in dat ene jaar moet worden betaald), maar dat een en ander over een periode van 15 tot 30 jaar met een jaarlijkse prestatiebijdrage wordt uitgesmeerd.

Voorbeeld

Als voorbeelden van op basis van DBFM gerealiseerde projecten kunnen worden genoemd: HSL-Zuid (Bovenbouw), A59, N31 Leeuwarden-Drachten en Afvalwaterzuivering Delfland. Ook in de nabije toekomst worden een aantal projecten verwacht: "De stroom DBFM-projecten is serieus op gang gekomen. (...) Bij V&W zal het contract voor de Tweede Coentunnel binnen afzienbare tijd worden gegund en zal medio dit jaar de aanbesteding voor de projecten A15 Maasvlakte-Vaanplein en A12 Utrecht-Veenendaal gestart worden.
Bij Defensie is het eerste pilotproject op gang gekomen", (Bron: Samen werken aan meerwaarde; PPS voortgangsrapportage 2007 en vooruitblik 2008, p. 7).

Een aanbesteder dient zich overigens wel te realiseren dat wanneer hij voor DBFM kiest, het exploitatierisico (O) bij hemzelf blijft liggen. Dat ligt anders bij de in de volgende paragraaf nog te bespreken variant DBFMO.

5.3.5 DBFMO



Geïntegreerde bouworganisatievorm, waarbij de aanbesteder alle taken door middel van een aanbesteding aan één marktpartij uitbesteedt.

Bij DBFMO ('Design, Build, Finance, Maintain& Operate') draagt de aannemer ook het exploitatierisico van het te realiseren project.

Voorbeeld

Voorbeelden van op basis van DBFMO gerealiseerde projecten komen we in de praktijk op dit moment vooral bij projecten van de Rijksgebouwendienst tegen. Te denken valt aan projecten als de renovatie van het Ministerie van Financiën te Den Haag; Belastingdienst Doetinchem; IB-Groep en Belastingdienst Groningen; Uitzetcentrum Rotterdam en Monteigne; justitieel complex Schiphol; penitentiaire inrichting Zaanstad; justitiële inrichting Zaanstad; penitentiaire inrichting Noorderbocht Rotterdam

Het verleggen van het exploitatierisico is een eerste verschil met DBFM. Een tweede verschil is dat, als consequentie van de toevoeging van de exploitatie-component (O), de rechtsverhouding tussen aanbesteder en DBFMO-aannemer in de regel het karakter zal hebben van een concessieovereenkomst.

Bron

Zie: A.G. Bregman en R.W.J.J. de Win, Publiek-private samenwerking bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie, Deventer: Kluwer 2005, p. 20-21, op basis van een interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over concessie (COM (2005) 569). Vergelijk ook de definitie van DBFMO door de Commissie Private Financiering van Infrastructuur, Op de goede weg en het juiste spoor, 2008, p. 95).

Bij DBFMO is de aannemer voor de betaling van zijn diensten (via tol of huurinkomsten) afhankelijk van het feitelijke gebruik van het gerealiseerde project. Bij DBFM is de aannemer voor de betaling van zijn diensten (via een door de aanbesteder te betalen beschikbaarheidsvergoeding of 'schaduwtol') afhankelijk van de feitelijke beschikbaarheid van het gerealiseerde project.

5.4 Alliantie

5.4.1 Korte beschrijving

Kenmerkend voor de taakverdeling binnen de (varianten van de) traditionele en de geïntegreerde bouworganisatievorm is dat de aanbesteder en de marktpartijen ieder hun individuele, feitelijke en juridische verantwoordelijkheid hebben wat betreft de taken die zij ieder afzonderlijk dienen te vervullen. In zoverre kunnen deze twee bouworganisatievormen worden onderscheiden van de in deze paragraaf te bespreken derde bouworganisatievorm - de zogenoemde alliantie - waarbij aanbesteder en marktpartij(en) een of meer taken van het bouwproces gezamenlijk verrichten en vervolgens ook *gezamenlijk* het daaraan verbonden risico dragen.

Toelichting

In dit verband wordt nog eens het onderscheid tussen bouworganisatievorm en contractvorm in herinnering geroepen, zoals dat hierboven in par. 2.2 is verduidelijkt. Binnen de traditionele en de geïntegreerde bouworganisatievorm is het best denkbaar dat aanbesteder en aannemer, in afwijking van de verantwoordelijkheidsverdeling zoals die in beginsel binnen die vormen geldt, nadere contractuele afspraken maken. Daarmee zouden zij de individuele juridische verantwoordelijkheid die voortvloeit uit de individuele feitelijke taakvervulling door een van hen, tot een gezamenlijke juridische verantwoordelijkheid kunnen maken. Dat verandert echter niets aan de bouworganisatievorm. In zo'n geval is slechts sprake van een van de bouworganisatievorm afwijkende bouwcontractvorm. De bouworganisatievorm zelf blijft gewoon passen binnen de hierboven geschetste kaders van de traditionele dan wel de geïntegreerde bouworganisatievorm. 'Samenwerken' is niet hetzelfde als 'gezamenlijk een en dezelfde taak verrichten'. Pas wanneer de tussen overheid en private partijen juridisch gestructureerde samenwerking voortvloeit uit de gezamenlijke vervulling van een of meer taken van het bouwproces, is sprake van een bouworganisatievorm als bedoeld in de onderhavige paragraaf.

Het door aanbesteder en marktpartij(en) gezamenlijk verrichten van een of meer taken van het bouwproces is een betrekkelijk nieuw fenomeen.

Voorbeeld

Een voorbeeld betreft het door Rijkswaterstaat aanbestede project A2 Hooggelegen.

De praktijk gaat er op dit moment van uit dat een alliantie in de vorm van een overeenkomst *(par. 5.4.2)* dan wel in de vorm van een vennootschap *(par. 5.4.3)* kan worden gegoten. Beide varianten zullen in het navolgende kort worden toegelicht.

5.4.2 Contractuele alliantie

De aanbesteder en een of meer van de andere aan het bouwproces deelnemende partijen kunnen in een zogenoemde alliantieovereenkomst de afspraak maken dat één of meer van de in *par. 5.1.1* opgesomde taken van het bouwproces door hen gezamenlijk zullen worden vervuld en dat zij ook gezamenlijk verantwoordelijk wensen te zijn voor de wijze waarop dat vervolgens gebeurt.

Toelichting

Dat betekent dus dat een aanbesteder zich goed moet afvragen in welke gevallen de keuze voor een contractuele alliantie nu eigenlijk voordelen heeft ten opzichte van de eerder besproken bouworganisatievormen. Medeverantwoordelijkheid nemen voor een taak waarvan op voorhand vaststaat dat de met die taakuitvoering gepaard gaande risico's veel beter alleen door de aannemer kunnen worden beheerst, ligt dan ook niet zo voor de hand.

Partijen worden met de keuze voor de contractuele alliantie samen risicodrager terzake de gezamenlijke uitvoering van de geïdentificeerde taak, terwijl ook de met het vervullen van de taak behaalde voordeel aan hen beiden toekomt.

Toelichting

De betrokken partijen doen er in het concrete geval goed aan zich te realiseren dat zij als gevolg van de inhoud van de tussen hen gesloten alliantieovereenkomst in feite - wellicht onbedoeld - een vennootschap hebben opgericht (Bron: M.A.M.C. van den Berg, 'Alliancing', BR 2002, p. 835 op p. 838 en p. 844-846).

Taken die voor gezamenlijke vervulling in aanmerking zouden kunnen komen - met inachtneming van de hiervoor gegeven waarschuwing - zijn bijvoorbeeld de ontwerptaak (D) en de met de uitvoering van die taak verband houdende taak tot het wegnemen van de mogelijke juridische hindernissen die aan de uitvoering van het bouwinitiatief in de weg staan.

Voorbeeld

In dat kader kan met name worden gedacht aan de permanente vergunningen en toestemmingen die vereist zijn gelet op de toekomstige plaats en betekenis van het te realiseren bouwwerk in relatie tot de directe ruimtelijke omgeving.

Een andere taak waaraan zou kunnen worden gedacht, is het verkrijgen van de voor het project benodigde grond, gesteld dat noch de aanbesteder noch de andere partijen rechthebbende ten aanzien van die grond zijn en de grond van een derde-rechthebbende verkregen zal moeten worden. Ook de financiering (F) en exploitatie (O) van het te realiseren project zou eventueel als een gezamenlijk te verrichten taak in de alliantieovereenkomst benoemd en geregeld kunnen worden. Dat geldt in theorie uiteindelijk zelfs ook voor de uitvoeringstaak (B).

5.4.3 Geïnstitutionaliseerde alliantie of IPPS

In plaats van het sluiten van een alliantieovereenkomst, kunnen aanbesteder en de aan het bouwproces deelnemende marktpartijen ook besluiten tot het oprichten van en deelnemen in een gezamenlijke vennootschap die de taken van het bouwproces zal gaan vervullen.

Voorbeeld

Het te realiseren en te exploiteren project kan bijvoorbeeld bestaan uit gebiedsontwikkeling in combinatie met infrastructuur, maar het kan ook de ontwikkeling van vastgoed in combinatie met een groenproject omvatten. De feitelijke samenwerking tussen de betrokken publieke en private partijen komt dan in de regel tot uitdrukking in een gezamenlijke planvorming en eventueel ook in een gezamenlijke gebiedsontwikkeling of grond- of opstalexploitatie. De feitelijke samenwerking krijgt vervolgens juridisch gestalte (contractvorm) door deze vast te leggen in een samenwerkingsovereenkomst. In veel gevallen wordt daarenboven een juridisch samenwerkingsverband opgericht - een joint venture of een rechtspersoon - waarin zowel de betrokken publieke als private partijen risicodragend deelnemen. Dit juridisch samenwerkingsverband realiseert vervolgens het project en zorgt voor het onderhoud en of de exploitatie van het project.

Indien de alliantie in de vorm van een gezamenlijke vennootschap wordt gegoten, spreekt men in de praktijk ook wel van 'geïnstitutionaliseerde alliantie', 'geïnstitutionaliseerde PPS' of 'PPS-alliantie'. Zoals reeds is opgemerkt op verschillende plaatsen in *par. 4.2*, dienen *overheids*aanbesteders zich in dit kader goed bewust te zijn van het bestaan van eventuele wettelijke belemmeringen wat betreft het oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen.

6 Wanneer is de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm doelmatig?

6.1 Vertrekpunt

Er bestaat niet één bouworganisatievorm die een aanbesteder telkens weer uit de kast zou kunnen halen, zonder acht te slaan op de specifieke omstandigheden waarin hij verkeert, de behoeften waarin het te realiseren project dient te voorzien en de projectomgeving in het voorliggende geval. Het zijn juist die specifieke omstandigheden van het geval die maken dat de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm in het ene geval meer voor de hand ligt dan in het andere geval.

De afgelopen jaren is veel onderzoek gedaan naar die omstandigheden en naar de mogelijkheid om op basis van een systematische analyse daarvan een meer beredeneerde keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm te maken.

Bron

In de Leidraad - zowel wat betreft het DSS als dit tekstdocument - is met name gebruik gemaakt van de studie die is uitgevoerd in opdracht van PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Dat onderzoek heeft twee belangrijke inzichten opgeleverd. In de eerste plaats is uit het onderzoek duidelijk geworden dat aanbesteders in de praktijk nog te vaak voor toepassing van de traditionele bouworganisatievorm kiezen in situaties waarin een keuze voor (een variant van) de geïntegreerde bouworganisatievorm - of mogelijk zelfs de alliantievorm - meer voor de hand zou liggen wanneer men alle omstandigheden van het geval in beschouwing zou nemen. Het gevolg daarvan is dat tal van voordelen die binnen handbereik liggen niet worden behaald.

In de tweede plaats heeft het onderzoek veel waardevolle informatie opgeleverd voor wat betreft de relatie die kan worden gelegd tussen een specifieke (individuele) omstandigheid die zich in concreto kan voordoen enerzijds en de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm anderzijds.

Voorbeeld

Indien een aanbesteder zelf een professionele ontwerpafdeling in huis heeft, is dat bijvoorbeeld een omstandigheid die - op zichzelf beschouwd - indiceert dat de ontwerptaak door (de ontwerpafdeling van) de aanbesteder zelf wordt verricht. Met name in de GWW-sector komt dit regelmatig voor. En wanneer er in zo'n geval weinig tot geen beproefde technische oplossingen bestaan waarmee in de bouwbehoefte van de aanbesteder kan worden voorzien, is dat een omstandigheid die - wederom: op zichzelf beschouwd - de keuze voor een geïntegreerde bouworganisatievorm indiceert (ontwerp en uitvoering in één hand) zodat gebruik kan worden gemaakt van het innoverende vermogen van de markt. Indien een aanbesteder er om hem moverende redenen behoefte aan heeft een sterke sturende rol te kunnen spelen tijdens het bouwproces, is dat - ook nu weer: wanneer men deze omstandigheid los van allerlei andere omstandigheden beschouwt - een omstandigheid die de keuze voor een traditionele bouworganisatievorm indiceert. Op dit moment is overigens nog onvoldoende duidelijk hoe de 'denkstap' naar de keuze van een bepaalde bouworganisatievorm kan worden gemaakt, in het geval dat zich een combinatie van een aantal omstandigheden voordoet die ieder afzonderlijk verschillende bouworganisatievormen indiceren.

Het hiervoor bedoelde onderzoek heeft onder andere geresulteerd in de ontwikkeling van het DSS, een van de onderdelen van de Leidraad.

Toelichting

Een toelichting op de functie en de werking van het DSS is te vinden in hoofdstuk 1, par. 3.3.

Aanbesteders wordt sterk aangeraden bij het bepalen van hun keuze van de bouworganisatievorm in het concrete geval gebruik te maken van het DSS. De gebruiker van het DSS zal dan moeten aangeven of en in hoeverre hij zich bij het nemen van beslissingen terzake een aantal materiële aspecten van het aanbestedingsproces - waaronder dus ook de bouworganisatievorm - wil laten leiden door overwegingen die het DSS benoemt.

Toelichting

Het is belangrijk om in te zien dat de overwegingen waarover de gebruiker vanuit het DSS wordt bevraagd, uiteindelijk niet alleen verband houden met de keuze van de bouworganisatievorm maar ook met de daarmee verband houdende beslissingen die de aanbesteder zal moeten nemen terzake de vraagspecificatie, de contractvorm, de aanbestedingsprocedure, informatie-uitwisseling tijdens die procedure en het gunningscriterium. Het advies dat de gebruiker vervolgens vanuit het DSS ontvangt, heeft op al deze aspecten betrekking.

In aanvulling op de faciliterende functie van het DSS wordt in de navolgende paragrafen geprobeerd een meer systematisch inzicht te geven in de verschillende overwegingen die een rol kunnen spelen bij het bepalen van de keuze van de juiste bouworganisatievorm. Daarbij wordt dan met name ingegaan op de diverse aspecten waarover aanbesteders zouden moeten nadenken wanneer zij voor die keuze staan. Het gaat hier in feite om de aspecten waarover de aanbesteder vanuit het DSS zal worden bevraagd wanneer hij bij het bepalen van diens keuze van dat instrument gebruik maakt, zoals hierboven is aanbevolen.

Toelichting

Het kan niet genoeg herhaald worden dat het niet de bedoeling van de Leidraad is om de indruk te wekken dat de overwegingen, die de aanbesteder ten aanzien van die aspecten vanuit verschillende hierna nog toe te lichten invalshoeken kan maken, als het ware statisch zouden zijn. Aanbestedende diensten en hun vaardigheden en opvattingen zijn immers dynamisch en worden beïnvloed door beleidsontwikkelingen. De gebruiker van de Leidraad dient zich goed te realiseren dat wat op het ene moment voor project A een goede afweging is, dat volgende maand voor project B niet meer noodzakelijkerwijs behoeft te zijn.

De lezer dient zich bovendien terdege te realiseren dat de vanuit verschillende invalshoeken te overwegen aspecten in het navolgende elk afzonderlijk zullen worden beschreven en toegelicht en dat elk van die afzonderlijke beschrijvingen - toegepast op het concrete geval waar de aanbesteder in kwestie mee te maken heeft - op zichzelf genomen de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm kan indiceren. Uiteindelijk gaat het er natuurlijk om, de gemaakte afwegingen per aspect naast elkaar te leggen en op basis van een totaaloverzicht tot een keuze voor de bouworganisatievorm te komen. Dat zal niet altijd eenvoudig zijn, zeker niet wanneer verschillende afgewogen aspecten verschillende bouworganisatievormen indiceren. Die niet altijd eenvoudige eindafweging in het concrete geval dient dan ook niet zozeer op basis van dit tekstdocument te worden gemaakt, maar met behulp van het DSS. Hoe het DSS in dat geval werkt, is toegelicht in par. 3.3.2 van hoofdstuk 1.

6.2 Overwegingen die een rol spelen bij het maken van de keuze

6.2.1 Keuze wordt gemaakt binnen een bepaalde context

Wanneer een aanbesteder in een concreet geval beslissingen moet nemen wat betreft de onderlinge afstemming tussen de te hanteren bouworganisatievorm, de vraagspecificatie, de contractvorm en de aanbestedingsprocedure, zal hij dat doen binnen een drievoudige context, namelijk:

- de interne context;
- de externe context;
- de projectcontext.

De 'interne context' wordt vooral bepaald door de kenmerken van de organisatie van de aanbesteder. De 'externe context' ziet op de omgeving van de aanbesteder en het project, meer in het bijzonder de omgeving waar de aanbesteder niet direct invloed op heeft maar waar hij wel een belangrijke relatie mee heeft als het gaat om de uiteindelijk te maken keuze. De 'projectcontext' houdt direct verband met de karakteristieken van het bouwproject, die immers eveneens van invloed kunnen zijn om voor een bepaalde bouworganisatievorm te kiezen.

6.2.2 Afwegen van verschillende aspecten vanuit diverse invalshoeken

Binnen de specifieke context waar de aanbesteder mee te maken heeft - 'interne context', 'externe context', 'projectcontext' - zou de aanbesteder zijn keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm vanuit een aantal invalshoeken kunnen maken.

Binnen de *interne context* zijn de invalshoeken van waaruit een aanbesteder zijn keuze kan maken de volgende:

- organisatie;
- financiën;
- beleid;
- kennis, ervaring en capaciteit.

De invalshoeken die een aanbesteder binnen de *externe context* kan kiezen wanneer hij de keuze van de bouworganisatievorm bepaalt, zijn:

- markt;
- politiek en maatschappij;
- wet- en regelgeving.

Binnen de *projectcontext* kan een aanbesteder de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm vanuit de volgende invalshoeken maken:

- geld;
- tijd;
- kwaliteit;
- invloed op project;
- complexiteit;
- risico's.

Gegeven de specifieke context waar een aanbesteder mee te maken heeft ('interne context', 'externe context', 'projectcontext') en gegeven de contextspecifieke invalshoeken van waaruit hij de problematiek kan benaderen (zie de opsommingen hierboven), zal hij zijn afwegingen moeten maken om uiteindelijk tot de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm te komen. Dat houdt in dat hij over een aantal aspecten zal moeten nadenken. Uit onderzoek is gebleken welke aspecten dat precies zijn. Een overzicht van de te overwegen aspecten, gegeven de invalshoek van waaruit de aanbesteder zijn afweging probeert te maken, biedt de volgende tabel:

Interne context		Externe context		Projectcontext	
Invalshoek	Aspect	Invalshoek	Aspect	Invalshoek	Aspect
Organisatie	Organisatie-Structuur Organisatie-Cultuur	*Markt*	Kennis en ervaring Capaciteit Vertrouwen Bouwcultuur	*Geld*	Beloningssystematiek Prijs/kwaliteit-verhouding Prijszekerheid
Financiën	Wenselijkheid van private financiering Toegepaste begrotingssystematiek Lage beheers-Kosten	*Politiek en Maatschappij*	Draagvlak voor project Invloed politieke dynamiek Invloed besluitvorming Grondpositie	*Tijd*	Gewenste fasering Gewenste doorlooptijd Tijdzekerheid Fase waarin project zich bevindt Gewenste contractduur
Beleid	Uitbestedings-Beleid Behoefte stimuleren innovatie Voorgeschreven producten, leveranciers, adviseurs	*Wet- en regelgeving*	Ruimtelijke ordening Aanbesteding	*Kwaliteit*	Kwaliteits-Garantie Architectonische en ruimtelijke kwaliteit Belang van onderhoud
Kennis, ervaring en capaciteit	Werkzaamheden zelf uitvoeren Werkzaamheden controleren en Sturen			*Invloed op het project*	Detailniveau vraagspecificatie Gewenste invloed Bevoegdheid projectorganisatie
				Complexiteit	Product Proces Gewenste scope Uniciteit Optimalisatie-potentieel
				Risico's	Risicobeheersing

Wanneer de aanbesteder gebruik maakt van het DSS om de keuze van de meest passende bouworganisatievorm te bepalen, heeft hij de mogelijkheid om door middel van het invoeren van zogenaamde 'wegingsfactoren' - die hij dan zelf koppelt aan elk van de hierboven beschreven invalshoeken - aan te geven welke gewicht hij zou willen toekennen aan elk van de afzonderlijke aspecten die hij in zijn afweging wenst te betrekken. Bij het genereren van het aan de aanbesteder uit te brengen advies houdt het DSS vervolgens rekening met die wegingsfactoren.

Toelichting

Zie hierover ook de toelichting op de werking van het DSS in hoofdstuk 1, par. 3.3.1.

In de navolgende paragrafen wordt verder toegelicht hoe de bij de diverse specifieke invalshoeken behorende aspecten ieder afzonderlijk een rol zouden kunnen spelen in het afwegingsproces van de aanbesteder dat uiteindelijk tot de keuze van een bepaalde bouworganisatievorm moet leiden.

6.2.3 Interne context

6.2.3.1 Invalshoek: Organisatie

Vanuit de invalshoek 'organisatie' zal de aanbesteder de volgende aspecten bij zijn afweging moeten betrekken:

- organisatiestructuur;
- organisatiecultuur.

Wat betreft het aspect 'organisatiestructuur' kan worden gewezen op het volgende. Wanneer een aanbesteder beschikt over een eigen ontwerpafdeling, wordt over het algemeen afgeraden de ontwerptaak uit te besteden.

Bron

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Toelichting

Hierbij dient echter het volgende bij de overwegingen te worden betrokken. Indien het gaat om een opdracht waarbij bestaande techniek en beproefde oplossingen voorhanden zijn, zal de eigen ontwerpafdeling de ontwerptaken kunnen uitvoeren. Naarmate vernieuwingen vanuit de markt meer mogelijk zijn of de opdracht complexer van aard is, worden de argumenten voor het aan de markt overlaten van ontwerptaken sterker. Het feit ook dat niet vanzelfsprekend voor ontwerpen in eigen huis wordt gekozen, maar deze taak - al is het maar een enkele keer - wordt uitbesteed, kan de eigen ontwerpafdeling bovendien scherp houden.

Indien de aanbesteder niet over een eigen ontwerpafdeling beschikt, moet hij tot uitbesteding van de ontwerptaak overgaan.

Toelichting

In dat geval moet worden gekozen tussen (een variant van) de traditionele bouworganisatievorm dan wel (een variant van) de geïntegreerde bouworganisatievorm. Ook een keuze voor de alliantie behoort dan tot de mogelijkheden. Welke keuze de aanbesteder uiteindelijk het beste zou kunnen maken, hangt weer af van afwegingen die hij verder zal maken, vanuit andere invalshoeken. Zie hiervoor ook de belangrijke opmerking aan het einde van par. 6.1.

Wanneer het aspect 'organisatiecultuur' in de te maken afweging wordt betrokken, kan op het volgende worden gewezen. Bij diverse aanbesteders bestaan op dit moment nog afdelingen die gescheiden van elkaar beslissen over het uitbesteden van nieuwbouw, onderhoud en exploitatie. Dit bemoeilijkt de keuze voor bijvoorbeeld DBM, DBFM of DBFMO: alleen de keuze voor D&B komt dan nog in aanmerking.

Bron

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Dit is overigens een argument om de organisatie zelf nader te bezien. Wanneer inzichten en ervaringen op het terrein van onderhoud en exploitatie niet meegenomen worden bij de uitbesteding, zal de totaal gecreëerde waarde van het project achterblijven bij die welke zou kunnen worden gecreëerd in geval van een geïntegreerde uitbesteding van het ontwerp al dan niet met inbegrip van de uitvoering, de financiering, het meerjarig onderhoud en de exploitatie.

6.2.3.2 Invalshoek: Financiën

Vanuit de invalshoek 'financiën' zal de aanbesteder de volgende aspecten bij zijn afweging moeten betrekken:

- wenselijkheid van private financiering;
- toegepaste begrotingssystematiek binnen de organisatie;
- lage beheerkosten.

Het aspect 'wenselijkheid van private financiering' kan in de te maken afweging als volgt een rol spelen. Voor de investering van een project moet een overheidsaanbesteder een keuze maken tussen private financiering of zelf financieren. Als hij niet over het benodigde kapitaal beschikt of dit niet kan vrijmaken, kan met private financiering het project toch uitgevoerd worden.

Toelichting

De keuze voor private financiering behoeft overigens niet altijd (en ook niet voor iedere aanbesteder) te zijn ingegeven door een gebrek aan eigen financieringsmogelijkheden. Ook wanneer die financieringsmogelijkheden namelijk wel aanwezig zijn, kan de keuze voor DBFM of DBFMO nog steeds aantrekkelijk zijn voor een overheidsaanbesteder. Zie in dit verband met name het in par. 5.3.4 genoemde voordeel van de sterke prestatieprikkel die uitgaat van de F-component in de richting van de DBFM-aannemer.

Andere voordelen zijn dat een investering naar voren gehaald kan worden, wat vanuit maatschappelijke kosten en baten interessant kan zijn. Een voordeel is ook dat financiers controle kunnen laten uitoefenen op de werkzaamheden. (Bron: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005). Overheidsaanbesteders wordt sterk aanbevolen kennis te nemen van de in par. 4.2.1 besproken Handleiding Publiek Private Comparator (PPC) die is opgesteld door het Ministerie van Financiën. Dit beleidsinstrument geeft de gebruiker onder andere inzicht in de mogelijke financiële meerwaarde van realisatie van het project met behulp van private financiering. Die meerwaarde kan er dus óók zijn indien de betreffende aanbesteder zelf over (publieke) financieringsmogelijkheden beschikt.

Mocht private financiering gewenst zijn, dan wordt in beginsel de keuze voor DBFM of DBFMO aanbevolen, afhankelijk van het antwoord op de vraag of de aanbesteder het exploitatierisico van het project zelf wenst te dragen.

Toelichting

Daarnaast zou ook de keuze voor de in par. 5.4 besproken contractuele of zelfs geïnstitutionaliseerde alliantie mogelijk kunnen zijn, afhankelijk van de verdere afwegingen die de aanbesteder zal moeten maken, vanuit weer andere invalshoeken. Zie hiervoor ook de belangrijke opmerking aan het einde van par. 6.1.

De keuze voor DBFM of DBFMO kan overigens weer minder voor de hand liggen wanneer het aspect 'toegepaste begrotingssystematiek binnen de organisatie' in de door de aanbesteder te maken afweging wordt betrokken.

Bron

Er kunnen grofweg twee begrotingssystematieken worden onderscheiden; het kasverplichtingenstelsel en het baten-lastenstelsel. Binnen het kasverplichtingenstelsel wordt in de begroting alleen gekeken naar het jaar waarin een uitgave wordt gedaan. Als in een bepaald jaar een investering wordt gedaan en het kapitaalgoed wordt vijf jaar lang gebruikt, dan komt het bedrag alleen in het jaar dat de uitgave is gedaan op de begroting te staan. Binnen het baten-lastenstelsel wordt afgeschreven op uitgaven die meerjarig nut hebben. Daardoor komen de kosten van kapitaaluitgaven gespreid ten laste van de begrotingen in die jaren waarin de investering tot gebruik leidt. Bij een kapitaalgoed dat vijf jaar lang wordt gebruikt, wordt in elk van de vijf jaren de begroting belast met een vijfde deel van de investering.

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Een probleem bij de toepassing van DBFM en DBFMO, waarbij ook de financiering wordt uitbesteed, is dat het veel wenselijkere betalingsmechanisme via een baten-lastenstelsel bij dit soort projecten niet aansluit op de algemeen gebruikte budgetteringssystematiek van de (Rijks)overheid die gebaseerd is op kasritme en dat daarmee kansen op het behalen van voordelen die verbonden zijn aan deze bouworganisatievormen blijven liggen. Uitgaven voor nieuwbouw- en onderhoud gebeurt op basis van jaarbudgettering. Aanbesteders dienen zich te realiseren dat hierdoor incentives voor kostenefficiënt aanbesteden kunnen ontbreken.

Toelichting

Het probleem speelt niet wanneer de DBFM(O)- betalingssystematiek wel goed aansluit op de toegepaste begrotingssystematiek binnen de organisatie. Veel organisaties werken bijvoorbeeld met jaarbudgetten voor huisvesting. Daar passen grootschalige incidentele investeringsprojecten veel moeilijker in dan een jaarbedrag.

Wanneer het aspect 'lage beheerskosten' door de aanbesteder in de te maken afweging wordt betrokken, doet de aanbesteder er verstandig aan het meerjarig onderhoud en eventueel ook de exploitatie te koppelen aan de uitbesteding van de ontwerp-en uitvoeringstaken.

Toelichting

Juist door de ontwerpende aannemer verantwoordelijk te maken voor het meerjarig onderhoud en eventueel ook voor de exploitatie, wordt deze geprikkeld reeds in de ontwerpfase rekening te houden met het belang van het zo laag mogelijk houden van de 'life-cycle' kosten

Het voorgaande houdt in dat de aanbesteder een aantal mogelijkheden heeft wat betreft de keuze van de bouworganisatievorm: DBM, DBFM, DBFMO, en mogelijk ook alliantie. Een en ander zal tevens afhangen van de andere aspecten die hij in zijn afwegingen zal dienen te betrekken.

6.2.3.3 Invalshoek: Beleid

Vanuit de invalshoek 'beleid' zal de aanbesteder de volgende aspecten bij zijn afweging moeten betrekken:

- uitbestedingsbeleid;
- de behoefte tot stimulering van innovatie in de markt;
- het voorgeschreven zijn van producten, leveranciers of adviseurs.

De aanbesteder zou het aspect 'uitbestedingsbeleid' in zijn afwegingen kunnen betrekken. Hij zal dat in ieder geval moeten doen wanneer binnen zijn organisatie, vanuit strategische overwegingen, een bepaald uitbestedingsbeleid is ontwikkeld. Op grond van dat beleid kunnen voor de aanbesteder interne richtlijnen gelden die voorschrijven in welke gevallen voor welke bouworganisatievorm gekozen moet worden.

Bron

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Toelichting

Zie in dit verband ook par. 4.2.1 hierboven. Die interne richtlijnen kunnen overigens niet alleen voorschrijven in welke gevallen voor welke bouworganisatievorm moet worden gekozen, maar kunnen ook voorschriften inhouden terzake de methode aan de hand waarvan de aanbesteder tot diens keuze dient te komen.

Zeker wanneer dergelijk beleid een 'geval tot geval'-benadering toestaat op basis van gerationaliseerde afwegingsaspecten, zoals die welke ook ten grondslag liggen aan het DSS, is dat een goede zaak. Minder wenselijk is het, wanneer het uitbestedingsbeleid instrueert tot het standaard toepassen van een bepaalde bouworganisatievorm, zonder dat ruimte bestaat om in het concrete geval na te gaan of die vorm - gegeven de andere overwegingen die zouden kunnen bestaan - wel het meest geëigend is om tot de gewenste resultaten te komen.

De aanbesteder zou zoals gezegd ook het aspect 'behoefte tot stimulering van innovatie in de markt' in zijn te maken afweging kunnen betrekken.

Toelichting

Overheidsaanbesteders zouden vanuit hun maatschappelijke verantwoordelijkheid de innovatie in de markt mogelijk meer kunnen stimuleren. Dat zou zeker het geval kunnen zijn bij grote, complexe projecten, maar daartoe hoeft het zich zeker niet te beperken.

Het gaat hier overigens niet alleen om louter technische innovatie. Van innovatie is ook sprake indien de aannemer tot een op zichzelf genomen weinig vernieuwend technisch ontwerp komt, maar wel in staat in om vanuit het brede karakter van de vraagstelling (D&B, DBM, DBFM, DBFMO) te komen tot een integraler ontwerp met een lagere Netto Contante Waarde over de levensduur. Dat is meestal géén technisch zeer vernieuwend ontwerp, maar wél een ontwerp dat verrassend is ten opzichte van wat een aanbesteder normaal krijgt aangeboden omdat er veel meer rekening is gehouden met bijvoorbeeld levensduur, duurzaamheid en milieu.

Het stimuleren van innovatie in de (bouw)markt vindt vooral plaats met behulp van de vraagspecificatie die de aanbesteder in de markt zet. Een voorwaarde is immers dat die vraagspecificatie de markt voldoende ruimte laat tot het aanbieden van innovatieve oplossingen.

Toelichting

Zoals nog zal worden uiteengezet in hoofdstuk 6, biedt de aanbesteder die ruimte met name wanneer hij een vraagspecificatie in de markt zet die uit functionele eisen bestaat.

Wanneer de gebruiker van het DSS aangeeft met name het stimuleren van innovatie een belangrijk aspect te vinden, zal in het door het DSS gegenereerde advies doorklinken dat hij er in dat geval voor moet kiezen de markt de hierboven bedoelde ruimte te laten. In het verlengde daarvan zal het DSS aanbevelen gebruik te maken van een bouworganisatievorm die consistent is met de keuze voor zo'n vraagspecificatie. Zonder daarmee gezegd te willen hebben dat de traditionele bouworganisatievorm zich niet goed zou lenen voor het stimuleren van innovatie, valt dan bijvoorbeeld te denken aan D&B of aan een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm, afhankelijk van de verdere aspecten die in de te maken afweging voor de aanbesteder een rol zullen spelen. Vanuit de invalshoek 'beleid' zal de aanbesteder tot slot ook nog 'het voorgeschreven zijn van producten, leveranciers of adviseurs' in zijn afweging kunnen betrekken.

Toelichting

Binnen de organisatie waartoe de aanbesteder behoort, kan het inkoopbeleid zodanig zijn ingericht dat de inkoop van bepaalde producten en of diensten via bepaalde leveranciers of dienstverleners wordt voorgeschreven aan de marktpartij die de aanbestede opdracht uiteindelijk weet te verwerven.

Nog afgezien van de vraag of dergelijk beleid niet als strijdig met wet- en regelgeving dient te worden beschouwd - zeker wanneer het een aanbestedingsprocedure betreft die plaatsvindt uit hoofde van een verplichting op grond van het Europees aanbestedingsrecht - zal de uitvoering van dergelijk beleid hoe dan ook kunnen leiden tot vraagspecificaties die de oplossingsvrijheid van de aannemer in kwestie beperken. In het verlengde daarvan ligt dan toepassing van D&B of een andere variant van de geïntegreerde bouwcontractvorm wat minder voor de hand en zal de aanbesteder moeten kiezen voor (een variant van) de traditionele bouworganisatievorm. Geheel onmogelijk is de toepassing van D&B in zo'n geval overigens niet.

Toelichting

Het zou dan wel betekenen dat de aanbesteder - binnen die bouworganisatievorm - in ieder geval op onderdelen moet kiezen voor een vraagspecificatie die reeds is uitgewerkt tot op het niveau van voorlopig ontwerp of wellicht zelfs definitief ontwerp. Zie in dit verband ook par. 5.3.2 hierboven.

Een in de afweging te betrekken voordeel van het bij een aanbesteding voorschrijven van producten en/of hun leveranciers is dat daarmee voldoende controle en zeggenschap vanuit de organisatie aanbesteder op de toepassing van specifieke producten bestaat. Een nadeel dat daarnaast echter in overweging dient te worden genomen, is dat de aanbesteder met ook (juridische) verantwoordelijkheid naar zich toetrekt voor wat betreft de deugdelijkheid en beschikbaarheid van hetgeen hij heeft voorgeschreven.

6.2.3.4 Invalshoek: Kennis, ervaring en capaciteit

Vanuit de invalshoek 'kennis, ervaring en capaciteit' zal de aanbesteder de volgende aspecten bij zijn afweging moeten betrekken:

- kennis, ervaring en capaciteit binnen de organisatie om de werkzaamheden zelf uit te voeren;
- kennis, ervaring en capaciteit binnen de organisatie om de werkzaamheden te controleren en te sturen.

De in de eigen organisatie aanwezige 'kennis, ervaring en capaciteit' moet allereerst in overweging worden genomen indien de aanbesteder er voor zou willen kiezen bepaalde taken die in het bouwproces uitgevoerd moeten worden, niet uit te besteden.

Toelichting

Een motivatie van de aanbesteder om dat te willen en de kanttekeningen die daar bij kunnen worden geplaatst, kwamen reeds aan de orde in par. 6.2.3.1 waar werd ingegaan op het aspect 'organisatiestructuur'.

Het moge duidelijk zijn dat het binnen de eigen organisatie houden van de vervulling van bepaalde taken feitelijk alleen mogelijk is, wanneer er intern ook voldoende personeel daarvoor beschikbaar is dat bovendien de kennis en ervaring heeft om die taken uit te voeren. Mocht aan die voorwaarden niet zijn voldaan, dan kan dat een overweging zijn om extern capaciteit en deskundigheid in te huren of zelfs over te gaan tot het uitbesteden van taken. Of daarvoor dan gebruik dient te worden gemaakt van de traditionele dan wel de geïntegreerde bouworganisatievorm, hangt weer af van afwegingen die de aanbesteder verder zal maken vanuit andere invalshoeken.

Toelichting

Zie hiervoor ook de belangrijke opmerking aan het einde van par. 6.1.

De in de eigen organisatie aanwezige kennis, ervaring en capaciteit kan ook nog om een andere reden een in overweging te nemen aspect zijn, namelijk wanneer de aanbesteder ertoe zou willen besluiten om de uitvoering van de ontwerptaak - anders dan voorheen - uit te gaan besteden.

Toelichting

Zo'n beleidswijziging - met name relevant voor de GWW-sector - zorgt er voor dat D&B of een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm wat meer in het vizier komt. De aanbesteder zal echter over voldoende gekwalificeerd personeel dienen te beschikken dat de kennis en ervaring heeft om de marktpartij, aan wie de ontwerptaak wordt uitbesteed, te sturen en te controleren.

Het is belangrijk dat aanbesteders zich realiseren dat de operationalisering van zo'n beleidswijziging niet eenvoudig is en dat juist dat aspect voor de aanbesteder een overweging kan vormen om af te zien van het gebruik van D&B.

Toelichting

Het is immers denkbaar dat het door de aanbesteder met de hierboven bedoelde sturing en controle belaste personeel in de periode voorafgaande aan de beleidswijziging zelf ('in house') was belast met de vervulling van de ontwerptaak. Het risico bestaat dan dat zij - vanuit hun technische achtergrond - mogelijk onvoldoende in staat zijn zich te richten op het management van het bouwproces en dat zij zich te zeer op de techniek (blijven) richten.

De ingezette beleidswijziging vraagt op het vlak van de sturing en controle om een brede, interdisciplinaire denkwijze waarbij andere facetten dan alleen techniek een rol spelen.

Bron

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Dat begint al bij de start van het aanbestedingsproces. De medewerkers van de aanbesteder moeten bij een keuze voor D&B in staat zijn goede abstracte specificaties op te stellen en voldoende deskundigheid hebben om de kwaliteit van inschrijvingen op basis van die abstracte specificaties te controleren op haalbaarheid en kwaliteit.

Toelichting

Zie over deze wijze van specificeren ook hoofdstuk 6, par. 5.2 en par. 5.3.

Hiervoor moet de abstracte vraagspecificatie voor alle disciplines (financieel, technisch, juridisch) aan zowel de zijde van de aanbesteder als de ingeschakelde marktpartij voldoende duidelijk zijn. Beslissingen die zowel tijdens het aanbestedingsproces als het overige deel van het bouwproces door het personeel van de aanbesteder worden genomen, moeten immers niet alleen worden ondersteund door technische argumenten, maar ook door financiële, economische en juridische.

Bron

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

6.2.4 Externe context

6.2.4.1 Invalshoek: Markt

Vanuit de invalshoek 'markt' zal de aanbesteder de volgende aspecten bij zijn afweging moeten betrekken:

- kennis en ervaring in de markt;
- capaciteit in de markt;
- vertrouwen in de markt;
- bouwcultuur.

De aspecten 'kennis en ervaring in de markt' en 'capaciteit in de markt' spelen in de te maken afweging een belangrijke rol spelen, vooropgesteld dat de aanbesteder in staat is in te schatten of en in welke mate de benodigde proces- en productinhoudelijke kennis, ervaring en capaciteit in de markt aanwezig zijn.

Toelichting

Met name wanneer er met het oog op het te realiseren project veel kennis en ervaring in de uitvoerende markt aanwezig blijken te zijn, is dat een belangrijke indicatie voor het uitbesteden van andere taken dan alleen de uitvoeringstaak, zoals de ontwerp- en de maarjarig onderhoudstaak. In dat geval komt D&B of een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm als mogelijk te selecteren vorm in beeld, afhankelijk natuurlijk van de verdere afwegingen die de aanbesteder zal hebben te maken, vanuit weer andere invalshoeken. Zie hiervoor ook de belangrijke opmerkingen aan het einde van par. 6.1. Die andere afwegingen kunnen de keuze voor een geïntegreerde bouworganisatievorm eventueel versterken, maar het is ook mogelijk dat die andere afwegingen juist het gebruik van de traditionele bouworganisatievorm indiceren.

Het kan natuurlijk ook zo zijn dat de aanbesteder op goede gronden inschat dat er onvoldoende kennis en ervaring in bijvoorbeeld de uitvoerende markt aanwezig is om een of meer taken van het bouwproces geïntegreerd uit te besteden met de uitvoeringstaak.

Toelichting

Zeker wanneer de aanbesteder zelf over de nodige kennis en ervaring beschikt, kan dat weer een reden zijn om in dat geval te opteren voor een (variant van) de traditionele bouworganisatievorm.

Andere te maken overwegingen kunnen in zo'n geval overigens desalniettemin het gebruik van D&B of een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm, of wellicht zelfs de keuze voor alliantie, rechtvaardigen. Met name wanneer de aanbesteder zich sterk wil laten leiden door het eerder besproken aspect van de wens tot stimulering van innovatie in de markt, zou in het onderhavige geval juist dienen te worden overwogen dat de aanbesteder bepaalde kennis in de markt laat ontwikkelen.

Twee andere aspecten die in dit kader een rol van betekenis kunnen spelen in de door de aanbesteder te maken afweging, zijn de aspecten 'vertrouwen in de markt' en het in het verlengde daarvan liggende aspect 'bouwcultuur'.

Toelichting

Voor elke bouworganisatievorm is het van belang dat er voldoende vertrouwen bestaat tussen de aanbesteder en de marktpartij(en) aan wie hij een of meer taken van het bouwproces overdraagt. Maar naarmate een aanbesteder meer taken in één hand uitbesteedt aan bijvoorbeeld een DBFM- of DBFMO-aannemer, zal de oplossingsvrijheid van de laatste toenemen en zal het voor de aanbesteder alleen maar belangrijker worden dat hij vertrouwen heeft in de capaciteiten van de aannemer om het project tot een goed einde te brengen met inachtneming van de belangen van de aanbesteder. Dat vertrouwen zal niet zo groot zijn wanneer de aanbesteder verwacht dat de markt van D&B-aannemers te veel denkt en handelt vanuit een cultuur die sterk hoort bij de traditionele bouworganisatievorm. Is dat het geval, dan is dat een belangrijke indicatie om juist niet te veel ruimte aan de markt te laten en te kiezen voor een variant van de traditionele bouworganisatievorm, vooropgesteld dat ook andere in overweging te nemen aspecten in die richting wijzen.

Indien de aanbesteder onvoldoende vertrouwen heeft in de markt, mede gelet op de cultuur in die markt, maar anderzijds duidelijk is dat de markt over voldoende kennis, ervaring en capaciteit beschikt om het project te realiseren, zou ook kunnen worden geopteerd voor de alliantie als toe te passen bouworganisatievorm. Juist door bepaalde taken van het bouwproces niet volledig uit te besteden aan de markt, maar in plaats daarvan er voor te kiezen die taken gezamenlijk met de markt te vervullen, creëert de aanbesteder voor zichzelf de mogelijkheid om zijn vertrouwen in de markt te laten toenemen zonder dat hij daarbij de oplossingsvrijheid volledig in handen van de markt behoeft te geven. Op die manier kan bovendien een bijdrage worden geleverd aan het totstandbrengen van een gewenste cultuuromslag.

6.2.4.2 Invalshoek: Politiek en maatschappij

Vanuit de invalshoek 'politiek en maatschappij' zal de aanbesteder de volgende aspecten bij zijn afweging moeten betrekken:

- politiek en maatschappelijk draagvlak voor het project;
- politieke dynamiek (invloed daarvan op korte en lange termijn);
- invloed van besluitvorming op het project;
- grondpositie.

De aspecten 'politiek en maatschappelijk draagvlak voor het project' en 'invloed van besluitvorming op het project' kunnen belangrijke in overweging te nemen aspecten zijn bij het bepalen van

de toe te passen bouworganisatievorm. De aanbesteder dient zich dat vooral te realiseren wanneer de (eventuele) realisatie van het project raakt aan de belangen van derden en/of van de medewerking van derden-belanghebbenden afhankelijk is.

Toelichting

Hier valt bijvoorbeeld te denken aan de omwonenden in wiens leven het voorgenomen project zowel positief als negatief zou kunnen ingrijpen. Dat zal met name het geval zijn wanneer voor het project grond nodig is die in eigendom is van die omwonenden. Een ander maatschappelijk belang dat met de realisatie van het project gemoeid kan zijn, is het belang van de (lokale) werkgelegenheid. Ook de beoogde groep van gebruikers van het te realiseren project zal daar iets van vinden, bijvoorbeeld op basis van de vergelijking die zij maken tussen de 'oude' en de 'nieuwe' situatie. Daarnaast zullen er afspraken moeten worden gemaakt met andere derden-belanghebbenden, bijvoorbeeld het Rijk, de betrokken provincie en/of gemeenten over het leveren van financiële bijdragen. Hier kan ook nog worden gewezen op de besluitvorming over en bestuurlijke afstemming binnen het aspect van de ruimtelijke ordening.

Het voorgaande betekent dat een project niet altijd als vanzelfsprekend kan rekenen op voldoende maatschappelijk, politiek en bestuurlijk draagvlak. De aanbesteder zal dus om te beginnen rekening dienen te houden met het risico dat omwonenden, grondeigenaren, politieke partijen alsook andere belangengroepen zullen overgaan tot het organiseren van maatschappelijke acties en mogelijk zelfs juridische procedures zullen starten. In het verlengde daarvan ligt dat hij - zeker wanneer voldoende maatschappelijk en politiek draagvlak ontbreekt - rekening moet houden met een ongewenst verloop van het politieke besluitvormingsproces. Wanneer dergelijke risico's zich verwezenlijken, kan zich dat vertalen in een ernstige vertraging van het project. Dat betekent dat een aanbesteder zich bij de keuze van de bouworganisatievorm zal moeten afvragen hoe deze risico's het beste zouden kunnen worden beheerst. In dit verband wordt in ieder geval aanbevolen dat de aanbesteder er hoe dan ook voor kiest een of meer van de overige deelnemers aan het bouwproces een rol te geven in het proces dat enerzijds moet leiden tot het vergroten van het maatschappelijk draagvlak voor het te realiseren project en dat anderzijds positief bijdraagt aan het verloop van een aantal belangrijke besluitvormingsprocessen.

Toelichting

Op het communicatievlak kan die rol bijvoorbeeld worden toegekend, onafhankelijk van de wijze waarop de taken in het bouwproces overigens over de betrokken partijen worden verdeeld. Dat betekent dat deze aanbeveling in beginsel binnen elke bouworganisatievorm kan worden geïmplementeerd.

De aanbesteder zou daarnaast een stap verder kunnen gaan en het beheersen van de gevolgen van de hierboven bedoelde risico's als taak bij een van de marktpartijen kunnen leggen.

Toelichting

Dat houdt dan concreet in dat die marktpartij zowel feitelijk als juridisch verantwoordelijk wordt gemaakt voor het beheersen van de gevolgen van de onverhoopte verwezenlijking van die risico's. Het ligt dan in de rede om in zo'n geval die marktpartij in ieder geval (ook) de ontwerptaak te laten vervullen. De kans op het vergroten van het politieke en maatschappelijke draagvlak voor het project en de kans dat een aantal besluitvormingsprocessen tot een gewenst resultaat leiden, kunnen immers met name positief worden beïnvloed door keuzes en beslissingen die in de ontwerpfase worden gemaakt, naast de keuzes die bij de vervulling van de uitvoeringstaak worden gemaakt.

Dat de hiervoor bedoelde taak tot het beheersen van risico's bij een marktij wordt gelegd, behoeft niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat die marktpartij vervolgens ook per definitie verantwoordelijk is voor de gevolgen van zo'n risico wanneer zich dat onverhoopt mocht verwezenlijken. Dat hangt immers enerzijds af van de wijze waarop de juridische verantwoordelijkheid in het contract is omschreven en anderzijds van de wijze waarop de taak in het concrete geval is uitgevoerd. Zie in dit verband bijvoorbeeld § 10 UAVgc 2005, waarin 'slechts' een inspanningsverbintenis is vastgelegd.

Vanuit de voorgaande overweging zou de aanbesteder kunnen overwegen te kiezen voor D&B of voor een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm. Maar het is natuurlijk ook mogelijk te kiezen voor een traditionele bouworganisatievorm, waarbij het beheersen van de bedoelde risico's tot een taak van de architect of de raadgevend ingenieur wordt gemaakt. Zelfs de keuze voor alliantie als toe te passen bouworganisatievorm kan in deze ten slotte geëigend zijn, zeker wanneer de aanbesteder op grond van andere in overweging te nemen aspecten besluit om de ontwerptaak gezamenlijk met een van de marktpartijen te gaan vervullen en vanuit die insteek de beheersing van het hierboven geschetste risico tot een gezamenlijke feitelijke en juridische verantwoordelijkheid wenst te maken.

Toelichting

De keuze voor alliantie - met name de geïnstitutionaliseerde alliantie of IPPS, zie par. 5.4.2 hierboven - ligt met name in de rede wanneer de belangen van een aantal overheden bij het project betrokken zijn en het te doorlopen besluitvormingsproces vraagt om een intensieve samenwerking tussen alle betrokken overheden en private partijen.

Het aspect van de 'politieke dynamiek', en de invloed daarvan op korte en lange termijn op het project, is een aspect waarvan de aanbesteder zich moet te realiseren dat het moeilijk door de markt te beheersen is.

Toelichting

Politieke besluiten die verband houden met een voorgenomen project, zijn over het algemeen slechts beperkt houdbaar. Wanneer eenmaal verkiezingen hebben plaatsgevonden, verandert immers vaak de kleur en of de samenstelling van het (coalitie)bestuur. Dat betekent dat oorspronkelijk genomen besluiten onder druk kunnen komen te staan - zeker wanneer het vorige bestuur het niet heeft aangedurfd besluiten voor de langere termijn te nemen - en dat het (nieuwe) bestuur zelfs van standpunt kan veranderen. Zo'n standpuntverandering kan bovendien het resultaat zijn van een in het kader van de verkiezingen gesloten politiek compromis, met de nodige onzekerheden van dien.

Wanneer een aanbesteder de invloed van de hierboven geschetste politieke dynamiek op het (voorgenomen) project zou willen neutraliseren - en daar overigens ook voldoende politieke wil voor bestaat - zou de aanbesteder dienen te kiezen voor een meer langdurige - en wellicht geïntegreerde aanpak - van de realisatie en exploitatie van het project.

Bron

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

In dat geval komen DBM, DBFM of DBFMO, alsook alliantie als mogelijk toe te passen bouworganisatievormen in beeld.

Het aspect 'grondpositie' is tot slot nog een door de aanbesteder in overweging te nemen aspect, met name wanneer de aanbesteder zelf geen rechthebbende is ten aanzien van de grond die nodig is voor de realisatie van het project.

Toelichting

Zie hierboven ook par. 5.1.1. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een andere deelnemer aan het bouwproces dan wel een derde als rechthebbende te gelden heeft. In die gevallen zal de aanbesteder uiteindelijk tot afspraken moeten komen met de betrokken deelnemer of derde, zodat de grond feitelijk en juridisch beschikbaar komt ten behoeve van het bouwproces.

Gesteld dat de aanbesteder afspraken over de grondinbreng moet maken met de deelnemer aan het bouwproces die als rechthebbende kan worden beschouwd, is dat geen overweging die van bijzondere invloed is op de uiteindelijke keuze van de bouworganisatievorm. Het betekent slechts dat de betreffende marktpartij, naast de andere door hem te verrichten taken, ook het inbrengen van de grond als taak krijgt toebedeeld.

De problematiek van de grondinbreng krijgt in de context van de keuze van de bouworganisatievorm met name relevantie wanneer een derde rechthebbende is ten aanzien van die grond. Het project is dan immers afhankelijk geworden van de medewerking van die derde.

Toelichting

Hier kan een parallel worden getrokken met het hierboven besproken aspect van het maatschappelijke en politieke draagvlak dat nodig is voor het project. Ook in dit geval geldt dat de aanbesteder rekening moet houden met het feit dat de derde geen dan wel onvoldoende medewerking wenst te leveren aan het inbrengen van de grond in het project. Wanneer dat risico zich verwezenlijkt, kan zich dat vertalen in een ernstige vertraging van het project.

De aanbesteder zou er voor kunnen kiezen ook in deze situatie het verkrijgen van de grond tot het takenpakket van de marktpartij te maken, vooropgesteld dat mag worden verwacht dat die marktpartij het aan die taak gekoppelde risico beter kan beheersen dan de aanbesteder dat kan. Van wezenlijke invloed op de keuze van de bouworganisatie is een en ander overigens niet. Dat wordt het pas wanneer de aanbesteder zou besluiten de grondinbreng tot een met de marktpartij gezamenlijk te vervullen taak te maken, in welk geval de alliantie als toe te passen bouworganisatievorm in beeld komt.

6.2.4.3 Invalshoek: Wet- en regelgeving

Vanuit de invalshoek 'wet- en regelgeving' zal de aanbesteder de volgende aspecten bij zijn afweging moeten betrekken:

- ruimtelijke ordeningsprocedures;
- aanbestedingsregelgeving.

In de vorige paragraaf kwam reeds aan de orde dat tal van besluitvormingsprocessen van invloed kunnen zijn op de voortgang van een project, zeker wanneer het project op onvoldoende politiek en maatschappelijk draagvlak kan rekenen. Maar ook wanneer besluitvormingsprocessen wel op een normale manier verlopen, kunnen zij van invloed zijn op het project op een manier die consequenties kan hebben voor de uiteindelijke keuze van de bouworganisatievorm.

Toelichting

Dit speelt met name bij ruimtelijke ordeningsprocedures, wanneer het doorlopen van deze procedures als consequentie heeft dat de aanbesteder een vraagspecificatie in de markt moet zetten die nog maar weinig oplossingsvrijheid aan de markt biedt. Het effectief aan de markt kunnen uitbesteden van de geïntegreerde ontwerp- en uitvoeringstaken op basis van een door of namens de aanbesteder geformuleerde functionele vraagspecificatie wordt daarnaast immers ook bepaald door de hoeveelheid keuzevrijheid die de aanbesteder wat dat betreft zelf heeft. Die vrijheid wordt voor sommige projecten sterk beperkt door de randvoorwaarden die vastgelegd zijn in op de Tracéwet gebaseerde procedures, MER-procedures en bestemmingsplanprocedures.

Wanneer de aanbesteder de uitkomst van dergelijke procedures afwacht, alvorens over te gaan tot de feitelijke uitbesteding van taken aan de markt, bestaat de kans dat de keuze voor D&B of een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm minder goed aansluit bij het type vraagspecificatie dat hij als gevolg van de uitkomst van die procedures noodgedwongen in de markt heeft moeten zetten. De keuze voor een variant van de traditionele bouworganisatievorm ligt in zo'n geval meer voor de hand.

Toelichting

Overigens dient men zich in dit verband te realiseren dat het verschil tussen de traditionele bouworganisatievorm en de verschillende varianten van het geïntegreerde bouworganisatievorm er met name in is gelegen dat men bij de traditionele vorm het idee heeft beslissingen te kunnen uitstellen, zonder dat dit grote gevolgen heeft. Met name bij de vergaande varianten van de geïntegreerde vorm (bijvoorbeeld DBFMO) wordt men als het ware gedwongen vooraf over zaken na te denken. Bij de traditionele vorm zijn de kosten van wijzigingen die als gevolg van 'voortschrijdend inzicht' in de loop van de uitvoeringsfase worden doorgevoerd over het algemeen niet transparant, hetgeen tot gevolg heeft dat nogal eens wordt gedacht dat deze vorm meer flexibiliteit biedt dan (een vergaande variant van) de geïntegreerde bouworganisatievorm.

Anderzijds kan de aanbesteder ook besluiten - zeker bij wat meer omvangrijke en complexe projecten - de feitelijke uitbesteding van taken door middel van een aanbesteding als het ware 'naar voren' te halen. Wat hij dan kan doen, is het doorlopen van de ruimtelijke ordeningsprocedures tot onderdeel van het takenpakket van een marktpartij maken.

Toelichting

Zie hierboven ook par. 5.1.1, waarin aandacht is besteed aan het wegnemen van mogelijke juridische hindernissen die aan de uitvoering van het bouwinitiatief in de weg staan als een te onderscheiden taak van het bouwproces. Het vervullen van deze specifieke taak - althans wanneer het gaat om het doorlopen van ruimtelijke ordeningsprocedures - staat feitelijk bezien in nauw verband met de vervulling van de ontwerptaak. Geïntegreerde toedeling van beide taken aan één marktpartij is overigens alleen raadzaam indien verwacht mag worden dat die partij - gegeven diens vroege betrokkenheid bij de ruimtelijke ordeningsprocedures - een zodanige invloed op die procedures kan uitoefenen dat de vraagspecificatie van de aanbesteder ook na afronding van de procedures nog voldoende mate van oplossingsvrijheid voor de marktpartij biedt.

Hoewel de traditionele bouworganisatievorm in zo'n geval geschikt is, zou het in zo'n geval onder omstandigheden verstandiger kunnen zijn om voor D&B of voor een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm te kiezen. Afhankelijk van andere in de overweging te betrekken aspecten zou hier ook de keuze voor alliantie kunnen worden gemaakt.

Naast het aspect 'ruimtelijke ordeningsprocedures' zou ook het aspect 'aanbestedingsregelgeving' een in de overwegingen van de aanbesteder te betrekken aspect kunnen zijn wanneer hij diens keuze voor een bouworganisatievorm moet bepalen. In dit verband kan worden verwezen naar par. 4.2 waarin een aantal kanttekeningen is geplaatst bij het uitgangspunt dat een aanbesteder juridisch in beginsel vrij is om te bepalen welke bouworganisatievorm hij in het concrete geval zal hanteren.

6.2.5 Projectcontext

6.2.5.1 Invalshoek: Geld

Vanuit de invalshoek 'geld' zal de aanbesteder de volgende aspecten bij zijn afweging moeten betrekken:

- gewenste beloningssystematiek;
- gewenste prijs/kwaliteitverhouding;
- gewenste prijszekerheid.

Het aspect van de door de aanbesteder 'gewenste beloningssystematiek' is een te overwegen aspect dat van invloed is op de keuze van de bouworganisatievorm. De beloningssystematiek is de wijze waarop de verrekening plaatsvindt tussen aanbesteder en marktpartij.

Toelichting

Partijen kunnen bijvoorbeeld afspreken dat de aanbesteder een vast bedrag betaalt. Maar de verrekening zou ook kunnen plaatsvinden op basis van eenheidsprijzen en kostprijs. Afhankelijk van de gekozen beloningssystematiek worden bepaalde incentives aan de marktpartij uitgedeeld. Uiteindelijk zal de aanbesteder zich moeten afvragen welke incentives hij zou willen uitdelen en vervolgens bij de daarmee verband houdende beloningssystematiek de juiste bouworganisatievorm moeten kiezen. Juist omdat het van belang is dat er tussen de aanbesteder en marktpartij wederkerigheid is wil het project echt kunnen slagen, zou de aanbesteder moeten kiezen voor een systeem van incentives dat de belangen van beide partijen als het ware gelijkschakelt.

Kiest de aanbesteder voor een beloningssystematiek op basis van het principe van winst- en verliesdeling, dan hoort daar - met name bij de wat meer omvangrijke en complexe projeccten - de alliantie als bouworganisatievorm bij. In zo'n systematiek komt de hierboven bedoelde gelijkschakeling van belangen van aanbesteder en marktpartij het beste tot haar recht. Die systematiek deelt op een krachtigere manier incentives aan de marktpartij uit dan het meer- en minderwerkprincipe, dat de keuze voor de traditionele bouworganisatievorm indiceert.

Bron

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Voorbeeld

Stel er is een besparing mogelijk als gevolg van een optimalisatie in het ontwerp waardoor de kosten van het totale project worden gereduceerd met € 200.000. De alliantie-aannemer heeft omzetderving maar 'verdient' € 100.000. Hij ontvangt bovendien een sterke prikkel om het meerwerk tot een minimum te beperken, omdat hij er voor 50% zelf aan mee moet betalen. En dat zal zijn minimale winst op meer omzet meer dan teniet doet. Het voordeel van de keuze voor toepassing van alliantie is dat meer- en minderwerkdiscussies naar verwachting zullen afnemen en partijen met het oog op hun gedeelde belangen meer ruimte vinden voor oplossingsgericht denken.

Ook de binnen DBFM gehanteerde beloningssystematiek deelt bepaalde incentives aan de marktpartij uit die de aanbesteder mogelijk wenselijk acht. Door het aan de markt toedelen van de (private) financieringstaak en de financiële vergoeding voor het verrichten van de DBFM-taken te koppelen aan een prestatieafhankelijke beloning, ontstaat bij de DBFM-aannemer een extra incentive om de juiste kwaliteit te leveren bij een vooraf bepaalde prijs.

Bron

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

De door de aanbesteder in het concrete geval gewenste 'prijs/kwaliteitverhouding' kan als te overwegen aspect tot verschillende keuzes wat betreft de te hanteren bouworganisatievorm leiden. Naarmate de aanbesteder meer taken geïntegreerd uitbesteedt aan één marktpartij, zou dat onder omstandigheden voor de aanbesteder een betere prijs/kwaliteitverhouding kunnen opleveren. Dat zou in theorie dan betekenen dat de keuze in veel gevallen op DBFM of DBFMO moeten uitvallen. Het voorgaande uitgangspunt mag echter niet worden verabsoluteerd. De keuze van de bouworganisatievorm hangt immers van tal van omstandigheden af en die keuze zal in het concrete geval dan ook telkens moeten worden doordacht vanuit zoveel mogelijk in de overweging te betrekken aspecten zoals beschreven in dit hoofdstuk.
Een laatste in overweging te nemen aspect, vanuit de invalshoek 'geld', is het aspect van de door de aanbesteder 'gewenste prijszekerheid'.

Toelichting

Het gaat hier om de mate van zekerheid voor de aanbesteder dat de prijs, die hij overeenkomt met de marktpartij die (onder andere) de uitvoeringstaak vervult, uiteindelijk ook de prijs is die hij moet betalen (en niet meer).

Van prijszekerheid zal in beginsel sprake zijn wanneer de aanbesteder voldoende tijd heeft om de ontwerptaak hetzij zelf te vervullen, hetzij door een architect of raadgevend ingenieur te laten vervullen, en in dat kader door middel van onderzoek eventuele risico's zoveel mogelijk in beeld zijn gebracht en in het ontwerp zijn verdisconteerd. Het uitgangspunt is dan dat de aanbesteder kiest voor een variant van de traditionele bouworganisatievorm.

Toelichting

De gewenste prijszekerheid staat of valt dan echter met de volledigheid en de deugdelijkheid van het ontwerp dat de basis vormt voor de door de traditionele aannemer te maken prijscalculatie. Gesteld dat het ontwerp onvolledig of ondeugdelijk is, komt dat risico in beginsel voor rekening van de aanbesteder en zal afbreuk worden gedaan aan de gewenste prijszekerheid.

Het voorgaande kan worden ondervangen door te kiezen voor D&B of voor een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm. Door met name de ontwerp- en uitvoeringstaak geïntegreerd te laten vervullen door een D&B-aannemer, verlegt de aanbesteder de daarmee verband houdende onzekerheidsrisico's naar die partij, hetgeen de door hem gewenste prijszekerheid zal doen toenemen. Ook via de toedeling van het exploitatierisico aan de DBFMO-aannemer kan een vergelijkbaar effect worden bereikt.

Aanbesteders dienen zich wat het voorgaande betreft overigens niet 'rijk' te rekenen. De gestandaardiseerde contractmodellen die in de praktijk worden gebruikt voor D&B en voor andere

varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm, bevatten namelijk wel degelijk voorzieningen die de D&B-aannemer tegemoet komen in die gevallen waarin zich een risico verwezenlijkt dat redelijkerwijze niet door hen te voorzien en te beheersen viel.

Voorbeeld

Een voorbeeld treft men bijvoorbeeld aan in § 13 lid 2 UAVgc 2005 wat betreft de verantwoordelijkheid van de aannemer voor de afstemming van diens ontwerpwerkzaamheden op de geotechnische bodemgesteldheid. Een ander voorbeeld vindt men in § 10 lid 4 UAVgc 2005 wat betreft de verantwoordelijkheid voor het uitblijven van planologische vergunningen, in die gevallen waarin dat niet aan de aannemer kan worden toegerekend. Voorts kan worden verwezen naar § 44 lid 1 sub c UAVgc 2005, die een regeling bevat ten aanzien van tot kostenverhoging leidende onvoorziene omstandigheden.

De aanbesteder dient zich dus te realiseren dat het aan de markt toedelen van taken - bijvoorbeeld door te kiezen voor D&B - op zichzelf nog geen absolute prijszekerheid zal opleveren.

6.2.5.2 Invalshoek: Tijd

Vanuit de invalshoek 'tijd' zal de aanbesteder de volgende aspecten bij zijn afweging moeten betrekken:

- fasering van het project;
- gewenste doorlooptijd van het project tot aan oplevering;
- gewenste tijdzekerheid;
- fase waarin het project zich bevindt;
- gewenste contractduur.

Over het aspect 'fasering van het project' kan het volgende worden opgemerkt in relatie tot de door de aanbesteder te maken afweging wat betreft de keuze van de bouworganisatievorm. Een project kan uit verschillende deelprojecten bestaan, die op verschillende tijdstippen gerealiseerd dienen te worden waarna per deelproject het meerjarig onderhoud en de exploitatie kan starten. Met name wanneer onzekerheid over de fasering van deze deelprojecten bestaat, in de zin dat nog niet duidelijk is of en wanneer een deelproject precies zal dienen te worden gerealiseerd, zal de aanbesteder eerder de behoefte hebben om de coördinatie en onderlinge afstemming van die deelprojecten zelf in te vullen. De afzonderlijke deelprojecten kunnen dan weliswaar - behalve via de traditionele bouworganisatievorm - in de markt worden gezet met behulp van D&B, doch gebruikmaking van verdergaande varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm wordt in zo'n geval niet aanbevolen.

Op basis van de in het concrete geval door de aanbesteder 'gewenste doorlooptijd van het project tot aan oplevering', kunnen verschillende bouworganisatievormen zijn geïndiceerd. Wanneer de feitelijk voor de realisatie van het project beschikbare tijd bijvoorbeeld niet toereikend is, zou de aanbesteder kunnen kiezen voor het geïntegreerd uitbesteden van een aantal taken. Met name bij langlopende projecten lijkt wat dat betreft dan veel tijdwinst behaald te kunnen worden.

Toelichting

Gebruikmaking van D&B ligt dan het meest voor de hand. De aanbesteder dient zich dan overigens wel te realiseren dat de ten opzichte van het gebruik van de traditionele bouworganisatievorm gewonnen tijd voor een deel gebruikt zal moeten worden voor de langere voorbereidingstijd en aanbestedingsperiode die inherent is aan uitbesteding op basis van D&B. De aanbesteder dient zich daarnaast te realiseren dat tijdsdruk bij (de aanbesteding van) dergelijke projecten vaak een gegeven is en kan ertoe leiden dat het innovatievermogen vanuit de markt niet optimaal benut kan worden.

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Voor wat betreft het door de aanbesteder te overwegen aspect van de 'gewenste tijdzekerheid' kan tot op zekere hoogte worden aangesloten bij hetgeen in de vorige paragraaf is opgemerkt over het aspect van de 'prijszekerheid'.

Toelichting

Het gaat hier om de mate van zekerheid voor de aanbesteder dat de voor de realisatie van het project benodigde tijd, zoals overeengekomen met de marktpartij die (onder andere) de uitvoeringstaak vervult, uiteindelijk ook de tijd is die maximaal wordt gebruikt (en niet langer).

Wanneer de aanbesteder dit aspect in zijn overwegingen betrekt, zal de traditionele bouworganisatievorm meer voor de hand liggen dan de geïntegreerde bouworganisatievorm, met name wanneer sprake is van een complex project waaraan veel risico's verbonden zijn. Daar doet niet aan af dat de aanbesteder het aan de gewenste tijdzekerheid gekoppelde risico bij een eventuele keuze voor D&B naar de marktpartij kan verleggen. Daarmee wordt weliswaar een incentive aan de marktpartij uitgedeeld om het risico zoveel mogelijk te beheersen, doch wanneer het risico zich desalniettemin verwezenlijkt doet dat hoe dan ook afbreuk aan de door de aanbesteder gewenste tijdzekerheid. Bij de keuze van de bouworganisatievorm zal de aanbesteder zich ook moeten laten leiden door het antwoord op de vraag in welke fase het project zich precies bevindt.

Toelichting

Zie in dit verband ook hoofdstuk 4, waarin wordt ingegaan op een aantal voorvragen die de aanbesteder zichzelf zal moeten stellen over een aantal reeds in het aanbestedingsproces genomen beslissingen.

Wanneer het project zich nog in een betrekkelijk vroege fase bevindt, bestaat er voor de aanbesteder binnen de kaders van de verder nog te overwegen aspecten voldoende keuzevrijheid wat betreft de in het concrete geval te hanteren bouworganisatievorm. Wanneer het project zich daarentegen in een al wat verder gevorderd stadium bevindt, ligt de stap naar de geïntegreerde bouworganisatievorm mogelijk wat minder voor de hand. Dat zal met name het geval zijn wanneer er als gevolg van ontwikkelingen die inmiddels hebben plaatsgevonden, weinig oplossingsvrijheid meer beschikbaar is voor de D&B-aannemer.

Toelichting

Voorbeelden van dergelijke ontwikkelingen zijn hierboven al geschetst in de context van de invloed die door het verloop van ruimtelijke ordeningsprocedures op een project kunnen worden uitgeoefend.

Ook het aspect van de 'gewenste contractduur' is tot slot nog een door de aanbesteder te overwegen aspect binnen de invalshoek tijd. Het belang van de te maken overweging ligt met name bij die gevallen waarin de aanbesteder aarzelt over het aangaan van langdurige contractverhoudingen, bijvoorbeeld omdat onzeker is of ten aanzien van eventueel uit te besteden taken als meerjarig onderhoud en exploitatie in de (nabije) toekomst ontwikkelingen te verwachten zijn die het aangaan van een meer langdurige verhouding minder opportuun maken. In die gevallen ligt de keuze voor DBM, DBFM en DBFMO minder voor de hand.

6.2.5.3 Invalshoek: Kwaliteit

Vanuit de invalshoek 'kwaliteit' zal de aanbesteder de volgende aspecten bij zijn afweging moeten betrekken:

- kwaliteitsgarantie;
- architectonische en ruimtelijke kwaliteit;
- belang van onderhoud.

Gedacht vanuit het aspect 'kwaliteitsgarantie' zal de aanbesteder zich bij het maken van zijn keuze voor de bouworganisatievorm onder andere het volgende moeten realiseren. Wanneer hij kiest voor de traditionele bouworganisatievorm, dan geldt als uitgangspunt dat hij de door de markt op te lossen vraag specificeert door zijn ambities en doelen ten aanzien van het te realiseren project te formuleren. Deze worden vervolgens door een acrhitect of raadgevend ingenieur door middel van technische eisen in bestek en tekeningen vastgelegd.

> ***Toelichting***
>
> *De formulering van ambities en doelen speelt met name in de B&U-sector een belangrijke rol. Zo kunnen bij het (laten) ontwerpen van een gebouw bijvoorbeeld gebruikelijke ambities en doelen zijn: (i) de gebruiker centraal, (ii) een functionele werkomgeving, (iii) een huisvesting met toekomstwaarde, (iv) hoogwaardige architectuur, (v) goede bereikbaarheid en toegankelijkheid, (vi) gezond en duurzaam en/of (vii) een veilige werkomgeving.*

Kwaliteitsgarantie - niet in juridische zin, maar in feitelijke zin - verkrijgt de aanbesteder doordat hij door middel van toezicht kan controleren of het gebouwde aan de vastgelegde functionele en of technische eisen voldoet. Kiest de aanbesteder daarentegen voor een variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm, dan zal hij in zijn vraagspecificatie meer de nadruk gaan leggen op functionele eisen ten aanzien van de door de marktpartij te leveren kwaliteit, in plaats van technische specificaties.

> ***Toelichting***
>
> *Zie in dit verband ook hoofdstuk 6, par. 5.*

Hierdoor komt het accent van het kwaliteitsborgingsproces meer te liggen bij de marktpartij, de D&B-aannemer, die immers aan de aanbesteder moet kunnen laten zien dat de uitwerking van de door hem aangeboden oplossing voldoet aan de functionele specificaties van de aanbesteder. Dat houdt vervolgens in dat de aanbesteder het door de D&B-aannemer te vervaardigen ontwerp alsook de uitvoering daarvan zal moeten (kunnen) beoordelen op basis van de functionele eisen, teneinde voor zichzelf de zekerheid te krijgen dat hij uiteindelijk ook de kwaliteit zal krijgen waar hij om heeft gevraagd. Het is belangrijk dat aanbesteders zich dat laatste aspect goed realiseren alvorens zij beslissen tot toepassing van een variant van de geïntegreerd bouworganisatievorm.

Gesteld dat het aspect 'architectonische en ruimtelijke kwaliteit' een voor de aanbesteder belangrijk aspect is, dan kan dit een reden voor hem zijn om te kiezen voor een variant van de traditionele bouworganisatievorm in de zin dat hij overgaat tot een gescheiden uitbesteding van de ontwerp- en uitvoeringstaak.

> ***Toelichting***
>
> *Onder 'architectonische en ruimtelijke kwaliteit' kunnen in de context van een B&U-project ook kwalitatieve deelaspecten worden begrepen als beeldkwaliteit, de kwaliteit van (bijvoorbeeld) de werkplek, toekomstwaarde en flexibiliteit en organisatorische aspecten die kleven aan de functie van het gebouw.*

Daarmee is overigens niet gezegd dat de aanbesteder het aspect niet zou kunnen (doen) waarborgen binnen de geïntegreerde bouworganisatievorm. Ook D&B-aannemers kunnen immers prima met elkaar concurreren op het vlak van architectonische en ruimtelijke kwaliteit en op die manier meerwaarde voor de aanbesteder creëren. Zou de aanbesteder voor D&B of een andere variant van die vorm willen kiezen, dan is het wel zaak dat hij het belang en gewicht van de architectonische en ruimtelijke kwaliteit van het project tot uitdrukking brengt in zijn vraagspecificatie en met name ook in de formulering van het toe te passen gunningscriterium.

> ***Toelichting***
>
> *Zie daarover ook hoofdstuk 11, par. 4.2 en par. 5.2. De aanbesteder zou in zo'n geval dienen te kiezen voor het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving en de architectonische en ruimtelijke kwaliteit van het te realiseren project tot een belangrijk subcriterium dienen te maken.*

Wanneer het 'onderhoud' van het te realiseren project een voor de aanbesteder belangrijk te overwegen aspect is bij de keuze van de bouworganisatievorm, dan zegt dat iets over de door de aanbesteder gewenste kwaliteit en duurzaamheid van dat project. Hier kan voor de aanbesteder een reden liggen om het meerjarig onderhoud samen met het ontwerp en uitvoering in één hand uit te besteden (DBM), aangezien daarmee het voordeel kan worden bereikt dat een dergelijke integratie van taken in de regel in een milieu- en onderhoudsvriendelijker en efficiënter ontworpen bouwproject zal kunnen resulteren. Maar bij het maken van zo'n keuze zullen natuurlijk ook andere aspecten in de overweging dienen te worden betrokken, bijvoorbeeld de vraag of de aanbesteder zelf over een dienst beschikt die het onderhoud van het project zou kunnen verzorgen. Een ander aspect dat in dit verband kan worden genoemd, is het hierboven reeds besproken aspect van de gewenste contractduur.

6.2.5.4 Invalshoek: Invloed op het project

Vanuit de invalshoek 'invloed op het project' zal de aanbesteder de volgende aspecten bij zijn afweging moeten betrekken:

- detailniveau van de vraagspecificatie;
- gewenste invloed op het project;
- bevoegdheid van de projectorganisatie binnen de eigen organisatie.

Het 'detailniveau van de vraagspecificatie' en de door de aanbesteder 'gewenste invloed op het project' zijn twee belangrijke in overweging te nemen aspecten in het kader van de keuze van de bouworganisatievorm. Hierboven werd al opgemerkt dat het onder omstandigheden verstandig kan zijn om de eisen in de vraagspecificatie waarmee de uitvoerende markt wordt benaderd zoveel mogelijk functioneel te omschrijven - en dus af te zien van gedetailleerde technische eisen - ten einde tot de voor de aanbesteder beste prijs-kwaliteitverhouding te kunnen komen. Vanuit dat perspectief bezien laat de aanbesteder die markt een ruime mate van oplossingsvrijheid, hetgeen als consequentie heeft dat de invloed van de aanbesteder op het project verhoudingsgewijs zal afnemen. Een keuze voor D&B of een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm ligt vanuit dit perspectief bezien dan voor de hand, afhankelijk van de omstandigheden van het

geval. Het operationaliseren van die keuze is niet zonder problemen, zeker niet wanneer de betrokken partijen gewend zijn om vooral te werken binnen de kaders en de cultuur die inherent is aan de traditionele bouworganisatievorm.

Toelichting

Het gaat erom functionele specificaties zodanig te formuleren dat de D&B-aannemer niet te veel beperkt wordt in zijn oplossingsruimte en er voldoende optimalisatie- en innovatiepotentieel in de opdracht blijft bestaan. Vaak echter blijkt de oplossingsruimte voor een D&B-aannemer beperkt omdat uitbesteding door de aanbesteder pas plaatsvindt na de door hemzelf afgeronde definitief ontwerpfase (zie hierover ook par. 5.3.2 hierboven). De achterliggende redenen daarvoor blijken vooral verband te houden met onzekerheden die inherent zijn aan de DO fase (zowel technisch-inhoudelijk als ten aanzien van besluitvorming), waardoor het moeilijk is om op een eerder moment risico's in te schatten en daarmee de financiële randvoorwaarden vast te stellen of een aanbiedingsprijs af te geven. Deze problematiek wordt versterkt doordat zowel de aanbesteder als de D&B-aannemer moeite hebben met het opnemen van een grote mate van vrijheid in de functionele vraagspecificatie. De aanbesteder denkt dat hij de D&B-aannemer niet meer voldoende kan bijsturen en de D&B-aannemer heeft behoefte aan commitment (bijvoorbeeld bestuurlijk) van de aanbesteder en wil een bepaalde mate van verantwoordelijkheid bij de laatste laten liggen.

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Het is gelet op het bovenstaande belangrijk dat aanbesteders zich realiseren wat de keuze voor D&B voor hen precies betekent - en ook wat het niet betekent - vanuit het perspectief van de aspecten 'detailniveau van de vraagspecificatie' en 'gewenste invloed op het project'

Toelichting

Ook bij de keuze voor D&B of een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm moet de aanbesteder het ontwerpproces kunnen aansturen. Sturing betekent dan echter niet meer het tot in de detail bepalen van de inhoud van het ontwerp. De aanbesteder zal het ontwerpproces op een hoger niveau moeten gaan aansturen op basis van constructieprincipes en functionele specificaties die zijn opgenomen in de vraagspecificatie. Daarbij moet dat sturen dan vooral in het teken staan van de beantwoording van de vraag wat de aanbesteder uiteindelijk aan output wenst te bereiken en niet hoe dat wordt bereikt. (Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005). Zoals hierboven al in het kader van andere te overwegen aspecten is opgemerkt, vraagt deze andere benadering om een deskundige aanbesteder die in staat is te beoordelen of de door de marktpartij geleverde kwaliteit beantwoordt aan de in de vraagspecificatie opgenomen functionele eisen.

Daarnaast zal de aanbesteder zich bij de keuze voor D&B of een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm moeten afvragen of en in hoeverre er de kans bestaat dat als gevolg van voortschrijdend inzicht en veranderende behoeften zijn eisen en wensen ten aanzien van het project gedurende de realisatie daarvan kunnen veranderen.

Toelichting

Op zichzelf genomen kan de aanbesteder ook bij de keuze voor D&B of een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm tussentijds actief invloed op de realisatie van het proces uitoefenen wanneer dat als gevolg van gewijzigde inzichten wat betreft de gewenste kwaliteit nodig mocht zijn. In dat geval dient de aanbesteder daarvoor een voorziening te treffen binnen de bijbehorende contractvorm. De aanbesteder dient zich daarbij echter wel te realiseren dat hij, door op die manier tussentijds invloed uit te oefenen op de door de D&B-aannemer te verrichten ontwerptaak, mogelijk niet alleen een deel van de verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid van het ontwerp naar zich toetrekt, maar daarmee bovendien afbreuk doet aan zijn eventuele behoefte aan prijszekerheid.

Zeker wanneer de kans groot is dat als gevolg van tal van onzekerheden tussentijds belangrijke aanpassingen van de vraagspecificatie zullen gaan plaatsvinden, ligt een keuze voor de traditionele bouworganisatievorm meer voor de hand. Wanneer er daarentegen kansen liggen voor de aanbesteder om in samenwerking met de markt het hiervoor bedoelde risico te beheersen en te beperken, dan zou ook kunnen worden gedacht aan een keuze voor alliantie.

De 'bevoegdheid van de projectorganisatie binnen de eigen organisatie' is tot slot nog een te noemen aspect dat voor de aanbesteder eveneens relevant kan zijn vanuit de invalshoek 'invloed op het project'. Met name wanneer de projectorganisatie aan de zijde van de aanbesteder onvoldoende mandaat krijgt van haar moederorganisatie, in de zin dat de projectorganisatie veelvuldig tot interne en tijdrovende terugkoppelingen moet overgaan, neemt het risico van vertraging in de voortgang van het project toe. Het gaat hier om een aspect dat de aanbesteder dient te overwegen in samenhang met het belang dat hij eventueel hecht aan het aspect van de gewenste tijdzekerheid.

6.2.5.5 Invalshoek: Complexiteit

Vanuit de invalshoek 'complexiteit' zal de aanbesteder de volgende aspecten bij zijn afweging moeten betrekken:

- productcomplexiteit;
- procescomplexiteit;
- (gewenste) scope van het project;
- uniciteit van het project;
- optimalisatiepotentieel.

De 'productcomplexiteit' van een te realiseren project wordt onder andere bepaald door de mate waarin een project technologisch vooruitstrevend is en/of het aantal onderdelen waaruit het te realiseren project bestaat. Naarmate de productcomplexiteit van het te realiseren project toeneemt, kan het vanuit dat aspect bezien minder voor de hand liggen om te opteren voor de traditionele bouworganisatievorm.

Toelichting

Met name bij complexe projecten kan het wenselijk zijn om marktpartijen in een vroeg stadium te betrekken. Daar kunnen verschillende redenen voor zijn. Denkbaar is dat publieke partijen zelf niet volledig risicodragend willen zijn, te plegen investeringen niet alleen kunnen opbrengen of dat ze over onvoldoende know how beschikken.

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Voorbeeld

In Nederland is in het kader van de realisatie van diverse geboorde tunnels afgestapt van het gebruik van de traditionele bouworganisatievorm, omdat bij de realisatie van die projecten - voor Nederlands althans - innovatieve boortechnieken werden toegepast waarvoor geen standaardontwerpen bestonden. Juist omdat hierdoor meer werd gevraagd van het ontwerpproces en er een sterke samenhang met het uitvoeringsproces bestond, lag de optie voor het gebruik van een geïntegreerde bouworganisatievorm - in dit geval D&B - voor de hand.

Er is sprake van 'procescomplexiteit' wanneer het te realiseren project raakvlakken heeft met andere projecten, er veel omgevingsonzekerheden bestaan en er veel actoren bij het project betrokken zijn. Met name bij een hoge procescomplexiteit is de kans op ontwerpwijzingen en wijzigingen in de uitvoering groter doordat sprake is van onzekerheden in de conditionering (grondverwerving, vergunningverlening, kabels en leidingen) die grote invloed kunnen uitoefenen op het ontwerpproces.

Bron

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Gegeven een hoge mate van procescomplexiteit in het concrete geval zou een keuze voor de traditionele bouworganisatievorm op het eerste gezicht voor de hand liggen, met name omdat het wenselijk is dat overheidsaanbesteders vanuit hun publieke verantwoordelijkheid meer direct invloed houden op het te realiseren project. Aan de andere kant is het echter zo dat met die keuze voor de traditionele bouworganisatievorm juist de mogelijkheid wordt beperkt dat marktpartijen vanuit hun ervaring en expertise een bijdrage leveren aan het beheersen van bepaalde procesrisico's. Een verstandige tussenoplossing zou dan kunnen zijn om te opteren voor een alliantie.

Toelichting

De bouworganisatievorm D&B is minder geschikt omdat wijzigingen gedurende het ontwerp- en bouwproces ervoor zorgen dat een duidelijk referentiekader ontbreekt op basis waarvan het ontwerp door de D&B-aannemer uitgewerkt kan worden en wijzigingen achteraf leiden tot meerwerkclaims die geen 'value for money' opleveren. In zo'n situatie is in het ontwerp- en bouwproces sprake van veel 'grijze' risico's - risico's waarbij oorzaak en gevolg het meest kostenefficiënt beheerst kunnen worden door opdrachtgever én opdrachtnemer - wat het interessant maakt om gezamenlijk risicodragend samen te werken in een alliantie.

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Vanuit de invalshoek 'complexiteit' kan als nader te overwegen aspect nog worden gewezen op de '(gewenste) scope van het project', meer in het bijzonder de mogelijke schaalvoordelen die de aanbesteder kan bereiken.

Voorbeeld

Schaalvoordelen kunnen bijvoorbeeld worden bereikt door gelijksoortige opdrachten samen te voegen, bijvoorbeeld gebiedsgerichte onderhoudscontracten. Het voordeel hiervan is dat versnippering van onderhoudscontracten in een netwerkstructuur kan worden tegengegaan en daarmee een toename van interface risico's wordt voorkomen. Schaalvoordelen kunnen verder worden bereikt door projectfases te integreren (D, B, M en F), door het vergroten van de financiële schaal (combineren van infrastructuurinvesteringen met de opbrengsten uit vastgoedontwikkeling) of door het zogenoemde 'portfolio aanbesteden'. Wanneer een opdrachtgever meerdere opdrachten voor een langere periode in een portfolio aanbesteedt, heeft de opdrachtnemer meer zekerheid over zijn orderportefeuille, kan hij werkcapaciteit efficiënt inzetten en kan de continuïteit van zijn bedrijfsvoering beter worden gewaarborgd. Als voorbeeld kan genoemd worden het tegelijk aanbesteden van een groot aantal spoorwegovergangen in dezelfde regio.
Voor al deze voorbeelden van schaalvoordelen geldt dat synergievoordelen kunnen worden benut als gevolg waarvan de totale kosten van een project (transactiekosten en kosten voor ontwerp, bouw, financiering, beheer en onderhoud) kunnen worden verlaagd.

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Door schaalvoordelen te creëren wordt verwacht dat marktpartijen tot scherpere inschrijvingen worden gestimuleerd. Een aandachtspunt is dan overigens wel dat er voldoende partijen dienen te zijn die het project aan kunnen, zodat er niet alleen voldoende concurrentie bestaat maar er ook daadwerkelijk scherpe inschrijvingen kunnen worden verwacht.

Toelichting

In zo'n geval zal de aanbesteder ook eventuele aanbestedingsrechtelijke bezwaren in zijn overwegingen dienen te betrekken. Zie in dit verband in algemene zin par. 6.2.4.3 en in het bijzonder hoofdstuk 6, par. 4.3.2 inzake disproportionele vraagspecificaties.

De aanbesteder dient zich tegelijkertijd te realiseren dat met een toename van de schaalvoordelen de product- en/of procescomplexiteit kan toenemen, waardoor hij te maken kan krijgen met de eerder in deze paragraaf benoemde overwegingen. Ook is het zo dat er onder omstandigheden ook voordelen kunnen worden gerealiseerd door juist niet in te zetten op schaalvergroting.

Voorbeeld

De keuze om geen schaalvergroting toe te passen kan gelegen zijn in het feit dat bij zeer grote projecten opdeling in kleinere deelprojecten als voordeel heeft dat het project hanteerbaar en bestuurbaar kan worden gemaakt.

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Een ander in dit verband te overwegen aspect is de 'uniciteit van het project'. Sommige projecten zijn uniek in de zin dat zij zelden of nooit eerder zijn gerealiseerd. Dat kan betekenen dat er nauwelijks kennis aanwezig is bij de aanbesteder en/of bij de marktpartijen terzake de realisatie van dergelijke projecten. Het is ook denkbaar dat er bij één van partijen juist veel specifieke kennis aanwezig is. Afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval zal nu eens de ene en dan weer de andere bouworganisatievorm het meest geïndiceerd zijn.

Toelichting

Wanneer het unieke project in technisch opzicht sterk verband houdt met de core business van de aanbesteder zelf en er in de markt juist weinig tot geen kennis over die core business aanwezig is, ligt het voor de hand dat de aanbesteder kiest voor de traditionele bouworganisatievorm. Gaat het daarentegen om het realiseren van een project waarvoor het de aanbesteder aan kennis ontbreekt en waarbij noodzakelijke specifieke kennis juist wel in de markt aanwezig is, dan ligt het weer meer voor de hand de markt vroeg in het proces te betrekken en te kiezen voor een van de varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm. Zijn beide partijen daarentegen onvoldoende deskundig, dan zou wellicht kunnen worden geopteerd voor een alliantie.

Dat het uiteindelijk aankomt op de specifieke omstandigheden van het geval, laat overigens zien hoe belangrijk het is dat de aanbesteder kennis heeft van de markt en dat ook dat dus een belangrijk in de overwegingen te betrekken aspect is. Zie daarvoor ook par. 6.2.4.1.

Afhankelijk van het antwoord op de vraag of een project over 'optimalisatiepotentieel' beschikt, kunnen verschillende bouworganisatievormen in beeld komen. Allereerst is het zo dat bij de keuze voor de traditionele bouworganisatievorm de aanbesteder het ontwerp zou kunnen optimaliseren door middel van 'value engineering'. Maar wanneer er (daarnaast) ook mogelijkheden zijn voor de marktpartij om vanuit zijn specifieke kennis het ontwerp te optimaliseren en daarmee de prijs/kwa-

liteitverhouding van het project te doen stijgen, ligt het weer meer voor de hand die partij eerder in het proces te betrekken en komt een variant van de geïntegreerde bouwcontractvorm in beeld.

Toelichting

Hierbij kan met name worden gedacht aan D&B. De integratie van ontwerp en bouw met beheer en onderhoud - en dus de keuze voor DBM, DBFM of DBFMO - lijkt met name interessant wanneer veel optimalisatiepotentieel aanwezig is in de exploitatiefase. De 'life cycle' benadering kan worden toegepast, waarbij dan bij het maken van ontwerpkeuzes en keuzes voor kapitaalinvesteringen meer rekening wordt gehouden met de operationele kosten in de beheerfase.

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Bij 'standaardprojecten' ligt het wat minder voor de hand - althans niet vanuit het perspectief van optimalisatiepotentieel - om gebruik te maken van een andere bouworganisatievorm dan de traditionele. Dergelijke projecten zijn technisch niet complex en er bestaat over het algemeen uitgebreide ervaring mee, waardoor er niet in alle gevallen ruimte voor optimalisatie zal bestaan.

6.2.5.6 Invalshoek: Risico's

Vanuit de invalshoek 'risico's' zal de aanbesteder het belangrijke aspect 'risicobeheersing' bij zijn te maken afweging dienen te betrekken. Risico's kunnen zich in alle fasen van het bouwproces voordoen en een aanbesteder zal zich van geval tot geval moeten afvragen welke risicoallocatie hij vanuit een oogpunt van risicobeheersing in het concrete geval het meest wenselijk vindt.

Toelichting

Er zijn wat dat betreft drie opties denkbaar. Een risico wordt bij een marktpartij ondergebracht, de aanbesteder blijft zelf verantwoordelijk voor het risico, of het risico wordt door aanbesteder en marktpartij gezamenlijk gedragen. De laatste optie lijkt met name geëigend wanneer sprake is van zogenoemde 'grijze' risico's. Dergelijke risico's doen zich voor in twee gedaanten: (1) risico's waarvoor een partij de meeste invloed kan uitoefenen op het optreden ervan, terwijl de andere partij de meeste invloed kan uitoefenen op de consequenties en (2) risico's die het gevolg kunnen zijn van meerdere oorzaken waarbij de verantwoordelijkheid bij verschillende partijen ligt.

Zie: PSIBouw, Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën, Gouda 2005.

Bij de keuze van de wijze van risicoallocatie is het raadzaam dat de aanbesteder zich zoveel mogelijk laat leiden door het principe dat risico's toegedeeld moeten worden aan de partij die deze het meest kostenefficiënt kan beheersen.

Toelichting

Vanuit de toepassing van dit principe in het concrete geval kunnen over het algemeen ook keuzes worden gemaakt voor wat betreft de toe te passen bouworganisatievorm. De volgens het principe te alloceren risico's zijn in de regel immers verbonden met een of meer van de taken van het bouwproces die moeten worden uitgevoerd. Het antwoord op de vraag wie een bepaalde taak zou moeten uitvoeren wordt ook ingegeven door het antwoord op de vraag wie van partijen de met die taakuitoefening gemoeide risico's het meest kostenefficiënt zou kunnen beheersen.

Het principe laat overigens onverlet dat een overheidsaanbesteder vanuit diens maatschappelijke verantwoordelijkheid sommige risico's het liefst zelf zal willen beheersen, ook wanneer toedeling van het risico aan de markt op grond van het hiervoor genoemde principe meer voor de hand zou liggen. Ook het omgekeerde is denkbaar, namelijk dat de aanbesteder risico's aan de markt toedeelt - vooropgesteld overigens dat de markt die ook daadwerkelijk kan beheersen - omdat hij graag 'ontzorgd' wil worden, niettegenstaande het feit dat de aanbesteder zelf uitstekend in staat is het betreffende risico te beheersen en te dragen. Zo'n aanbesteder dient zich dan overigens wel te realiseren dat zo'n risicoverschuiving suboptimaal is vanuit het perspectief van kostenefficiency en geen 'value for money' oplevert.

Hoe de vraag te specificeren?

6

Managementsamenvatting

Wat is het doel van dit hoofdstuk?

- **Het doel van dit hoofdstuk is aanbesteders te helpen bij het nemen van beslissingen over de vraagspecificaties die zij door middel van een aanbesteding in de markt zetten.**

Hoe kunnen vraagspecificaties van elkaar worden onderscheiden?

- **Eisen in een vraagspecificatie kunnen technisch gedetailleerd zijn, maar kunnen ook in functionele termen zijn beschreven. Niet alle vraagspecificaties in de bouw zijn dus hetzelfde.**
- **In de kern komen de verschillen er op neer dat een marktpartij, die door een aanbesteder wordt gecontracteerd met het oog op het oplossen van een vraag, als gevolg van de wijze waarop de eisen in de vraagspecificatie zijn geformuleerd meer dan wel minder oplossingsvrijheid krijgt.**

Aan welke juridische randvoorwaarden is een aanbesteder gebonden bij het nemen van beslissingen ten aanzien van de vraagspecificatie?

- **Een aanbesteder is juridisch vrij om te bepalen op welk detailniveau hij de eisen van de vraagspecificatie zal specificeren. Interne beleidsrichtlijnen die binnen diens organisatie gelden kunnen een bepaald detailniveau van de eisen in de vraagspecificatie verbieden of juist dwingend voorschrijven.**
- **Het is in beginsel niet verboden dat een marktpartij als inschrijver aan een aanbesteding deelneemt en tegelijkertijd direct dan wel indirect in de voorbereiding van de aanbesteding als adviseur betrokken is geweest bij het formuleren van de vraagspecificatie, vooropgesteld echter dat de betreffende inschrijver als gevolg van die betrokkenheid geen informatievoorsprong heeft gekregen op punten die wezenlijk zijn voor het formuleren van zijn inschrijving.**
- **Het aanbestedingsrecht staat er niet aan in de weg dat een aanbesteder ongevraagd kennis neemt van in Eigen Initiatieven vervatte ideeën en plannen van marktpartijen. Een aanbesteder kan echter niet overgaan tot enkelvoudige gunning van een project aan de indiener van het Eigen Initiatief.**
- **De vrijheid van de aanbesteder om de eisen in de vraagspecificatie naar eigen inzicht te formuleren, is niet onbeperkt. De in de vraagspecificatie geformuleerde eisen mogen niet tot een ongeoorloofde beperking van de mededinging leiden en dienen proportioneel te zijn. De aanbesteder is bovendien verplicht de eisen in de vraagspecificatie zodanig te formuleren dat die eisen de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure gelijke toegang bieden. Het bieden van gelijke kansen dient ook te worden gewaarborgd nadat de aanbesteder de vraagspecificatie heeft bekendgemaakt.**
- **Binnen een aantal juridische randvoorwaarden is de aanbesteder vrij om te bepalen welke eisen hij wenst op te nemen in de vraagspecificatie. Dat geldt ook voor de methode met behulp waarvan hij de eisen specificeert, alsook het detailniveau waarop de eisen moeten zijn gespecificeerd alvorens de vraagspecificatie door middel van een aanbestedingsprocedure in de markt wordt gezet.**

Wanneer zijn beslissingen ten aanzien van de vraagspecificatie doelmatig?

- **Wat betreft het bepalen van het gewenste detailniveau van de vraagspecificatie zal de aanbesteder zich uit een oogpunt van doelmatigheid in belangrijke mate kunnen laten leiden door dezelfde overwegingen als die waardoor hij zich laat leiden bij het maken van zijn keuze voor de toe te passen bouworganisatievorm.**
- **Het voorgaande betekent dat wanneer in het concrete geval de traditionele bouworganisatievorm is geïndiceerd, de eisen door of namens de aanbesteder tot een technisch gedetailleerd niveau zullen worden gespecificeerd, ongeacht de binnen deze bouworganisatievorm gekozen modaliteit.**
- **Bij de geïntegreerde bouworganisatievorm ligt de zaak anders. In dat geval namelijk worden de eisen in de op te lossen vraag van de aanbesteder - alvorens deze tot aanbesteding overgaat - gespecificeerd tot een niveau dat kan variëren tussen een functioneel programma van eisen enerzijds en definitief ontwerp anderzijds.**

1 Inleiding

Een belangrijke kwestie waarover een aanbesteder in de bouw in het kader van een aanbestedingsproces een aantal beslissingen zal moeten nemen, heeft betrekking op de vraagspecificatie die hij voornemens is in de markt te zetten. Het doel van dit hoofdstuk is aanbesteders te helpen bij het nemen van die beslissingen. In dat kader zal allereerst worden aangegeven wat in de Leidraad precies wordt bedoeld met het begrip 'vraagspecificatie' *(par. 2)*. Daarna zal worden ingegaan op de vraag waarom het belangrijk is dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over verschillende aspecten die verband houden met de vraagspecificatie *(par. 3)*. Vervolgens komt een aantal juridische randvoorwaarden aan bod waarmee een aanbesteder mogelijk rekening zal dienen te houden wanneer hij beslissingen neemt in de context van de vraagspecificatie *(par. 4)*. Gegeven die juridische randvoorwaarden, wordt tot slot nog ingegaan op de vraag tot welk detailniveau de aanbesteder de eisen in het concrete geval vanuit een oogpunt van doelmatigheid het beste kan specificeren alvorens de markt wordt benaderd door middel van een aanbestedingsprocedure *(par. 5)*.

2 Wat is een 'vraagspecificatie'?

In deze Leidraad wordt er van uitgegaan dat een aanbesteder in de bouw een door de markt op te lossen vraag formuleert door middel van een vraagspecificatie. Zoals in hoofdstuk 1, *par. 1.1.* is duidelijk gemaakt, gaat de Leidraad er bovendien van uit dat het oplossen van zo'n vraag - en dus ook de vraagspecificatie - in ieder geval betrekking heeft op de uitvoering van een werk, al dan niet in combinatie met het leveren van andere prestaties. Wanneer in de Leidraad van 'vraagspecificatie' wordt gesproken, gaat het dus niet om het document dat de aanbesteder gebruikt als basis voor het inhuren van een adviseur, die vervolgens enkel de opdracht krijgt een vraagspecificatie op te stellen en/of uit te werken.

De aanbesteder formuleert de vraagspecificatie of - zeker als het om een B&U-project gaat - laat dat doen door een architect of een raadgevend ingenieur, door de op te lossen vraag te (laten) omschrijven aan de hand van eisen.

Toelichting

Het formuleren van de vraagspecificatie is een stap die door de aanbesteder moet worden gezet, ongeacht of hij kiest voor de traditionele of de geïntegreerde bouworganisatievorm dan wel voor de alliantie. Zie in dit verband ook de toelichting op het verloop van een ontwerpproces in hoofdstuk 5, par. 5.3.2. Afhankelijk van de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm zal de vraagspecificatie echter een ander karakter hebben.

In het kader van de aanbestedingsprocedure vormen die eisen vervolgens de basis van de inschrijvingen die door inschrijvers worden ingediend.

Toelichting

Vanuit dit (aanbestedingsrechtelijk) perspectief staat het begrip 'vraagspecificatie' op één lijn met de begrippen 'bestek' zoals die worden gebruikt in de Europese aanbestedingsrichtlijnen, het Bao en het Bass en in art. 1.1.1 sub d ARW 2005. Het begrip 'eisen' staat vervolgens op een lijn met het begrip 'technische specificaties' zoals dat wordt gebruikt in art. 23 Algemene Richtlijn en in art. 1 sub ll Bao en in art. 1.1.1 sub aa ARW 2005.

Nadat de aanbestedingsprocedure heeft geleid tot het sluiten van een contract met één van die inschrijvers, ontstaat voor deze inschrijver de verplichting een prestatie te leveren die beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie.

Eisen kunnen gedetailleerd zijn, in de zin dat ze tot in detail beschrijven waaraan (onderdelen van) de door de aannemer te leveren prestatie dient te voldoen. Dat fenomeen doet zich bijvoorbeeld voor wanneer aanbesteder en aannemer in het kader van de traditionele bouworganisatievorm met elkaar contracteren op basis van een STABU- of RAW-bestek.

Toelichting

Zie voor een toelichting op de traditionele bouworganisatievorm hoofdstuk 5, par. 5.2. De vraagspecificatie wordt in dat geval in de regel aangeduid als 'bestek'. Doordat bij de totstandkoming van dat bestek het ontwerp gereed is, beschrijft het bestek het te realiseren bouwwerk gedetailleerd in technische eisen waaraan onderdelen van het werk en de werkzaamheden dienen te voldoen. De aanbesteder of diens architect of raadgevend ingenieur draagt in zo'n geval de verantwoordelijkheid voor de juiste vertaling van het ontwerp naar die technische eisen, hetgeen ook tot uitdrukking wordt gebracht in § 5 lid 2 UAV 1989 die in de regel van toepassing wordt verklaard op het tussen aanbesteder en aannemer gesloten contract.

Eisen behoeven overigens niet altijd technisch gedetailleerd te zijn. In een vraagspecificatie kunnen eisen ook in functionele termen zijn beschreven, in de zin dat ze aangeven welke eisen aan het functioneren van (de verschillende onderdelen van) het bouwwerk worden gesteld. Met zo'n vraagspecificatie wordt aan de aannemer een bepaalde mate van oplossingsvrijheid en daarmee ook een bepaalde mate van ontwerpverantwoordelijkheid gegeven.

Toelichting

Dit is in de kern de gedachte achter geïntegreerde bouwcontracten waarop de UAVgc 2005 van toepassing wordt verklaard. In zo'n geval wordt, behalve de uitvoeringsverantwoordelijkheid, ook de ontwerpverantwoordelijkheid geheel of gedeeltelijk bij de ontwerpende aannemer gelegd. Om deze reden zal een vraagspecificatie bij voorkeur zo min mogelijk technische eisen bevatten, omdat die veelal voortkomen uit een ontwerpproces. In een vraagspecificatie zijn de eisen daarom zoveel mogelijk in functionele termen beschreven. Veelal worden in de vraagspecificatie echter ook eisen opgenomen die veel gedetailleerder beschrijven waar de te leveren prestatie aan dient te voldoen. Deze beschrijven vaak de constructie, de techniek of de materialen. Hiermee wordt door de aanbesteder een deel van de ontwerpverantwoordelijkheid weer teruggenomen. Om de markt zoveel mogelijk oplossingsruimte te geven zodat de aanwezige kennis maximaal wordt benut teneinde tot de meest optimale oplossing te komen, wordt het gebruik van gedetailleerde eisen op een laag niveau zoveel mogelijk beperkt.

Niet alle vraagspecificaties in de bouw zijn dus hetzelfde. In de kern komen de verschillen er op neer dat een marktpartij, die door een aanbesteder wordt gecontracteerd met het oog op het oplossen van een vraag, als gevolg van de wijze waarop de eisen in de vraagspecificatie zijn geformuleerd meer dan wel minder oplossingsvrijheid krijgt.

3 Waarom dient de vraagspecificatie goed te zijn doordacht?

In *par. 3.1* van hoofdstuk 5 is al opgemerkt dat het in elk bouwproces uiteindelijk telkens weer draait om het bereiken van het resultaat dat de aanbesteder met dat proces voor ogen heeft.

Toelichting

In dat verband is er nog eens op gewezen dat het resultaat op hoofdlijnen zou kunnen worden omschreven in termen van kwaliteit, kosten en tijd en dat een aanbesteder wat deze aspecten betreft de accenten telkens weer anders zou kunnen leggen.

Gegeven het resultaat dat hij voor ogen heeft en gegeven de accenten die hij zal willen leggen, zal de aanbesteder voor een bepaalde procesinrichting dienen te kiezen. Een belangrijke vraag die hij in dat verband bijvoorbeeld in het kader van het aanbestedingsproces zal moeten beantwoorden, heeft betrekking op de keuze van de bouworganisatievorm.

Toelichting

Te beantwoorden vragen in dat verband zijn bijvoorbeeld welke taken van het bouwproces de aanbesteder zelf wil, kan en mag vervullen, en welke taken hij aan een of meer marktpartijen wil, kan en mag uitbesteden, zie par. 2.1 en par. 3.1 van hoofdstuk 5.

De door de aanbesteder in het concrete geval gekozen bouworganisatievorm zegt iets over de aard en omvang van de taken van de verschillende partijen die aan het bouwproces deelnemen. De aard en inhoud van de vraagspecificatie in het concrete geval moet uiteindelijk in het verlengde liggen van die bouworganisatievorm. Doordat vraagspecificaties - zoals aan het einde van de vorige paragraaf werd geconcludeerd - van elkaar verschillen wat betreft de mate van oplossingsvrijheid die zij aan de markt bieden, moet elke vraagspecificatie een reflectie zijn van de aard en omvang van de invloed op het bouwproces zoals de aanbesteder die voor zichzelf en voor de door hem ingeschakelde marktpartij ziet weggelegd.

Voorbeeld

Het is niet consistent wanneer een aanbesteder kiest voor DBFM en in dat kader een bestek met louter gedetailleerde technische eisen in de markt zet.

Een aanbesteder dient de vraagspecificatie en de daarin op te nemen eisen niet alleen goed te doordenken vanuit de consistentie met de gekozen bouworganisatievorm, maar ook vanuit het perspectief van beslissingen die hij moet nemen ten aanzien van een aantal andere belangrijke aspecten van het aanbestedingsproces.

Toelichting

Zie hoofdstuk 3, par. 2.10 en hoofdstuk 5, par. 3.2, waarin is gewezen op de samenhang tussen beslissingen die de aanbesteder in de aanbestedingsfase neemt terzake de aspecten bouworganisatievorm, vraagspecificatie, contractvorm, aanbestedingsprocedure, informatie-uitwisseling en gunningscriterium. In de hoofdstukken waarin deze aspecten aan de orde komen - de hoofdstukken 7 t/m 11 - zal nog nader op die onderling consistente afstemming worden ingegaan. Een voorbeeld van een inconsistente afstemming betreft bijvoorbeeld het formuleren van een subcriterium, als onderdeel van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, zonder dat dat subcriterium enige relatie vertoont met een in de vraagspecificatie opgenomen eis. Zie hoofdstuk 11, par. 4.2.1.2, par. 5.1 en par. 5.2.1.

Behalve dat het belangrijk is dat een aanbesteder de consistentie tussen de keuze van de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie en andere materiële aspecten van het aanbestedingsproces goed in het oog houdt, is een goed doordachte vraagspecificatie ook op zichzelf genomen een belangrijk onderdeel van de procesinrichting die een aanbesteder kiest om het door hem met het bouwproces beoogde resultaat te kunnen verwezenlijken.

Toelichting

Zoals reeds bleek in par. 6.1 van hoofdstuk 5 heeft onderzoek uitgewezen dat aanbesteders zich niet altijd realiseren dat ze er vaak beter aan zouden doen de in de markt te zetten vraag zodanig te specificeren dat daarmee zoveel mogelijk oplossingsvrijheid voor de markt ontstaat. Dat biedt namelijk mogelijkheden voor de markt om meerwaarde te leveren als gevolg waarvan tal van belangen nog beter kunnen worden gediend. In zoverre kan natuurlijk worden opgemerkt dat de overwegingen van de aanbesteder in het concrete geval terzake de oplossingsvrijheid die hij aan de markt wil laten op hun beurt weer van invloed zijn op de uiteindelijke keuze van de bouworganisatievorm. Zie in dat verband ook par. 6.2.5.4 van hoofdstuk 5, meer in het bijzonder het aspect 'detailniveau van de vraagspecificatie'.

Een aanbesteder dient zich ook het volgende goed te realiseren wanneer hij een vraagspecificatie opstelt of laat opstellen door een architect of raadgevend ingenieur. Afhankelijk van het detailniveau van de vraagspecificatie beschikt de marktpartij binnen het kader van de eisen van de vraagspecificatie over een bepaalde mate van (oplossings)vrijheid om te kunnen bepalen 'wat' hij moet bouwen, installeren of aanleggen en 'hoe' hij dat precies moet doen. Aangezien invloed en verantwoordelijkheid in elkaars verlengde liggen, kan worden gesteld dat de verantwoordelijkheid van de marktpartij toeneemt naarmate deze in de vraagspecificatie meer oplossingsvrijheid krijgt toebedeeld. Maar het omgekeerde is natuurlijk eveneens het geval. Hoe meer de aanbesteder de oplossingsvrijheid van de marktpartij aan banden legt, des te meer verantwoordelijkheid hij naar zichzelf toetrekt.

Toelichting

Een adequate omschrijving van de vraagspecificatie is ook overigens van belang, omdat de aanbesteder bij gebreke daaraan mogelijk wordt beknot in diens verhaalsmogelijkheden jegens de marktpartij aan wie hij de uitvoering van de opdracht heeft opgedragen.

Een volgende reden om vooraf goed na te denken over de vraagspecificatie, is dat het aanbestedingsrecht grenzen kan stellen aan beslissingen die een aanbesteder terzake neemt. Onduidelijke, disproportionele of zelfs discriminerende eisen in een vraagspecificatie kunnen strijdigheid opleveren met aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit en om die reden onderwerp van een juridische procedure worden.

Toelichting

In par. 4 wordt hierna meer uitvoerig ingegaan op de juridische randvoorwaarden die een aanbesteder in het kader van de vraagspecificatie in acht zal hebben te nemen.

Een extra reden die in dit verband nog kan worden genoemd, is dat het in de regel juridisch niet zal zijn toegestaan - en ook overigens minder professioneel is - om in de loop van een aanbestedings-

procedure eenmaal bekendgemaakte eisen aan te passen, ongeacht of daar vanuit een oogpunt van doelmatigheid iets voor te zeggen zou zijn.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 Detailniveau van de vraagspecificatie is juridisch vrijgelaten

Een aanbesteder is vrij om te bepalen op welk detailniveau hij de eisen van de vraagspecificatie zal specificeren. Daarmee wordt bedoeld dat er geen wet- en regelgeving bestaat waarmee de aanbesteder in dit verband rekening zou moeten houden. Wel is het zo dat in de considerans van de Europese aanbestedingsrichtlijnen een tamelijk prominente positie wordt toebedeeld aan het specificeren van eisen in functionele termen.

Bron

Considerans 29 van de Algemene Richtlijn stelt bijvoorbeeld: "De door de aanbestedende diensten opgestelde technische specificaties moeten de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging mogelijk maken; daartoe moet het mogelijk zijn inschrijvingen in te dienen waarin de diversiteit van de technische oplossingen tot uiting komt. Te dien einde moeten enerzijds de technische specificaties kunnen worden opgesteld in termen van prestaties en functionele eisen (...)."

Deze considerans lijkt een aansporing aan aanbesteders te zijn om zoveel als mogelijk over te gaan tot het hanteren van functionele eisen. Dat het hier echter niet om een verplichting gaat, blijkt overigens uit art. 23 lid 3 Algemene Richtlijn dat overeenkomt met art. 23 lid 3 Bao en met art. 2.5.2, art. 3.5.2, art. 4.6.2, art. 5.6.2 en art. 6.3.2 ARW 2005. In die bepalingen wordt de aanbesteder namelijk impliciet de keuze gelaten wat betreft het detailniveau waarop hij de eisen in de vraagspecificatie uitwerkt alvorens de vraagspecificatie in de markt te zetten. Andersluidende nationale voorschriften, waar de bepaling op doelt, bestaan er niet.

NB: Het begrip 'technische specificaties' zoals dat in de Europese aanbestedingsrichtlijnen wordt gebruikt, heeft in dat kader een wat andere betekenis dan die welke hierboven in par. 2 van dit hoofdstuk aan dat begrip werd gegeven. Daar werd het begrip immers nevenschikkend gebruikt ten opzichte van het begrip 'functionele eisen'. In de context van de Europese aanbestedingsrichtlijnen heeft het begrip 'technische specificaties' een veel ruimere betekenis en omvat het begrip in feite alle soorten van eisen, waaronder ook functionele eisen.

Denkbaar is overigens dat de aanbesteder bij het bepalen van het detailniveau van de eisen van de vraagspecificatie wél wordt beperkt door interne beleidsrichtlijnen die binnen diens organisatie gelden en die een bepaald detailniveau van de eisen in de vraagspecificatie verbieden of juist dwingend voorschrijven.

4.2 Mag een marktpartij worden betrokken bij het specificeren van de vraag?

4.2.1 Opmerkingen vooraf

Een vraag met grote praktische relevantie betreft de juridische toelaatbaarheid van de betrokkenheid van een in de aanbestede opdracht betrokken marktpartij bij het formuleren van de vraagspecificatie van die opdracht. Het spanningsveld dat zich hier doet gevoelen moge duidelijk zijn.

Toelichting

Aan de ene kant heeft een aanbesteder er vanuit een oogpunt van doelmatigheid belang bij dat hij zich bij de voorbereiding van een aanbesteding kan oriënteren op datgene wat de markt te bieden heeft. In het kader van zo'n oriëntatie zal hij contact willen hebben met marktpartijen die mogelijk overwegen deel te nemen aan de aanbesteding die wordt voorbereid. Dergelijke contacten kunnen mogelijk invloed hebben op de inhoud van de vraagspecificatie die de aanbesteder met het oog op die aanbesteding formuleert. De aanbesteder zal die vraagspecificatie immers zo goed mogelijk willen laten aansluiten op hetgeen de markt aan oplossingen te bieden heeft, terwijl de individuele marktpartijen in de voorbereidingsfase juist zullen willen proberen de aanbesteder te overtuigen van de kwaliteit van de oplossingen die zij kunnen bieden.

Aan de andere kant is het zo dat aan dergelijke contacten in de voorbereiding van een aanbesteding onmiskenbaar het risico kleeft dat een bepaalde marktpartij wordt bevoordeeld. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer deze de gelegenheid krijgt om invloed uit te oefenen op de formulering van de eisen in de vraagspecificatie en hij vervolgens als inschrijver deelneemt aan de aanbesteding van een op die vraagspecificatie gebaseerde opdracht.

Alvorens op deze materie verder in te gaan, kan worden vooropgesteld dat contacten tussen aanbesteders en marktpartijen in de voorbereiding van een aanbesteding in hun algemeenheid niet zijn verboden, althans voor zover het gaat om oriënterende contacten. Het doelmatigheidsbelang vereist dat aanbesteders zich breed moeten kunnen oriënteren op datgene wat de markt aan potentiële oplossingen heeft te bieden, terwijl ook marktpartijen er een belang bij hebben aanbesteders in een zo vroeg mogelijk stadium attent te maken op oplossingen die de aanbesteder mogelijk zouden kunnen interesseren.

Bron

Zie Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 352.

Voorbeeld

Een gemeente overweegt in een nieuw te realiseren woonwijk de aldaar aan te leggen wegen en straten te voorzien van geluidsarm wegdek. De gemeente nodigt een vijftal in de regio gevestigde bedrijven uit om tijdens een plenaire bijeenkomst van gedachten te wisselen over de oplossingen die naar de huidige stand van de techniek in de behoefte van de gemeente zouden kunnen voorzien.

Voorbeeld

Een marktpartij die zich heeft gespecialiseerd in het verplaatsen van hoogspanningsmasten en die daar een snellere uitvoeringsmethode voor heeft ontwikkeld, meldt zich bij een energiebedrijf. Dat bedrijf heeft namelijk een aantal masten in beheer waarvan bekend is dat die moeten worden verplaatst met het oog op de verbreding van een snelweg.

Er zijn vervolgens echter twee situaties die nadere aandacht behoeven, omdat in die situaties mogelijk geen sprake meer is van oriënterende contacten. In de eerste plaats kan het geval worden genoemd van de marktpartij die als inschrijver aan een aanbesteding deelneemt en die direct dan wel indirect als adviseur in de voorbereiding van de aanbesteding betrokken is geweest bij het formuleren van de vraagspecificatie *(par. 4.2.2)*. In de tweede plaats kan worden gewezen op het geval waarin een marktpartij - zonder daartoe door de aanbesteder te zijn verzocht - op eigen initiatief een voorstel aan de aanbesteder doet voor de oplossing van een specifiek probleem dat op het beleidsterrein van de betreffende aanbesteder ligt *(par. 4.2.3)*. In beide gevallen kan de

bedoelde betrokkenheid van de marktpartij vanuit de optiek van het aanbestedingsrecht worden geproblematiseerd.

4.2.2 Aanbesteder betrekt inschrijver als adviseur bij vraagspecificatie

Kan een marktpartij als inschrijver aan een aanbesteding deelnemen en tegelijkertijd direct dan wel indirect in de voorbereiding van de aanbesteding als adviseur betrokken zijn geweest bij het formuleren van de vraagspecificatie?

Voorzover de toepassing van een aanbestedingsprocedure plaatsvindt op grond van een verplichting die voortvloeit uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen, dient te worden gewezen op considerans nr. 8 van de Algemene Richtlijn.

Bron

Voordat met de procedure voor het plaatsen van een opdracht wordt begonnen, mogen de aanbestedende diensten, met gebruikmaking van een technische dialoog, bij het opstellen van het bestek advies vragen of aanvaarden, op voorwaarde dat een dergelijk advies niet tot uitschakeling van de mededinging leidt. (Considerans nr. 8, Algemene Richtlijn)

Vooropgesteld moet worden dat de in de Europese aanbestedingsrichtlijnen opgenomen considerans geen juridisch bindende voorschriften bevatten. Het begrip 'technische dialoog' komt ook overigens niet terug in de bepalingen van de richtlijnen zelf. Dat betekent dat de te beoordelen kwestie niet voldoende adequaat is geregeld in de richtlijnen. Wat dat betreft bestaat er mogelijk een incongruentie met art. VI.4 GPA.

Bron

Zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 10 jo. p. 350.

Art. VI.4 GPA is van toepassing ingeval een verplichting tot het hanteren van een aanbestedingsprocedure bestaat uit hoofde van een van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Bron

De instanties onthouden zich ervan om bij het opstellen van specificaties voor een bepaalde opdracht, op een manier die de mededinging zou uitschakelen, advies te vragen of te aanvaarden van een onderneming die een commercieel belang zou kunnen hebben bij de betrokken opdracht. (Art. VI.4 GPA)

Omdat het Hof van Justitie EG een beroep van belanghebbenden op de directe werking van het GATT altijd heeft afgewezen (het GPA is de opvolger van een eerdere GATT Code inzake overheidsopdrachten), zal de leemte die de Europese aanbestedingsrichtlijnen laten op het punt van het betrekken van een (latere) inschrijver als adviseur bij het opstellen van de vraagspecificatie moeten worden ingevuld aan de hand van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht. Niet uitgesloten is dat het Hof van Justitie EG en de nationale rechter in dat verband ook acht zullen slaan op art. VI.4 GPA.

Op grond van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht wordt vervolgens aangenomen dat dan als uitgangspunt zal hebben te gelden de in par. 4.2.1 verwoorde gedachte dat contacten tussen aanbesteders en marktpartijen in de voorbereiding van een aanbesteding in hun algemeenheid niet zijn verboden.

Toelichting

Dit uitgangspunt, alsook de hierna nog te bespreken nuanceringen, geldt dus niet alleen in gevallen waarin een aanbestedingsprocedure wordt gevolgd op grond van een verplichting uit hoofde van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, maar ook in alle andere situaties waarin een aanbesteder gebonden is aan de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

Het is overigens verstandig om, alvorens een technische dialoog te starten, een zo breed mogelijk bekendheid aan dat voornemen te geven en vervolgens ook zoveel mogelijk geïnteresseerde marktpartijen aan die dialoog te laten deelnemen.

Het wordt onder omstandigheden echter strijdig geacht met het gelijkheidsbeginsel wanneer een marktpartij meedoet aan een aanbesteding en tegelijkertijd direct dan wel indirect als adviseur betrokken is geweest bij het formuleren van de vraagspecificatie.

Bron

"Van (...) oriënterende contacten dient te worden onderscheiden de daadwerkelijke betrokkenheid van aanbieders bij het opstellen van de (technische) specificaties (...) voor een aan te besteden opdracht. Een dergelijke betrokkenheid geeft de aanbieder in de regel een voorsprong op zijn concurrenten, doordat hij de vraagstelling van de aanbieder direct kan beïnvloeden. Een categorisch verbod van betrokkenheid van aanbieders bij het opstellen van technische specificaties achten wij echter disproportioneel. De gelijke behandeling van inschrijvers komt met name dan in gevaar wanneer de technische specificaties worden toegeschreven naar de producten/diensten van de betrokken aanbieder".
Uit: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 10 jo. p. 352.

De daadwerkelijke betrokkenheid van een marktpartij bij het opstellen van de vraagspecificatie is op zichzelf niet verboden. Dat volgt ook uit jurisprudentie die over deze materie is gewezen.

Bron

Zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 10 jo. p. 357-359. Ook de aanbesteder zelf mag niet het standpunt innemen dat een inschrijver om die reden per definitie moet worden uitgesloten. Zie in dit verband het arrest van het Hof van Justitie EG in de gevoegde zaken C-21/03 en C-34/03 (Fabricom) van 3 maart 2005. Uit het arrest volgt dat zo'n inschrijver in staat moeten worden gesteld aan te tonen dat de mededinging niet is verstoord als gevolg van diens betrokkenheid bij het opstellen van de vraagspecificatie.

Waar het in de kern genomen telkens op neerkomt, is of de betreffende marktpartij als gevolg van die betrokkenheid een informatievoorsprong heeft gekregen op punten die wezenlijk zijn voor het formuleren van zijn inschrijving. Als sprake is van een informatievoorsprong op wezenlijke punten, is de kansgelijkheid van de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure namelijk niet langer meer verzekerd.

Bron

"Het [moet] in beginsel niet uitgesloten worden geacht dat - indien een aanbestedende instantie zich in de voorbereidende fase laat bijstaan door een adviseur - het aanvaardbaar is dat deze laatste zich nadien als gegadigde meldt en ook op het werk inschrijft. Een uitzondering op dat beginsel moet echter worden aangenomen, wanneer de adviseur in die hoedanigheid beschikking heeft gekregen over gegevens die niet ter beschikking staan van de overige inschrijvers en die hem een relevante voorsprong geven met betrekking tot het doen van een aanbieding. Ook kan een financieel aspect (...) de adviseur een bevoorrechte positie

geven die strijdig is met het gelijkheidsbeginsel en aldus strijdig met het doel en de aard van de aanbestedingsprocedure (...)."
Uit: RvA 14 oktober 1997, BR 1998, p. 347, nt. Van Wassenaer.

Een illustratie van een geval waarin de kansgelijkheid van de deelnemers aan de aanbesteding niet langer meer is verzekerd, biedt het volgende voorbeeld.

Voorbeeld

G. is de enige inschrijver die het budget van de aanbesteder kent. Op basis van dat budget heeft G. een begroting voor de aanbesteder opgesteld. G. heeft bovendien bestekstekeningen zonder maatvoering gemaakt, zodat andere inschrijvers de juiste maatvoering zelf moeten uitrekenen.

In zo'n geval rust de bewijslast terzake de mogelijke inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling bij de marktpartijen die van mening zijn dat zij als gevolg van de gang van zaken zijn benadeeld. Die bewijslast kan overigens worden omgekeerd ten nadele van de aanbesteder, wanneer die andere marktpartijen aannemelijk kunnen maken dat sprake is geweest van betrokkenheid van een van de marktpartijen bij het opstellen van de vraagspecificatie en dat de specificaties naar die marktpartij zijn toegeschreven.

Gesteld dat ongeoorloofde betrokkenheid van een marktpartij bij het formuleren van de vraagspecificatie inderdaad komt vast te staan, dan heeft de aanbesteder nog slechts de keuze uit twee opties. Hij zal er ófwel voor moeten zorgen dat de informatievoorsprong van de ene marktpartij ongedaan wordt gemaakt door ook de overige marktpartijen te voorzien van de betreffende informatie, ófwel moeten besluiten de betreffende marktpartij van verdere deelname aan de aanbesteding uit te sluiten.

De voorgaande lijn kan in beginsel worden doorgetrokken naar gevallen waarin een marktpartij slechts indirect als adviseur is betrokken geweest bij het formuleren van de vraagspecificatie van de aanbesteder.

Voorbeeld

G. en H. zijn dochterondernemingen die tot hetzelfde concern behoren. H. is betrokken bij het formuleren van een vraagspecificatie in het kader van de voorbereiding van een aanbesteding. In dat kader beschikt H. over informatie met betrekking tot het budget van de aanbesteder. H. speelt die informatie door aan G., die voornemens is op de aanbesteding in te schrijven. G. is daardoor de enige inschrijver die het budget van de aanbesteder kent. Op basis van dat budget heeft G. - via H. - een begroting voor de aanbesteder opgesteld. G. heeft bovendien - wederom via H. - bestekstekeningen zonder maatvoering gemaakt, zodat andere inschrijvers de juiste maatvoering zelf moeten uitrekenen.

In dit voorbeeld doet de bij de voorbereiding betrokken adviseur zelf niet mee aan de uiteindelijke aanbestedingsprocedure, maar bewerkstelligt deze dat een andere partij een aanbestedingsrechtelijk problematische informatievoorsprong verkrijgt.

Dat er vennootschapsrechtelijke banden bestaan tussen de adviseur en de marktpartij die over een informatievoorsprong beschikt, is in het gegeven voorbeeld overigens irrelevant. Ook in gevallen waarin die banden niet zouden bestaan, zullen de geschetste feiten en omstandigheden tot eenzelfde benadering moeten leiden.

Omgekeerd is het zo dat het enkele bestaan van vennootschapsrechtelijke banden tussen een adviseur van de aanbesteder en een marktpartij, die meedoet aan de aanbesteding waarover de adviseur heeft geadviseerd, op zichzelf niet problematisch behoeft te zijn. Net als in de andere hierboven besproken gevallen komt het uiteindelijk aan op de beoordeling van de al dan niet geoorloofde betrokkenheid van de marktpartij bij het formuleren van de vraagspecificatie. In zo'n geval gelden dezelfde bewijsregels als die welke hierboven werden genoemd. Een aanbesteder doet er in zo'n geval overigens wel verstandig aan om met de ingeschakelde adviseur een schriftelijke geheimhoudingsovereenkomst te sluiten aangaande diens werkzaamheden met betrekking tot de voorbereiding van de aanbesteding.

4.2.3 Eigen Initiatief

Onder een 'Eigen Initiatief' wordt in het kader van deze Leidraad verstaan: een oorspronkelijk idee, ontwikkeld door een marktpartij, voor de oplossing van een bij een aanbesteder bestaand probleem. De aanbesteder heeft er zelf niet om gevraagd dat het idee door de marktpartij werd ontwikkeld en aangedragen.

Bron

"Het Ministerie van VROM zal belang kunnen hebben bij Eigen Initiatieven op het gebied van huisvesting, landinrichting, en de oplossing van milieuproblemen. Gemeenten kunnen belang hebben bij Eigen Initiatieven met betrekking tot oplossing van verkeershinder of parkeerproblematiek, ontwikkeling van gebieden, woningbouw, revitalisering van bedrijfsterreinen en stedelijke herstructurering. Waterschappen kunnen Eigen Initiatieven verwachten met betrekking tot de beheersing van waterkwaliteit, c.q. waterkwantiteit. Provincies zouden met betrekking tot hun takenpakket Eigen Initiatieven in ontvangst kunnen nemen, enzovoorts."
Uit: Unsollicited Proposals. Handleiding voor Eigen Initiatieven in de bouw in het (semi-)publieke domein, Gouda: Regieraad Bouw 2006, p. 13-14.

Voorbeeld

Er zijn op dit moment drie aanbestedende diensten waar een bureau is ingericht om 'eigen initiatieven' op een adequate manier te ontvangen en te beoordelen: de Ministeries van V&W en VROM en de Provincie Gelderland.

Het gaat hier overigens niet om ideeën die zijn opgenomen in verkoopbrochures, technische documentatie, speciale aanbiedingen of direct mail campagnes en die in algemene zin het nut signaleren van de realisatie van een bepaald project. Een Eigen Initiatief zal een specifiek plan dienen te bevatten dat is toegespitst op het oplossen van problemen die op het beleidsterrein van de aanbesteder liggen. Dat plan zal meetbaar moeten zijn in termen van dimensionering, prestaties, kosten en tijdplanning. Het plan zal bovendien voor de aanbesteder inzichtelijk moeten maken welke stappen hij zou dienen te nemen om het plan realistisch en betaalbaar tot uitvoering te kunnen brengen en welke risico's daaraan mogelijk in de weg staan.

Bron

Zie: Unsollicited Proposals. Handleiding voor Eigen Initiatieven in de bouw in het (semi-)publieke domein, Gouda: Regieraad Bouw 2006, p. 14-15.

Op basis van het voorgaande moge duidelijk zijn dat een in een Eigen Initiatief vervat plan voor de mogelijke oplossing van een probleem van een aanbesteder niet het karakter heeft van een vraagspecificatie. Zo'n plan vormt geen schakel in een normaal ontwerpproces dat start met het opstellen van functionele specificaties en dat eindigt met in een uitvoeringsgereed ontwerp ver-

vatte technische specificaties. Een in een Eigen Initiatief vervat plan zou hoogstens het vertrekpunt kunnen vormen voor het starten van een proces dat dan kan uitmonden in een vraagspecificatie van de aanbesteder.

Vanuit aanbestedingsrechtelijke optiek kan dan de vraag worden gesteld of de indiener van een Eigen Initiatief in zo'n geval de enige gesprekspartner van de aanbesteder kan zijn. Daarmee wordt gedoeld op de mogelijkheid dat partijen met elkaar een overeenkomst sluiten terzake de realisatie van het in het plan voorziene project, zonder dat daar een aanbestedingsprocedure aan te pas komt.

Vooropgesteld moet worden dat het aanbestedingsrecht er niet aan in de weg staat dat een aanbesteder ongevraagd kennis neemt van in Eigen Initiatieven vervatte ideeën en plannen van marktpartijen. Het aanbestedingsrecht verhindert de aanbesteder evenmin om dergelijke ideeën en plannen als vertrekpunt te nemen bij het beschrijven van zijn behoefte aan de oplossing van een bepaald probleem in een vraagspecificatie. Binnen de kaders van de toepassingsvereisten van het Europese en nationale aanbestedingsrecht kan de aanbesteder de separate opdracht tot het opstellen van die vraagspecificatie bovendien aan de indiener van het Eigen Initiatief gunnen, dan wel die indiener op andere wijze bij het opstellen van de vraagspecificatie betrekken.

Toelichting

Wanneer de indiener van het Eigen Initiatief vervolgens tevens zou willen deelnemen aan de aanbesteding voor de opdracht tot realisatie van het project op basis van de inmiddels geformuleerde vraagspecificatie, worden de aanbevelingen die in par. 4.2.2 zijn gedaan weer relevant. Mogelijk heeft de betrokkenheid van de indiener bij het formuleren van de vraagspecificatie hem immers een ongeoorloofde kennisvoorsprong opgeleverd.

Het voorgaande betekent dat - er van uitgaande dat het in het Eigen Initiatief vervatte plan het voorstel voor de realisatie van een project betreft dat normaliter zou moeten worden aanbesteed - de aanbesteder niet kan overgaan tot enkelvoudige gunning van dat project aan de indiener van het Eigen Initiatief.

Bron

Zie: Unsollicited Proposals. Handleiding voor Eigen Initiatieven in de bouw in het (semi-)publieke domein, Gouda: Regieraad Bouw 2006, p. 17.

4.3 Aanbestedingsrechtelijke grenzen aan de inhoud van de vraagspecificatie

4.3.1 Opmerkingen vooraf

De vrijheid van de aanbesteder om de in de vraagspecificatie op te nemen eisen naar eigen inzicht te formuleren, is niet onbeperkt. Voor zover een aanbesteder is gebonden aan regels van aanbestedingsrecht, stellen die regels belangrijke grenzen aan die vrijheid. Voor wat betreft aanbestedingen die plaatsvinden uit hoofde van een verplichting op grond van het Europees aanbestedingsrecht, is de in dit verband belangrijkste bepaling art. 23 lid 2 van de Algemene Richtlijn. Op grond van deze bepaling is de aanbesteder verplicht de eisen in de vraagspecificatie zodanig te formuleren dat:

- (i) de eisen niet tot gevolg hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden geschapen, en
- (ii) de eisen de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure gelijke toegang bieden.

Uit het bovenstaande blijkt dat de vrijheid van de aanbesteder is beperkt met het oog op het dienen van een tweeledig doel. De onder (i) omschreven doelstelling ziet vooral op de proportionaliteit van de gestelde eisen. Met het stellen van (disproportionele) eisen kan de aanbesteder immers de deelname aan de aanbesteding door een bepaald deel van de markt op voorhand uitschakelen. Deze problematiek komt aan de orde in *par. 4.3.2*. De onder (ii) bedoelde doelstelling vormt meer nog dan de onder (i) genoemde doelstelling een uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling en is er op gericht te voorkomen dat een bepaalde marktpartij, als gevolg van de wijze waarop de aanbesteder de vraagspecificatie heeft geformuleerd, wordt bevoordeeld ten opzichte van andere marktpartijen die eveneens in de aanbestede opdracht zijn geïnteresseerd. Die problematiek komt aan de orde in *par. 4.3.3*.

4.3.2 Eisen moeten proportioneel zijn

Op grond van art. 23 lid 2 van de Algemene Richtlijn is de aanbesteder onder andere verplicht de eisen in de vraagspecificatie zodanig te formuleren dat de eisen niet tot gevolg hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden geschapen.

Toelichting

In dezelfde zin art. 23 lid 2 Bao en art. 2.5.1, art. 3.5.1, art. 4.6.1, art. 5.6.1 en art. 6.3.1 ARW 2005. Considerans 29 van de Algemene Richtlijn is van dezelfde strekking, daar waar gesproken wordt van de verplichting tot het gebruik van technische specificaties die "de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging mogelijk maken".

Dat de in de vraagspecificatie geformuleerde eisen niet tot een ongeoorloofde beperking van de mededinging mogen leiden, houdt in dat de eisen proportioneel moeten zijn. Het proportionaliteitsbeginsel is één van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht die in de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie van de afgelopen decennia tot ontwikkeling zijn gekomen. Anders dan de andere beginselen, is het proportionaliteitsbeginsel echter niet gecodificeerd in een van de artikelen van de Algemene Richtlijn. Het beginsel wordt daarentegen wel genoemd in considerans 2 van de Algemene Richtlijn:

Bron

Bij het plaatsen van overheidsopdrachten (...) moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden (...) en de daarvan afgeleide beginselen, zoals (...) evenredigheid (...).

Het proportionaliteitsbeginsel wordt in het aanbestedingsrecht vooral geoperationaliseerd in de context van de door een aanbesteder gestelde technische en economische minimumeisen waaraan gegadigden dienen te voldoen om voor gunning van de aanbestede opdracht in aanmerking te komen.

Toelichting

Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 10, par. 4.2.2. Uit het beginsel vloeit in die context dan voort dat de aan te leggen eisen in een redelijke verhouding dienen te staan tot het voorwerp en de omvang van de opdracht.

Het proportionaliteitsbeginsel geldt echter ook in de context van de eisen aan de hand waarvan de aanbesteder de te leveren prestatie zelf omschrijft (in de vraagspecificatie).

Toelichting

Die gedachte kan zoals gezegd indirect worden gebaseerd op art. 23 lid 2 van de Algemene Richtlijn, art. 23 lid 2 Bao en art. 2.5.1, art. 3.5.1, art. 4.6.1, art. 5.6.1 en art. 6.3.1 ARW 2005.

Explicieter is wat dat betreft art. 13 lid 1 en lid 2 sub a van de inmiddels verworpen ontwerp-Aanbestedingswet:
1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf neemt het beginsel van proportionaliteit in acht.
2. Ter uitvoering van het eerste lid stelt hij in ieder geval enkel eisen, voorwaarden en criteria die gerelateerd zijn aan en noodzakelijk zijn gelet op het doel, de aard en het voorwerp van de overheidsopdracht, (...), in het bijzonder bij het stellen van:
a. technische eisen aan het voorwerp van een overheidsopdracht (...).

Waar het in de kern op neerkomt, is dat een aanbesteder ervoor waakt om in zijn vraagspecificatie een eis op te nemen die slechts door een zeer beperkt aantal in de opdracht geïnteresseerde marktpartijen kan worden gerealiseerd. Het gevolg daarvan is dan dat (te) weinig marktpartijen op de aanbesteding afkomen. Het stellen van zo'n voorwaarde kan dan een ongeoorloofd mededingingsbeperkend effect hebben en om die reden disproportioneel zijn.

Dat effect zou ook anderszins kunnen ontstaan. Denkbaar is immers dat er op zich voldoende marktpartijen bereid zijn om in te schrijven op de in het voorbeeld beschreven aanbesteding, maar dat die marktpartijen als gevolg van de gestelde eis allemaal uit hetzelfde, beperkte marktsegment van bijvoorbeeld grote of gespecialiseerde ondernemingen afkomstig zijn.

Voorbeeld

Een tiental gemeenten uit dezelfde regio vormen een samenwerkingsverband. Dat samenwerkingsverband besteedt vervolgens - als één opdracht - al het buitenschilderwerk aan dat moet worden verricht aan alle gebouwen die in eigendom zijn van de tot het samenwerkingsverband behorende gemeenten.

De situatie die zich dan voordoet, is dat kleinere respectievelijk minder gespecialiseerde ondernemingen mogelijk als gevolg van de gestelde eis niet aan de aanbesteding deelnemen. Die marktpartijen zouden in zo'n geval de toelaatbaarheid van zo'n eis ter discussie kunnen stellen. In dat geval komt het neer op de beantwoording van de vraag naar de proportionaliteit van de door de aanbesteder gestelde eis. Wanneer het immers niet nodig is zo'n eis te stellen gegeven het doel, de aard en de omvang van de aanbestede opdracht, kan het hanteren van de eis als strijdig met het proportionaliteitsbeginsel worden beschouwd.

4.3.3 Eisen moeten gelijke kans waarborgen

4.3.3.1 Inleiding

Op grond van art. 23 lid 2 van de Algemene Richtlijn is de aanbesteder bovendien verplicht de eisen in de vraagspecificatie zodanig te formuleren dat die eisen de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure gelijke toegang bieden. Deze bepaling en de daarvan afgeleide bepalingen dragen bij aan het creëren van een level playing field onder diegenen die geïnteresseerd zijn in het verwerven van de aanbestede opdracht.

Bron

Vergelijk naast art. 23 lid 2 Algemene Richtlijn ook art. 23 lid 2 Bao en art. 2.5.1, art. 3.5.1, art. 4.6.1, art. 5.6.1 en art. 6.3.1 ARW 2005. Zie bovendien art. 2 van de Algemene Richtlijn alsook art. 2 Bao.

De bedoelde bepalingen doen dat overigens niet alleen door grenzen te stellen aan de inhoud van de vraagspecificatie (par. 4.3.3.2) maar ook door grenzen te stellen aan het bijstellen van een eenmaal gepubliceerde vraagspecificatie gedurende de aanbestedingsprocedure (par. 4.3.3.3).

4.3.3.2 Opstellen van de vraagspecificatie

Het bieden van gelijke kansen aan alle in de opdracht geïnteresseerde marktpartijen wordt allereerst relevant op het moment waarop de vraagspecificatie door of namens de aanbesteder wordt opgesteld. Het Europees aanbestedingsrecht bevat ten aanzien van deze kwestie gedetailleerde bepalingen die er allemaal op zijn gericht de aanbesteder te bewegen tot het objectief en eenduidig omschrijven van de eisen in de vraagspecificatie.

Vooropgesteld kan worden dat wanneer de aanbesteder er voor kiest de eisen in de vraagspecificatie te omschrijven anders dan in termen van functionele specificaties, hij in dat geval dient te verwijzen, in afnemende volgorde van voorkeur, naar:

- nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet;
- Europese technische goedkeuringen;
- gemeenschappelijke technische specificaties;
- internationale normen;
- andere door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde referentiesystemen, of de nationale normen, technische goedkeuringen dan wel technische specificaties inzake het ontwerpen, het berekenen en het uitvoeren van werken en het gebruik van producten.

Bron

Vergelijk naast art. 23 lid 3 Algemene Richtlijn ook art. 23 lid 3 Bao en art. 2.5.2, art. 3.5.2, art. 4.6.2, art. 5.6.2 en art. 6.3.2 ARW 2005. Iedere verwijzing dient in dat geval overigens vergezeld te gaan van de woorden 'of gelijkwaardig', zie art. 23 lid 8 Algemene Richtlijn, art. 23 lid 12 Bao en art. 2.5.10, art. 3.5.10, art. 4.6.10, art. 5.6.10 en art. 6.3.10 ARW 2005.

Gesteld dat een aanbesteder in zijn vraagspecificatie de eisen omschrijft op de hierboven bedoelde 'verwijzende' manier, dan kan hij een inschrijving niet afwijzen met het argument dat die inschrijving niet beantwoordt aan de specificaties waarnaar hij heeft verwezen, indien de marktpartij in zijn inschrijving aantoont dat de aangeboden oplossingen op gelijkwaardige wijze voldoen aan de eisen in de vraagspecificatie.

Bron

Zie art. 23 lid 4 Algemene Richtlijn, art. 23 lid 5 Bao en art. 2.5.3, art. 3.5.3, art. 4.6.3, art. 5.6.3 en art. 6.3.3 ARW 2005..

Hij kan dat bijvoorbeeld doen met behulp van een technisch dossier van de fabrikant of een testverslag van een erkende organisatie. Erkende organisaties zijn bijvoorbeeld testlaboratoria, ijklaboratoria en inspectie- en certificatieorganisaties die voldoen aan de toepasselijke Europese normen.

Bron

Zie art. 23 lid 7 Algemene Richtlijn, art. 23 lid 10 Bao en art. 2.5.8, art. 3.5.8, art. 4.6.8, art. 5.6.8 en art. 6.3.8 ARW 2005..

De aanbesteder zou er zoals gezegd ook toe kunnen besluiten de vraagspecificatie op te stellen met behulp van de methode van functioneel specificeren.

Bron

Zie art. 23 lid 3 sub b Algemene Richtlijn, art. 23 lid 3 sub b Bao en art. 2.5.2 sub b, art. 3.5.2 sub b, art. 4.6.2 sub b, art. 5.6.2 sub ben art. 6.3.2 sub b ARW 2005.

In dat geval is echter vereist dat de eisen zodanig nauwkeurig zijn dat marktpartijen het voorwerp van de aanbestede opdracht kunnen bepalen en dat de aanbesteder zelf in staat is de opdracht te gunnen.

Het is ook toegestaan dat de aanbesteder er voor kiest in de vraagspecificatie functionele eisen op te nemen en dat hij daarbij, onder vermoeden van overeenstemming met die eisen, verwijst naar de hierboven genoemde specificaties (nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet; Europese technische goedkeuringen; etcetera).

Bron

Zie art. 23 lid 3 sub c Algemene Richtlijn, art. 23 lid 3 sub c Bao en art. 2.5.2 sub c, art. 3.5.2 sub c, art. 4.6.2 sub c, art. 5.6.2 sub c en art. 6.3.2 sub c ARW 2005.

Een laatste mogelijkheid is nog dat de aanbesteder in zijn vraagspecificatie op onderdelen functioneel specificeert en dat hij op andere onderdelen technisch specificeert, maar ook dan weer op de hierboven bedoelde 'verwijzende' manier.

Bron

Zie art. 23 lid 3 sub d Algemene Richtlijn, art. 23 lid 3 sub d Bao en art. 2.5.2 sub d, art. 3.5.2 sub d, art. 4.6.2 sub d, art. 5.6.2 sub d en art. 6.3.2 sub d ARW 2005.

In de gevallen waarin de aanbesteder gebruik maakt van de mogelijkheid om in zijn vraagspecificatie functionele eisen op te nemen, mag hij een inschrijving niet afwijzen wanneer die inschrijving beantwoordt aan:

- nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet;
- Europese technische goedkeuringen;
- gemeenschappelijke technische specificaties;
- internationale normen of
- andere door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde referentiesystemen,

vooropgesteld dat zulke specificaties betrekking hebben op de functionele eisen in de vraagspecificatie.

Bron

Zie art. 23 lid 5 Algemene Richtlijn, art. 23 lid 6 Bao en art. 2.5.4, art. 3.5.4, art. 4.6.4, art. 5.6.4 en art. 6.3.4 ARW 2005..

De inschrijver moet in zijn inschrijving aantonen dat een prestatie die aan deze specificaties beantwoordt, ook voldoet aan de functionele eisen die de aanbesteder in de vraagspecificatie heeft omschreven. Ook hier geldt weer als passend bewijsmiddel een technisch dossier van de fabrikant of een testverslag van een erkende organisatie.

Een bepaling waarmee de aanbesteder tot slot nog rekening dient te houden bij het omschrijven van de eisen in de vraagspecificatie, is art. 23 lid 8 Algemene Richtlijn.

Bron

Behalve indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is, mag in de technische specificaties geen melding worden gemaakt van een bepaald fabrikaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze, noch mogen deze een verwijzing bevatten naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevorderd of geëlimineerd. Deze vermelding of verwijzing is bij wijze van uitzondering toegestaan wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk is door toepassing van de leden 3 en 4; deze vermelding of verwijzing moet vergezeld gaan van de woorden "of gelijkwaardig".
Art. 23 lid 8 Algemene Richtlijn

Bron

Zie ook art. 23 lid 12 Bao en art. 2.5.10, art. 3.5.10, art. 4.6.10, art. 5.6.10 en art. 6.3.10 ARW 2005.

Aanbesteders hebben dus slechts bij wijze van hoge uitzondering de mogelijkheid om naar een bepaald merk of fabrikaat te verwijzen, mits maar telkens vergezeld van de aanduiding 'of gelijkwaardig' of 'of daarmee overeenstemmend'. Het is overigens niet zo dat de verwijzing naar een bepaald merk of fabrikaat per definitie zou zijn toegestaan, zolang daar maar de bedoelde aanduiding aan is toegevoegd. Verwijzing naar een merk of fabrikaat - met toevoeging dus van de aanduiding "of gelijkwaardig" - is dus alleen in uitzonderlijke gevallen toegestaan wanneer het gaat om technisch gecompliceerde prestaties en aanbesteders zelf de vereiste specialistische kennis niet in huis hebben om die anders te omschrijven dan door verwijzing naar een bepaald merk of fabrikaat.

Bron

Zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 176 en 177.

4.3.3.3 Aanpassen van de vraagspecificatie

Het bieden van gelijke kansen aan alle in de opdracht geïnteresseerde marktpartijen is niet alleen relevant op het moment waarop de vraagspecificatie door of namens de aanbesteder wordt opgesteld. Ook nadat de vraagspecificatie eenmaal is bekendgemaakt, zal de aanbesteder zich het belang van het bieden van gelijke kansen in de context van de vraagspecificatie moeten blijven realiseren.

Meer concreet betekent het voorgaande in de eerste plaats dat het aanpassen van de vraagspecificatie nimmer is toegestaan wanneer dit tot gevolg zou hebben dat één van de aan de aanbestedingsprocedure deelnemende marktpartijen daardoor zou worden bevoordeeld ten opzichte van de andere partijen. In dit verband geldt immers onverkort hetgeen in *par. 4.3.3.2* hierboven is opgemerkt over de aanbestedingsrechtelijke grenzen die aan de inhoud van de in een vraagspecificatie opgenomen eisen worden gesteld.

Voorbeeld

Een gemeente hanteert de niet-openbare procedure voor de aanbesteding van een opdracht voor de aanleg van een riolering. Nadat alle gegadigden die zich hebben aangemeld zijn beoordeeld in het licht van de door de gemeente gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen, vervangt de gemeente de in de vraagspecificatie voorgeschreven uitvoeringsmethode door een methode waarvan zij weet dat slechts één van de tot inschrijving uitgenodigde gegadigden daar ervaring mee heeft.

Een wijziging - van welke aard dan ook - is in ieder geval niet geoorloofd wanneer deze wordt geëffectueerd op een moment nadat de aanbesteder kennis heeft genomen van de inschrijvingen van de partijen die deelnemen aan de procedure.

Bron

"Door de besteksvoorschriften te wijzigen en aldus een tweede ronde uit te lokken, nadat inschrijvers van elkaars aanbiedingen hebben kennis genomen, is de aanbesteder in staat inschrijvers tegen elkaar uit te spelen." Uit: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 401.

Maar zoals het bovenstaande voorbeeld laat zien, kan een wijziging van de vraagspecificatie soms ook als ongeoorloofd worden beschouwd, althans wanneer het om wezenlijke wijzigingen gaat, indien de aanbesteder nog géén kennis heeft genomen van de inschrijvingen. Gesteld immers dat die wezenlijke wijziging reeds van aanvang af in de vraagspecificatie hadden gestaan, was de samenstelling van de groep van marktpartijen die dan aan de aanbesteding zou hebben deelgenomen mogelijk anders geweest. Dat betekent dat de aanbesteder ingeval van een wezenlijke wijziging van de vraagspecificatie zal moeten besluiten tot het houden van een heraanbesteding.

Bron

Zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 167 en p. 196.

5 Doelmatig vraagspecificeren

5.1 Opmerkingen vooraf

Binnen de belangrijke juridische randvoorwaarden zoals die staan omschreven in *par. 4* is de aanbesteder vrij om te bepalen welke eisen hij wenst op te nemen in de vraagspecificatie. Dat geldt ook voor de methode met behulp waarvan hij de eisen specificeert, alsook het detailniveau waarop de eisen moeten zijn gespecificeerd alvorens de vraagspecificatie door middel van een aanbestedingsprocedure in de markt wordt gezet. Daarmee is echter nog niet de vraag beantwoord, tot welk detailniveau de eisen in het concrete geval vanuit een oogpunt van doelmatigheid het beste zouden *kunnen* zijn gespecificeerd alvorens de markt wordt benaderd. Alvorens die vraag in *par. 5.3* te beantwoorden, zal in *par. 5.2* eerst worden ingegaan op de methoden van vraagspecificeren die zouden kunnen worden gebruikt.

5.2 Methoden van vraagspecificeren

In de literatuur worden onder verschillende namen diverse methoden beschreven die gebruikt worden om tot een eisenspecificatie te komen op een hoger abstractie niveau. Het functioneel specificeren legt de nadruk op het specificeren van functies door de opdrachtgever. Oplossingsvrij specificeren legt meer de nadruk op specificeren als een proces waarin steeds aandacht wordt gegeven aan de gewenste oplossingsruimte die de ontwerpende discipline moet krijgen om de meest optimale oplossing te kunnen vinden.

Bron

Zie: Functioneel specificeren in de bouw. Stimulans voor innovatie en optimale oplossingen, Rotterdam: Stichting Bouw Research 2007 en Handboek Oplossingsvrij Specificeren, publicatie 447, Ede, CROW, 2007.

Beide methoden zijn afgeleid van Systems Engineering (SE). Het gaat hier om een methode die in andere industrieën is ontwikkeld (o.a. ruimte- en luchtvaart) en die staat voor een integrale aanpak van het specificeren, het ontwerpen, het bouwen, het onderhouden en het slopen of opwaarderen van een 'systeem'.

Bron

Zie: Leidraad voor Systems Engineering binnen de GWW-sector, ProRail, RWS, Bouwend Nederland en ONRI; Systems Engineering Handbook; a guide for system life cycle processes and activities, INCOSE, 2007.

Een 'systeem' kan worden gedefinieerd als een samenhangend geheel van functies, die op basis van een klantbehoefte een prestatie moeten leveren, in een omgeving, gedurende zijn lifecycle.

Het ontwerpen van een gebouw, infrastructureel project of technische installatie met behulp van Systems Engineering, omvat weliswaar de methode van functioneel of oplossingsvrij specificeren, maar is meer dan dat:

Bron

"Kenmerkend voor Systems Engineering is het werken van globaal naar gedetailleerd. Het gaat uit van een topdown benadering, die begint met een globale vraagstelling waarin het projectbeleid van de opdrachtgever is vastgelegd. Dit is de zogenaamde 'topspecificatie'. (...). Vervolgens wordt het systeem - bijvoorbeeld de gewenste huisvesting - 'gedecomponeerd' in steeds kleinere functionele eenheden, bijvoorbeeld de organisatieonderdelen waaraan de huisvesting onderdak moet bieden. Dat kan doorgaan tot op werkplekniveau. Aan de functionele eenheden op de verschillende decompositieniveaus worden ook weer eisen gekoppeld, die steeds (tevens) hun oorsprong vinden in de eisen die op de hogere niveaus zijn gesteld. Op die manier ontstaat een 'eisenboom'. In de Systems Engineering kunnen de ontwikkeling van het eisenpakket en het ontwerpen van de oplossingen niet los van elkaar worden gezien. Het opstellen van de eisen gaat hand in hand met de uitwerking ervan in ontwerpoplossingen. (...). Naast de eisenboom ontwikkelt zich tegelijkertijd een 'oplossingenboom' of 'objectenboom'. De top van de eisenboom stelt de 'topspecificatie' voor. Op basis van die topspecificatie wordt in de 'oplossingenboom' op hetzelfde decompositieniveau een oplossing ontworpen. Mede op basis van de gekozen oplossing wordt de eisenboom een niveau dieper uitgewerkt. Vervolgens wordt in de oplossingenboom op basis van die eisen het oplossingsconcept tot op een vergelijkbaar niveau uitgewerkt, enzovoort. De functionele specificatie wordt dus op een steeds gedetailleerder niveau uitgewerkt, in wisselwerking het zich ontwikkelende ontwerp. Het specificeren is daarmee een zich steeds herhalend ontwerpproces, waarbij wordt gewerkt van globaal naar gedetailleerd. De meerwaarde van deze werkwijze zit in het beheersbaar maken van het proces, door het systeem expliciet en traceerbaar te ontleden en bovendien te relateren aan de levenscyclus. (...)."

Uit: D. Spekkink, Functioneel specificeren in de bouw. Stimulans voor innovatie en optimale oplossingen, Rotterdam: Stichting Bouw Research 2007, p. 25-27.

Uit het voorgaande volgt dat bij ontwerpen volgens de Systems Engineering het specificeren steeds in relatie met het ontwerpproces gebeurt en geen afzonderlijke fase is. De principes van Systems Engineering in relatie tot het specificeren van de vraag zoals die op dit moment in de praktijk worden gehanteerd, kunnen als volgt worden beschreven.

De aanbesteder beschrijft, wanneer hij streeft naar een oplossingsvrije specificatie, wat een gebouw, infrastructureel werk of installatie moet 'doen' om te voldoen aan het gebruik dat met het object wordt beoogd. 'Hoe' dat object vervolgens precies moet worden gerealiseerd, wordt bij de toepassing van de methode niet beschreven. De aanbesteder beschrijft slechts 'welke functies' dienen te worden gerealiseerd en aan welke eisen zij moeten voldoen en laat de wijze waarop dat dient te gebeuren - de oplossing - zoveel mogelijk vrij in de vraagspecificatie waarmee hij uiteindelijk de markt benadert.

Om ontwerpkeuzes te kunnen maken, zal de marktpartij overigens niet alleen inzicht moeten hebben in de gestelde functies en eisen. De realisatie van een bouwproject houdt immers in dat het met succes oplossen van die eisen in sterke mate afhankelijk zal zijn van de wijze waarop die eisen, hun voorziene oplossing en het totaalkader van de risicovolle omgevingsfactoren waarbinnen die oplossing moet plaatsvinden, onderling goed op elkaar zijn afgestemd.

Toelichting

Factoren die in dit verband bijvoorbeeld kunnen worden genoemd, betreffen de bodemgesteldheid, gebouwen en infrastructuur die zich in de omgeving van het te realiseren project bevinden en de invloed die direct of indirect op de projectrealisatie wordt uitgeoefend door de overheid en/of door andere derden.

Het adequaat oplossen van de in een vraagspecificatie opgenomen eisen vergt dat men over voldoende gegevens beschikt wat betreft de invloed die over en weer wordt uitgeoefend tussen de gestelde eisen, de gekozen oplossing daarvan en het genoemde kader van risicovolle omgevingsfactoren. Dat verklaart ook waarom vraagspecificaties in de bouwpraktijk in de regel niet alleen uit eisen bestaan, maar daarnaast vaak ook gegevens bevatten. Die gegevens kunnen door de marktpartij worden gebruikt bij het maken van keuzes - nogmaals: binnen de gestelde eisen - ten aanzien van 'wat' er wordt gebouwd en 'hoe' dat zal gebeuren.

Een specificatie is daarom op elk detail(aggregatie)niveau opgebouwd uit functies en een samenstel van vijf typen eisen:

- Functie-eisen: eisen die beschrijven wat het object moet doen in en in welke omstandigheden;
- Objecteisen: vaak eisen van technische aard die gesteld worden aan het specifiek object;
- Aspecteisen: eisen die nodig zijn om tot een bepaalde kwaliteit of gebruikerstevredenheid te komen. Deze worden in een later stadium vertaald in (deel)functies en onderliggende objecten;
- Raakvlakeisen: eisen aan inhoudelijke verbanden tussen verschillende onderdelen in het project of haar omgeving;
- Proceseisen: eisen die worden gesteld aan het proces dat leidt tot de output.

Het gewenste niveau van specificeren is van te voren moeilijk te bepalen. Dit wordt bepaald door twee tegengestelde wensen van de aanbesteder: enerzijds zoveel mogelijk oplossingsvrijheid en de daarmee verband houdende ontwerpverantwoordelijkheid aan de marktpartij geven en anderzijds de wens zelf - hetzij alleen, hetzij door middel van adviseur zoals een architect of een raadgevend ingenieur - ontwerpbeslissingen te kunnen nemen om risico's en falen uit te sluiten of te beperken.

Wanneer een gestructureerd en systematisch specificatieproces wordt gevolgd, zal tijdens het specificatieproces veelal blijken tot welk niveau een eis dient te worden uitgewerkt. Zo'n systematisch specificatieproces bestaat uit een aanpak die in projectmanagementmethoden veel gebruikt wordt, decomponeren genoemd.

Toelichting

Dit is het opdelen van het project in steeds kleiner wordende onderdelen. Het totale project en elk onderdeel daarvan wordt apart beschreven in een specificatie. De vraagspecificatie omvat dan de verzameling van meerdere specificaties die in totaliteit de gehele te leveren prestatie beschrijven.

Het kan zijn dat wanneer dit proces systematisch en gestructureerd volgens de principes van Systems Engineering doorlopen wordt, men er gaandeweg achter komt dat er zwaarwegende redenen zijn (veelal risico-overwegingen) om het bouwobject toch verder uit te werken naar een gedetailleerd niveau dat vervolgens op basis van een traditioneel bestek wordt aanbesteed.

Toelichting

Bij een dergelijke vraagspecificatie hoort de toepassing van de traditionele bouworganisatievorm. Wanneer een aanbesteder een technische specificatie opstelt, betekent dat overigens niet dat ook de aan de technische specificaties ten grondslag liggende functie eisen altijd zullen zijn geëxpliciteerd in de vraagspecificatie waarmee hij de markt uiteindelijk benadert.

Wanneer de aanbesteder besluit een specificatie op deze manier op te stellen, dan beschrijft hij in detail 'hoe' (de afzonderlijke onderdelen van) het 'wat' - het te bouwen object zoals een gebouw, infrastructureel werk of een technische installatie - moet worden gebouwd of aangelegd. Deze wijze van specificeren is uit de aard der zaak niet 'oplossingsvrij' aangezien de te hanteren technische oplossing - het 'hoe' - nu juist besloten ligt in de beschreven technische specificaties.

Wanneer de aanbesteder een technische specificatie opstelt, kan hij dat alleen doen op basis van een bepaalde visie ten aanzien van 'wat' er moet worden gerealiseerd. Omschrijven 'hoe' iets technisch moet worden gebouwd of aangelegd, veronderstelt immers dat er een beeld bestaat met betrekking tot hetgeen er aan functie(s) moet worden gerealiseerd. In feite vormen functie specificaties de eerste stap van het ontwerpproces, terwijl de technische specificaties - ook wel 'uitvoeringsgereed ontwerp' genaamd - als de laatste stap van dat proces kan worden gezien. Het gebruik van de principes van Systems Engineering tijdens het specificeren staat dus los van de te hanteren contractkeuze.

5.3 Aansluiting zoeken bij overwegingen die tot keuze bouworganisatievom leiden

De vraag tot welk detailniveau de eisen in het concrete geval vanuit een oogpunt van doelmatigheid het beste zouden kunnen zijn gespecificeerd alvorens de markt wordt benaderd, kan in feite worden geherformuleerd tot de vraag welke mate van oplossingsvrijheid de aanbesteder de markt uiteindelijk wenst te bieden.

Toelichting

Zie in dit verband met name ook par. 2 van dit hoofdstuk.

Bij het beantwoorden van díe vraag zal de aanbesteder zich uit een oogpunt van doelmatigheid in belangrijke mate kunnen laten leiden door dezelfde overwegingen als die waardoor hij zich laat leiden bij het maken van zijn keuze voor de toe te passen bouworganisatievorm. Dat komt doordat de keuze van de bouworganisatievorm en de mate van oplossingsvrijheid die middels de vraagspecificatie aan de markt wordt geboden niet alleen sterk in elkaars verlengde liggen maar ook sterk met elkaar verweven zijn.

Toelichting

Zie in dit verband eerder ook al par. 3 van dit hoofdstuk. Een aanbesteder kiest de voor hem in het concrete geval meest geschikte bouworganisatievorm aan de hand van de omstandigheden van het geval. Welke omstandigheden dat precies zijn en hoe een aanbesteder in dat verband het beste te werk kan gaan, is uitvoerig besproken in hoofdstuk 5, par. 6. Die omstandigheden zien onder andere ook op de vraag welke mate van oplossingsvrijheid de aanbesteder de markt wil, kan en mag geven.

Het voorgaande komt ook tot uitdrukking in het DSS, in de zin dat de gebruiker van het DSS niet alleen wordt geadviseerd over de bouworganisatievorm die in het concrete geval het beste kan worden gebruikt, maar ook over het detailniveau waarop de eisen in de vraagspecificatie dienen te zijn uitgewerkt alvorens die vraagspecificatie middels een aanbesteding in de markt wordt gezet.

Het voorgaande betekent dat wanneer in het concrete geval de traditionele bouworganisatievorm is geïndiceerd, de eisen door of namens de aanbesteder tot een technisch gedetailleerd niveau zullen worden gespecificeerd, ongeacht de binnen deze bouworganisatievorm gekozen modaliteit.

Voorbeeld

Zo'n eis kan er dan bijvoorbeeld als volgt uitzien:

42.12.02 Uitvoeren bekisting

01 Triplex voor de bekisting van in het zicht blijvende betonoppervlakken moet zijn voorzien van een onbeschadigd, kantig en vlak oppervlak van kunststof.

02 Alle uitwendige hoeken van betonconstructies voorzien van een vellingkant.

De aanbesteder kan vervolgens zijn voordeel doen met het gegeven dat technische specificaties in de bouwpraktijk in sterke mate zijn gestandaardiseerd. In de eerste plaats kan worden gewezen op de RAW-systematiek, welke als de standaard kan worden beschouwd voor het opstellen van bestekken in de grond-, water- en wegenbouw. Deze systematiek wordt beheerd en onderhouden door CROW. Voor de woning- en utiliteitsbouw kan worden gewezen op de gestandaardiseerde STABU-besteksystematiek.

Voorbeeld

Dat ziet er dan bijvoorbeeld als volgt uit:

BESTEK POST NUMMER	CATALOGUSNUMMER HOOFD CODE	DETAIL CODE 1 2 3 4 5 6	OMSCHRIJVING	EEN HEID	HOEVEELHEID RESULTATEN VERPLICHTING		HOEVEELHEID TER INLICHTING	
2070		.....	Afvoeren					
		.....						
207010	220421	.....	Profileren van oppervlakken.	m2	42.025,00	V		
		.....	Profileren bij de op post 202020 ontgraven grond.					
		.....	Voor profiel zie tekening ZAO-240-70/080004 blad					
		.....	1 t/m 4 vlgs. B					
		.....	Grondsoort: Klei en samenhangende grond					
		.....	Gerekend is met een waterstand N.A.P. -#6,66 m					
		.....	Vrijkomende grond verwerken volgens posten					
		.....	204020, 204030 en 204040.					
		....5..	Taludlengte gemiddeld 5,50 m					
		....2.	Toegestane positieve en negatieve afwijking 0,03 m					

Is daarentegen niet de traditionele bouworganisatievorm maar een variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm geïndiceerd, dan ligt de zaak anders. In dat geval namelijk worden de eisen in de op te lossen vraag van de aanbesteder - alvorens deze tot aanbesteding overgaat - gespecificeerd tot een niveau dat kan variëren tussen een functioneel programma van eisen enerzijds en definitief ontwerp anderzijds.

Toelichting

De gehanteerde begrippen zijn ontleend aan de UAVgc 2005 die van toepassing kunnen worden verklaard op contracten die aanbesteders sluiten met D&B- en DBM-aannemers. De begrippen refereren aan de volgende tussenstappen die - in de terminologie van de UAVgc 2005 - in een ontwerpproces worden gezet: programma van eisen, voorlopig ontwerp; definitief ontwerp. De aanbesteder zet de vraagspecificatie in de markt wanneer het ontwerpproces tot één van deze fases is gevorderd, waarna het aan de marktpartij is om - na contractering - dat ontwerpproces verder te vervolgen totdat het niveau van het uitvoeringsgereed ontwerp is bereikt.

Volgens de principes van Systems Engineering is de specificatie voorschrijvend aan het ontwerp. Een systeemspecificatie leidt tot een systeemontwerp waaruit weer eisen worden afgeleid voor specificaties van de subsystemen die op hun beurt weer leiden tot ontwerpen van de subsystemen etcetera.

Volgens Systems Engineering wordt de specificatie aanbesteed en leidt de vraag tot een aangeboden oplossing, die kan bestaan uit (delen van) het ontwerp. De vraagspecificatie bestaat dientengevolge uit de vastgestelde specificaties met het op een hoger niveau(s) van (een) opgesteld(e) ontwerp(en).

Welke contractvorm te gebruiken?

7

Managementsamenvatting

Wat is het doel van dit hoofdstuk?

- **Het doel van dit hoofdstuk is aanbesteders te helpen bij het kiezen van de contractvorm die het beste aansluit bij de specifieke omstandigheden van het geval.**

Wat wordt bedoeld met 'contractvorm'?

- **Het begrip 'contractvorm' ziet op de juridische vastlegging van de contractuele afspraken zoals die tussen de deelnemers aan het bouwproces worden gemaakt, gegeven de bouworganisatievorm die is gekozen.**
- **Een belangrijk onderdeel van de te kiezen contractvorm betreft de aard en inhoud van de juridisch-administratieve voorwaarden die de aanbesteder van toepassing wil verklaren op het contract dat hij voornemens is te sluiten met de inschrijver die als beste uit de bus komt. Die voorwaarden bepalen namelijk de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's tussen de aanbesteder en diens (toekomstige) wederpartij.**

Aan welke juridische randvoorwaarden is een aanbesteder gebonden bij de keuze van de contractvorm?

- **Een aanbesteder heeft een ruime mate van vrijheid wat betreft het bepalen van de inhoud van de te hanteren juridisch-administratieve voorwaarden.**
- **Hij dient zich echter wel te realiseren dat wanneer hij te onevenwichtige en daardoor mogelijk disproportionele voorwaarden hanteert, hij aanbestedingsrechtelijk in de knel kan komen wanneer hij als gevolg van zijn handelwijze de mededinging ontoelaatbaar beperkt.**
- **Ook contractenrechtelijk loopt hij mogelijk een risico wanneer hij dergelijke voorwaarden hanteert.**

Wanneer zijn beslissingen ten aanzien van de contractvorm doelmatig?

- **In beginsel doet een aanbesteder er vanuit een oogpunt van doelmatigheid goed aan gebruik te maken van gestandaardiseerde contractvoorwaarden die zijn ontwikkeld door vertegenwoordigers van (organisaties van) opdrachtgevers en marktpartijen gezamenlijk. Wanneer dergelijke in onderling overleg tot stand gekomen standaardvoorwaarden niet voorhanden zijn, kan hij gebruik maken van eenzijdig ontwikkelde gestandaardiseerde contractvoorwaarden.**
  - **Gestandaardiseerde contractvoorwaarden waar in dit verband met name aan kan worden gedacht, zijn: DNR 2005; UAV 1989; UAV-TI 1992; UAVgc 2005; VGBouw Model Bouwteam-overeenkomst; Model DBFM-overeenkomst RWS.**
- **Alleen wanneer daar goede gronden voor zijn aan te voeren, zou de aanbesteder in aanvulling op, in afwijking van of zelfs ter vervanging van de hiervoor bedoelde gestandaardiseerde contractvoorwaarden - al dan niet eenzijdig tot stand gekomen - gebruik kunnen maken van projectspecifieke contractvoorwaarden. Bij de uitwerking daarvan is het raadzaam de grondprincipes van het bouwcontractenrecht in acht te nemen.**

1 Inleiding

Het uitgangspunt van dit hoofdstuk is dat een aanbesteder een aantal onderling op elkaar afgestemde beslissingen neemt met betrekking tot de in het concrete geval te hanteren bouworganisatievorm en vraagspecificatie. Hij zal in dat kader echter ook een keuze moeten maken voor wat betreft de bijbehorende contractvorm, in het bijzonder de juridisch-administratieve voorwaarden die hij van toepassing wil verklaren op het contract dat hij voornemens is te sluiten met de inschrijver die aan het einde van de aanbestedingsprocedure als beste uit de bus komt. Welke contractvorm hij het beste zou kunnen kiezen, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit hoofdstuk heeft tot doel aanbesteders te helpen bij het kiezen van de contractvorm die het beste past bij die omstandigheden. In de eerste plaats zal worden aangegeven wat precies wordt bedoeld met het begrip 'contractvorm' *(par. 2)*. Vervolgens komt de vraag aan de orde waarom het belangrijk is dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over de te hanteren contractvorm *(par. 3)*. Daarna zal worden ingegaan op de juridische randvoorwaarden die een aanbesteder in acht zal moeten nemen wanneer hij op het punt staat de keuze voor een bepaalde contractvorm te maken *(par. 4)*. Gegeven die juridische randvoorwaarden, wordt tot slot nog ingegaan op de vraag welke contractvorm een aanbesteder in het concrete geval het beste zou kunnen gebruiken vanuit een oogpunt van doelmatigheid *(par. 5)*.

2 Wat is een 'contractvorm'?

Het begrip 'contractvorm' kwam eerder al kort aan de orde in hoofdstuk 5, waarin het werd onderscheiden van het begrip 'bouworganisatievorm'.

Toelichting

Zie hoofdstuk 5, par. 2.2.

Met de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm geeft een aanbesteder aan op welke wijze hij de tijdens het bouwproces uit te voeren taken in het concrete geval over de verschillende deelnemers aan het bouwproces wil verdelen. Gegeven de gekozen bouworganisatievorm ziet de contractvorm vervolgens op de juridische vastlegging van de contractuele afspraken zoals die tussen die deelnemers worden gemaakt,

Voorbeeld

In hoofdstuk 5, par. 2.2, is het voorbeeld gegeven van het zogenoemde bouwteam als voorbeeld van een bouworganisatievorm. De ontwerp- en uitvoeringstaken zijn in die vorm als volgt over de deelnemers aan het bouwproces verdeeld. De aanbesteder laat de ontwerptaak vervullen door een professioneel ontwerper, bijvoorbeeld een architect of een raadgevend ingenieur. Voor de (toekomstige) uitvoering van dat ontwerp heeft de aanbesteder een aannemer op het oog. Teneinde bepaalde voordelen te kunnen behalen, spreken aanbesteder, architect en aannemer onderling af dat de aannemer vanuit diens uitvoeringsdeskundigheid adviezen aan de architect zal geven tijdens de ontwerpfase. Nadat het ontwerp is voltooid, draagt de aanbesteder de uitvoering daarvan op aan de aannemer. Kijkt men naar dit voorbeeld van een bouwteam vanuit het perspectief van de aard en inhoud van de daarbij behorende contractvorm dan kan het volgende over worden opgemerkt. In het normale geval sluit de aanbesteder een ontwerpovereenkomst met de architect waarop dan bijvoorbeeld de SR 1997 of de DNR 2005 van toepassing wordt verklaard. Voor wat betreft de uitvoering van het project zal de aanbesteder een aannemingsovereenkomst met de aannemer sluiten waarop de UAV 1989 van toepassing wordt verklaard. Daarnaast zullen aanbesteder, architect en aannemer een driepartijenovereenkomst sluiten, de zogenoemde bouwteamovereenkomst, bijvoorbeeld met gebruikmaking van het VGBouw Model Bouwteamovereenkomst 1992. In onderling verband bezien regelen de verschillende overeenkomsten dat zowel de architect als de aannemer ieder jegens de aanbesteder individueel verantwoordelijk zijn voor de deugdelijke uitvoering van hun eigen taak. In de verhouding tot de aannemer is de aanbesteder op zijn beurt juridisch verantwoordelijk voor de wijze waarop de ontwerptaak door de architect is vervuld. Daarenboven is het in het normale geval zo dat de aannemer onder omstandigheden juridische medeverantwoordelijkheid jegens de aanbesteder en de architect kan dragen voor de wijze waarop de architect zijn ontwerptaak heeft vervuld. Dat zal zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de aannemer in het kader van zijn adviserende rol een klaarblijkelijke fout van de architect over het hoofd heeft gezien. Gegeven deze normale uitgangspunten van de contractvorm die hoort bij de bouworganisatievorm bouwteam, kunnen de betrokken partijen eventueel andere afspraken maken wat betreft de aard en inhoud van de contractvorm. Zij kunnen dat bijvoorbeeld doen door de medeverantwoordelijkheid van de aannemer voor ontwerpfouten van de architect contractueel uit te sluiten of, omgekeerd, die medeverantwoordelijkheid tot hoofdregel te verheffen. Voor de bouworganisatievorm maakt dat echter niets uit: de ontwerp- en uitvoeringstaak worden elk afzonderlijk nog steeds gescheiden uitgevoerd door de architect respectievelijk de aannemer. Een verandering wat betreft de bouworganisatievorm treedt pas op wanneer, in het gegeven voorbeeld, de afspraak wordt gemaakt dat de aannemer als lid van het bouwteam een deel van de ontwerptaak volledig voor zijn rekening zal nemen.

In het kader van de Leidraad gaat de aandacht met name uit naar dat deel van de contractvorm waarop een aanbesteder direct invloed kan uitoefenen: de aard en inhoud van het contract dat hij voornemens is te sluiten met de inschrijver wiens inschrijving aan het einde van de aanbestedingsprocedure als beste uit de bus komt.

Toelichting

Het is overigens denkbaar dat een aanbesteder voor een bouworganisatievorm kiest met een bijbehorende contractvorm, waarin hij rechtstreeks contracteert met meer dan één deelnemer aan het bouwproces. In dat geval kan hij direct invloed uitoefenen op de aard en inhoud van al die contracten. Te denken valt aan de in hoofdstuk 5, par. 5.2.3, besproken variant van de traditionele bouworganisatievorm waarin de aanbesteder de ontwerp-, uitvoerings-, en meerjarig onderhoudstaak gescheiden uitbesteedt.

Doordat een aanbesteder direct invloed kan uitoefenen op de aard en inhoud van het contract dat hij voornemens is te sluiten met de 'laagste' inschrijver, kan hij overigens ook indirect invloed uitoefenen op de aard en inhoud van de contracten die de inschrijver op zijn beurt weer zal sluiten met andere deelnemers aan het bouwproces zoals adviseurs, leveranciers en onderaannemers. De inschrijver zal de door de aanbesteder bepaalde contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's immers moeten 'doorvertalen' in die andere contracten. Soms zal de wijze waarop die doorvertaling dient plaats te vinden zelfs door de aanbesteder tot in detail kunnen zijn gedicteerd. In zoverre heeft de aanbesteder een belangrijke bepalende rol als het gaat om de aard en inhoud van - en ook de samenhang tussen - de totaliteit van contracten die binnen een contractvorm als geheel worden gesloten tussen de verschillende deelnemers aan een bouwproces.

Het contract dat een aanbesteder voornemens is te sluiten met de inschrijver die als beste uit de bus zal komen aan het einde van de aanbestedingsprocedure, behelst in de regel zowel technische als juridisch-administratieve voorwaarden.

Toelichting

Het begrip 'technische voorwaarden' wordt vooral gebruikt om een onderscheid te kunnen maken met de hierna te bespreken juridisch-administratieve voorwaarden. Heeft men het over technische voorwaarden, dan wordt in feite gedoeld op de eisen die zijn opgenomen in de vraagspecificatie. In hoofdstuk 6 is daar reeds meer uitvoerig op ingegaan. In essentie wordt aan de hand van die eisen gespecificeerd 'wat' er volgens het tussen partijen geldende contract moet worden gebouwd, geïnstalleerd of aangelegd. Afhankelijk van de mate van oplossingsvrijheid die de aanbesteder in dat kader aan diens wederpartij heeft geboden, kan in die eisen bovendien zijn bepaald 'hoe' dat precies dient te gebeuren.

De juridisch-administratieve voorwaarden van het contract kunnen worden beschouwd als het verdere kader van afspraken waarbinnen de eisen - technische voorwaarden - van de vraagspecificatie moeten worden opgelost. Zulke contractvoorwaarden beschrijven als het ware in niet-technische zin wat de belangrijkste verplichtingen en verantwoordelijkheden van partijen zijn.

Voorbeeld

§ 6 lid 1 UAV 1989 - De aannemer is verplicht het werk uit te voeren naar de bepalingen van de overeenkomst zonder aanspraak op verrekening, bijbetaling of schadevergoeding te kunnen doen gelden dan in de gevallen, waarin dat bepaaldelijk voorgeschreven of kennelijk bedoeld is. Hij is verplicht al datgene te verrichten, wat naar de aard van de overeenkomst door de wet, de billijkheid of het gebruik wordt gevorderd of tot een behoorlijke aanwending der bouwstoffen behoort.

In de contractvoorwaarden kan ook nader zijn bepaald welke garanties de marktpartij moet geven, hoe de geschillenregeling luidt en hoe een bepaalde procedure zal dienen te verlopen tijdens de uitvoering van het contract.

Voorbeeld

§ 23 lid 1 UAVgc 2005 - De in deze paragraaf omschreven acceptatieprocedure is van toepassing op de Acceptatie van de in het acceptatieplan vastgelegde Documenten, zelfstandige hulppersonen, Werkzaamheden en resultaten van Werkzaamheden, alsmede op de Acceptatie van de in § 15 lid 3 genoemde Wijzigingen waartoe de Opdrachtnemer het initiatief neemt.

Belangrijk is ook dat in de contractvoorwaarden in de regel zal zijn bepaald wie voor welke risico's dient in te staan wanneer deze zich onverhoopt tijdens de uitvoering van het contract zouden manifesteren.

Voorbeeld

Gelet op de aard van een DBFM-overeenkomst, waarbij de marktpartij verantwoordelijk is voor het ontwerp, bouw, financiering en langdurig onderhoud, gaat de Model DBFM-overeenkomst RWS uit van de regeling dat alle risico's bij de marktpartij liggen, tenzij er expliciet bepaalde risico's in de overeenkomst bij de aanbesteder zijn gelegd.

De juridisch-administratieve voorwaarden kunnen net als de technische voorwaarden - de eisen - onderdeel zijn van de vraagspecificatie, doch dat behoeft niet altijd het geval te zijn.

Toelichting

Juridisch relevant is dat laatste overigens niet, aangezien de contractvoorwaarden hoe dan ook onderdeel vormen van het tussen partijen gesloten contract en in die zin dus voor beide partijen bindend zijn.

Een helder onderscheid tussen technische en juridisch-administratieve voorwaarden valt in de praktijk overigens niet altijd te maken, getuige het feit dat een bepaald aspect van een tussen partijen gesloten contract nu eens in de technische voorwaarden en dan weer in de juridisch-administratieve voorwaarden is geregeld. Om dezelfde reden als die welke hiervoor werd genoemd, is het hier bedoelde onderscheid juridisch gezien niet zo relevant.

Een illustratie van het niet altijd even heldere onderscheid betreft bijvoorbeeld de procedure die partijen met elkaar afspreken terzake het onderwerp kwaliteitsborging. Soms vindt men die procedure geregeld in de technische voorwaarden, maar men ziet ook regelingen daarvan in juridisch-administratieve voorwaarden.

Zowel technische als juridisch-administratieve voorwaarden kunnen nader worden onderscheiden in gestandaardiseerde en projectspecifieke voorwaarden. Gestandaardiseerde voorwaarden zijn voorwaarden die zijn ontwikkeld met het oog op hun toepassing op tal van in de toekomst te sluiten overeenkomsten.

Voorbeeld

Gestandaardiseerde technische voorwaarden zijn bijvoorbeeld terug te vinden in het standaard RAW bestek en in de STABU-bestekssystematiek.

De bekendste gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden die in de bouw worden gehanteerd, zijn ontwikkeld door vertegenwoordigers van (organisaties van) opdrachtgevers en marktpartijen gezamenlijk.

Voorbeeld

Zie bijvoorbeeld SR 1988; UAV 1989; UAV-TI 1992; AVA 1992; UAVgc 2005; Modelovereenkomst van Onderaanneming 1993 met voorwaarden van onderaanneming; Model Verbouwingsovereenkomst 1998 met Algemene Voorwaarden voor Verbouwingen 1998 en de Toelichting Verbouwingsovereenkomst 1998; Leverings- en betalingsvoorwaarden consumentenwerk installerende bedrijven.

Er wordt in de bouw echter ook veelvuldig gebruik gemaakt van gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden die eenzijdig zijn ontwikkeld door hetzij een (organisatie van) opdrachtgever(s), hetzij door een (organisatie van) marktpartij(en).

Voorbeeld

Gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden die eenzijdig door organisaties van marktpartijen zijn opgesteld, zijn: SR 1997; RVOI 2001; DNR 2005; ALIB 2007; Model Bouwteamovereenkomst 1992. Voorbeelden van gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden die eenzijdig door - in dit geval - de overheid zijn opgesteld, zijn: ARVODI 2008; DBFM Overeenkomst RWS.

Met de aanduiding 'eenzijdig' is louter bedoeld tot uitdrukking te brengen dat de contractvoorwaarden zijn ontwikkeld zonder dat over de inhoud daarvan is meebeslist door (organisaties van) de wederpartij van de gebruiker van de voorwaarden. Het begrip dient in deze context dus niet normatief te worden opgevat.

Projectspecifieke juridisch-administratieve voorwaarden zijn voorwaarden die allereerst zijn bedoeld voor eenmalig gebruik in de zin dat zij speciaal zijn ontwikkeld voor toepassing op een specifieke contract voor de realisatie van een specifiek project. Zij worden dan vaak gebruikt in samenhang met reeds bestaande gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden.

Het doel van de projectspecifieke contractvoorwaarden is dan - voor het specifieke project - een aanvulling en/of afwijking te vormen op de gestandaardiseerde contractvoorwaarden.

Dergelijke projectspecifieke aanvullingen en/of afwijkingen kunnen op zichzelf echter ook weer een gestandaardiseerd karakter krijgen, wanneer het de bedoeling is de aanvullingen en/of afwijkingen op de reguliere gestandaardiseerde contractvoorwaarden 'standaard' toe te passen bij de realisatie van toekomstige projecten.

Voorbeeld

Nadat de UAVgc 2005 door alle betrokken partijen was vastgesteld, heeft RWS besloten om de zogenaamde "Annex XII" vast te stellen. Hiermee wijkt RWS bij contractering - waarbij gebruik wordt gemaakt van de UAVgc 2005 - af van bepaalde artikelen.

3 Waarom dient de contractvorm goed te zijn doordacht?

Wanneer een aanbesteder een bouwproces in gang zet, zal hij dat doen met het oog op het bereiken van een bepaald resultaat. Dat resultaat kan dan worden omschreven in termen van kwaliteit, kosten en tijd, waarbij het ene aspect soms wat belangrijker voor de aanbesteder zal zijn dan het andere, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Toelichting

Zie hierover met name ook par. 3.1 van hoofdstuk 5.

Vanuit het beoogde resultaat alsook de accenten die hij zal willen leggen wat betreft de aspecten kwaliteit, kosten en tijd, zal de aanbesteder voor een bepaalde inrichting van het totale bouwproces moeten kiezen. Eerder werd al duidelijk dat in dat verband met name goed zal moeten worden nagedacht over de keuze van de bouworganisatievorm.

Toelichting

Zie hierover met name par. 2.1 en par. 3.1 van hoofdstuk 5.

De bouworganisatievorm die een aanbesteder in het concrete geval kiest, zegt namelijk iets over de verdeling, de aard en de omvang van de taken van de verschillende partijen die aan het bouwproces zullen gaan deelnemen. Die taakvervulling kan op heel veel verschillende manieren worden georganiseerd en het is belangrijk dat de aanbesteder dat in het concrete geval doet vanuit de doelstellingen die hij met het bouwproces wenst te bereiken.

Daarbij zal het dan bovendien nodig zijn de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm goed af te stemmen op keuzes die worden gemaakt in het kader van de vraagspecificatie.

Toelichting

Zie hierover met name par. 3 van hoofdstuk 6. Vraagspecificatie en bouworganisatievorm liggen in elkaars verlengde. Vraagspecificaties verschillen van elkaar wat betreft de mate van oplossingsvrijheid die zij aan de markt bieden. Dat betekent dat elke vraagspecificatie een weerspiegeling moet zijn van de aard en omvang van de invloed op het bouwproces, zoals de aanbesteder die - getuige de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm - voor zichzelf en voor de door hem ingeschakelde marktpartijen ziet weggelegd. Invloed op het bouwproces en oplossingsvrijheid zijn wat dat betreft inwisselbare begrippen.

In feite kan de keuze terzake de contractvorm aan het hierboven genoemde keuzepalet worden toegevoegd. De aan de markt in het concrete geval geboden invloed op het bouwproces met bijbehorende oplossingsvrijheid dient immers op een consistente manier zijn juridische vertaling te vinden in de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's.

Voorbeeld

Het is niet consistent wanneer een aanbesteder kiest voor een variant van de traditionele bouworganisatievorm, in dat kader een bestek met louter gedetailleerde technische eisen in de markt zet zonder noemenswaardige oplossingsvrijheid voor de markt, om vervolgens de UAVgc 2005 - met bijbehorende ontwerpaansprakelijkheid voor de markt - van toepassing te verklaren op het contract dat hij voornemens is te sluiten met de inschrijver die als beste uit de bus komt.

Een aanbesteder dient de in het concrete geval toe te passen contractvorm - en dan met name de aard en inhoud van de contractvoorwaarden die hij van toepassing wil verklaren op het te sluiten contract - niet alleen goed te doordenken vanuit de gewenste consistentie met de gekozen bouworganisatievorm en de vraagspecificatie. Hij zal dat ook moeten doen vanuit het perspectief van beslissingen die hij overigens moet nemen ten aanzien van een aantal andere belangrijke aspecten van het aanbestedingsproces.

Toelichting

Zie hoofdstuk 3, par. 2.10 en hoofdstuk 5, par. 3.2, waarin is gewezen op de samenhang tussen beslissingen die de aanbesteder in de aanbestedingsfase neemt terzake de aspecten bouworganisatievorm, vraagspecificatie, contractvorm, aanbestedingsprocedure, informatie-uitwisseling en gunningscriterium. In de hoofdstukken waarin deze aspecten aan de orde komen - de hoofdstukken 7 t/m 11 - zal nog nader op die onderling consistente afstemming worden ingegaan.

Een voorbeeld van een inconsistente afstemming in dit verband is bijvoorbeeld het formuleren van een kwalitatieve geschiktheidseis terzake de ervaring van een gegadigde of inschrijver met kwaliteitsborging op het punt van ontwerprisico's, terwijl uit de gekozen contractvorm - in het bijzonder de van toepassing verklaarde juridisch-administratieve voorwaarden - blijkt dat de aansprakelijkheid van de toekomstige aannemer voor dergelijke risico's volledig is uitgesloten.

Het is zoals gezegd belangrijk dat een aanbesteder de consistentie tussen de keuze van de contractvorm en andere materiële aspecten van het aanbestedingsproces goed bewaakt. Maar los daarvan is een goed doordachte contractvorm ook op zichzelf beschouwd een belangrijk onderdeel van de procesinrichting die een aanbesteder kiest vanuit de optiek van het met het bouwproces beoogde resultaat.

In de eerste plaats, omdat de keuze voor een bepaalde contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's zich in de regel bedrijfseconomisch zal laten vertalen in de hoogte van de inschrijvingen die de aanbesteder tegemoet kan zien. Wanneer er dan meer verantwoordelijkheden en risico's bij de markt worden gelegd dan vanuit het perspectief van de aan de markt geboden

oplossingsruimte bezien voor de hand zou liggen, zou zich wel eens de situatie kunnen voordoen dat de aanbesteder uiteindelijk betaalt voor waarde die niet wordt gecreëerd.

Voorbeeld

In het kader van de voorgenomen uitvoering van de aanleg van een provinciale weg kiest de aanbesteder voor de traditionele bouworganisatievorm. De vraagspecificatie heeft de aanbesteder gedetailleerd laten uitwerken tot op besteksniveau door een daarvoor ingehuurd ingenieursbureau. In dat bestek zijn technische keuzes gemaakt wat betreft de afstemming tussen het ontwerp en de geotechnische bodemgesteldheid. De aanbesteder is voornemens om op de met de uitvoerend wegenbouwer te sluiten aannemingsovereenkomst de UAV 1989 van toepassing te verklaren. In § 5 lid 2 UAV 1989 is onder andere bepaald: 'De opdrachtgever draagt de verantwoordelijkheid voor de door of namens hem voorgeschreven constructies en werkwijzen, daaronder begrepen de invloed die daarop door de bodemgesteldheid wordt uitgeoefend (...)'. De aanbesteder wijzigt die bepaling echter als volgt: 'De aannemer draagt de verantwoordelijkheid voor de door of namens de opdrachtgever voorgeschreven constructies en werkwijzen, daaronder begrepen de invloed die daarop door de bodemgesteldheid wordt uitgeoefend (...).'

In dit voorbeeld impliceert de aanpassing van § 5 lid 2 UAV 1989 in feite een verplaatsing van een bepaald risico van de aanbesteder naar de aannemer. Dat leidt tot een andere juridische risicoverdeling dan die welke geëigend zou zijn op basis van de verdeling van invloed die feitelijk tussen partijen heeft plaatsgevonden gegeven de keuzes die zijn gemaakt ten aanzien van de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie. Die gewijzigde risicoverdeling is zodanig dat de aannemer met een risico wordt belast dat niet dan wel onvoldoende door hem zal kunnen worden beheerst. Dat risico zal hij dus moeten afdekken in zijn inschrijving. Uitgaande van de veronderstelling dat alle aan de aanbesteding deelnemende marktpartijen dat zullen doen, leidt de geschetste gang van zaken voor de aanbesteder tot hogere prijsaanbiedingen dan wanneer hij niet zou zijn overgegaan tot het wijzigen van § 5 lid 2 UAV 1989. Die hogere prijsaanbiedingen zijn op zich niet problematisch indien het risico waarvoor de gewijzigde bepaling een voorziening treft zich vervolgens ook daadwerkelijk voordoet. Zou de aanbesteder § 5 lid 2 UAV 1989 immers ongewijzigd hebben gelaten, dan zouden de met de beheersing van het risico gemoeide kosten immers hoe dan ook door hem gedragen dienen te worden. Het bezwaar schuilt echter in het geval waarin het door § 5 lid 2 UAV 1989 geschetste risico zich uiteindelijk niet voordoet. Het moge duidelijk zijn dat de aanbesteder in zo'n geval beter af is met § 5 lid 2 UAV 1989 in ongewijzigde zin.

In het voorafgaande is uitgegaan van de veronderstelling dat alle aan de aanbesteding deelnemende marktpartijen de gewijzigde risicoverdeling, zoals die volgt uit aanpassing van § 5 lid 2 UAV 1989, in hun inschrijvingen zullen afdekken door middel van een risico-opslag. Niet uitgesloten is echter dat sommige aannemers dat om hen moverende redenen niet zullen doen. De aanbesteder loopt in dat geval het risico uiteindelijk te contracteren met een aannemer die in zijn inschrijving geen rekening heeft gehouden met het aan hem op grond van de gewijzigde § 5 lid 2 UAV 1989 toebedeelde risico. Eventuele bezwaren die hier aan kleven, zullen zich vervolgens niet zozeer tijdens de aanbestedingsfase, maar tijdens de uitvoering van de met de aannemer gesloten overeenkomst voordoen. Indien het (niet afgedekte) risico zich dan immers verwezenlijkt, zal de aannemer met meerkosten worden geconfronteerd waarvoor hij geen voorziening heeft getroffen. Niet uitgesloten is dat hij alsnog zal proberen die meerkosten af te wentelen op de aanbesteder, bijvoorbeeld door de juridische houdbaarheid van de gewijzigde § 5 lid 2 UAV 1989 civielrechtelijk ter discussie te stellen (zie daarvoor par 4.2.3 hierna). Zelfs indien hem dat geen soelaas zou bieden, zal de geschetste gang van zaken vanuit een oogpunt van doelmatigheid ook overigens onwenselijk zijn. Contractuele geschillen leiden in de regel nu eenmaal tot een verhoging van de transactiekosten die met de realisatie van het project gemoeid zijn.

Er kan nog een tweede reden worden genoemd waarom een goed doordachte contractvorm ook op zichzelf beschouwd een belangrijk onderdeel vormt van de procesinrichting die een aanbesteder kiest vanuit de optiek van het met het bouwproces beoogde resultaat. Die reden is dat de aanbesteder met de keuze voor een bepaalde contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's zijn toekomstige verhaalsmogelijkheden bepaalt. Wanneer hij minder verantwoordelijkheden en risico's bij de markt legt dan voor de hand zou liggen vanuit het hierboven genoemde perspectief, kan dat er toe leiden dat hij uiteindelijk zelf moet betalen voor risico's die eigenlijk bij diens wederpartij zouden moeten liggen.

Voorbeeld

Een dergelijke discussie kan zich voordoen bij aanbesteders die overwegen om in alliantie met een marktpartij een project te realiseren. In het afwegingskader om tot een alliantie over te gaan, is de vraag relevant of de risico's door aanbesteder of door beide partijen gezamenlijk te beheersen zijn.

Daarmee is overigens niet gezegd dat het bieden van een ruime mate van oplossingsvrijheid aan de markt zich altijd dient te vertalen in een ruimte contractuele toedeling van verantwoordelijkheden en risico's. Het hangt er zoals gezegd uiteindelijk van af welk doel de aanbesteder met het bouwproces wenst te bereiken en waar hij in dat kader het meeste belang aan hecht.

Voorbeeld

Wanneer een aanbesteder het belangrijk vindt dat innovatie vanuit de markt wordt bevorderd, ligt het voor de hand een ruime mate van oplossingsvrijheid aan de markt te bieden. Daar lijkt dan op het eerste gezicht een vergaande contractuele toedeling aan de markt van verantwoordelijkheden en risico's bij te horen. Een aanbesteder dient zich echter te realiseren dat daarmee de kans bestaat dat alsnog de rem op het innovatieve vermogen van de markt wordt gezet.

Afgezien van de hierboven genoemde overwegingen van doelmatigheid, zal een aanbesteder er ook goed aan doen de te hanteren contractvorm vooraf te doordenken vanuit juridisch perspectief.

Toelichting

In par. 4 wordt hierna meer uitvoerig ingegaan op de juridische randvoorwaarden die een aanbesteder in het kader van de contractvorm in acht moet nemen.

Beslissingen die een aanbesteder neemt terzake de te hanteren contractvorm kunnen in de aanbestedingsfase mogelijk op aanbestedingsrechtelijke bezwaren stuiten, bijvoorbeeld omdat een aanbesteder disproportionele contractvoorwaarden van toepassing verklaart. Ook in een later stadium van het bouwproces kan eventueel op grond van met name het contractenrecht nog ten nadele van de aanbesteder tegen dergelijke contractvoorwaarden worden opgetreden. Dergelijke geschillen genereren onnodig(e) transactiekosten en kunnen er bovendien zelfs toe leiden dat de realisatie van het project als geheel onnodig wordt vertraagd.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 Uitgangspunt: de aanbesteder is vrij in de keuze van de contractvorm

Een aanbesteder is in beginsel vrij om te bepalen welke contractvorm hij in het concrete geval zal gaan hanteren. Daarmee wordt bedoeld dat er geen wet- en regelgeving bestaat die de aanbesteder zou belemmeren bij het nemen van beslissingen terzake de aard en inhoud van - en de samenhang tussen - de verschillende contracten die in het concrete geval worden gesloten tussen die deelnemers aan het bouwproces. Bij dit op het beginsel van contractvrijheid gestoelde uitgangspunt dient echter wel een aantal kanttekeningen te worden geplaatst. Op die kanttekeningen wordt in de navolgende paragrafen ingegaan.

4.2 Kanttekeningen

4.2.1 Interne beleidsrichtlijnen

De aanbesteder kan bij het maken van diens keuze voor een bepaalde contractvorm - met name als het gaat om de juridisch-administratieve voorwaarden die hij van toepassing wenst te verklaren op het contract dat hij voornemens is te sluiten met de inschrijver die als beste uit de bus zal komen - worden belemmerd als gevolg van interne beleidsrichtlijnen die binnen diens organisatie gelden en die het (ongewijzigd) toepassen van bepaalde contractvoorwaarden verbieden.

Toelichting

Deze interne richtlijnen kunnen inhoudelijk verschillend van karakter zijn. Ze kunnen bijvoorbeeld bepalen aan welke criteria moet zijn voldaan om in het concrete geval gebruik te mogen maken van gestandaardiseerde voorwaarden, waarbij het dan zowel kan gaan om 'eigen' voorwaarden van de organisatie als om andere gestandaardiseerde voorwaarden. Gesteld dat aan die criteria is voldaan, kunnen de beleidsrichtlijnen daarenboven bepalen welke met name genoemde gestandaardiseerde voorwaarden wel en niet mogen worden gehanteerd - en in welke gevallen dat (niet) mag - alsook wanneer dergelijk gebruik alleen maar is toegestaan onder de voorwaarde dat dat gebeurt in combinatie met aanvullende projectspecifieke voorwaarden. Daarbij kan dan ook weer een onderscheid worden gemaakt tussen aanvullende projectspecifieke voorwaarden met een 'standaard' karakter, in de zin dat zij als aanvulling kunnen worden gebruikt bij meerdere projecten, en projectspecifieke voorwaarden die zijn opgesteld of nog moeten worden opgesteld voor het project in kwestie. Zie in dit verband ook par. 2 hierboven.

Aanbesteders worden daarom nadrukkelijk geadviseerd na te gaan of zij bij (het bepalen van) hun keuze voor een bepaalde contractvorm rekening moeten houden met eventueel binnen hun organisatie geldende interne beleidsrichtlijnen.

4.2.2 Aanbestedingsrechtelijke grenzen

Het is onder omstandigheden niet uitgesloten dat beslissingen met betrekking tot de te hanteren contractvorm op bezwaren stuiten vanuit aanbestedingsrechtelijke optiek. Het gaat dan meer specifiek om het van toepassing verklaren van onevenwichtige juridisch-administratieve voorwaarden op het contract dat de aanbesteder voornemens is te sluiten met de inschrijver die aan het einde van het aanbestedingsproces als beste uit de bus komt.

Toelichting

Van onevenwichtigheid kan sprake zijn indien zonder goede grond wordt afgeweken van een of meer grondprincipes van het (bouw)contractenrecht. Die principes komen er op neer dat een marktpartij de juridische verantwoordelijkheid draagt voor de gevolgen van beslissingen die zij zelf in het bouwproces heeft kunnen nemen. De aanbesteder is op zijn beurt verantwoordelijk voor de gevolgen van zijn eigen beslissingen. Er kan dan onder omstandigheden overigens van eventuele medeverantwoordelijkheid van de marktpartij sprake zijn, indien komt vast te staan dat die marktpartij de aanbesteder had behoren te behoeden voor die gevolgen. Een ander grondprincipe is dat van buitenaf komende risico's moeten worden neergelegd bij die partij die deze risico's het beste kan beheersen.

Wanneer van een of meer van deze principes wordt afgeweken, kan sprake zijn van onevenwichtigheid in de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's. Of dat in het concrete geval ook inderdaad zo is, zal overigens moeten worden beoordeeld aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval. Verschijningsvormen van de hierboven geschetste (eventuele) onevenwichtigheid kunnen zich vervolgens op twee niveaus bevinden.

Op het eerste niveau kan van onevenwichtigheid sprake zijn wanneer de aard van de van toepassing verklaarde juridisch administratieve voorwaarden zich als geheel niet goed verhoudt tot de keuze van de bouworganisatievorm en de daarmee verband houdende vraagspecificatie. Een voor de hand liggend voorbeeld doet zich voor wanneer de aanbesteder een variant van de traditionele bouworganisatievorm toepast, de vraagspecificatie tot op besteksniveau is uitgewerkt en niet of nauwelijks oplossingsvrijheid aan de markt biedt en de aanbesteder vervolgens laat weten de UAVgc 2005 in plaats van de UAV 1989 van toepassing te zullen verklaren op het contract dat met de winnende inschrijver zal worden gesloten. In dit voorbeeld is de keuze van een bepaalde set van standaardvoorwaarden als geheel genomen inconsistent met een aantal andere keuzes die in het aanbestedingsproces zijn gemaakt. Dat kan betekenen dat sprake is van een afwijking van de hierboven geschetste grondprincipes 'over de volle linie'.

Zo'n verschuiving kan zich natuurlijk ook op een ander niveau voordoen. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat een aanbesteder standaardvoorwaarden van toepassing verklaart die consistent zijn met de gekozen bouworganisatievorm en de vraagspecificatie. In het gegeven voorbeeld zou dat de UAV 1989 zijn. Vervolgens zou de aanbesteder in aanvulling op en in afwijking van de UAV 1989 een aantal projectspecifieke contractvoorwaarden van toepassing kunnen verklaren die 'slechts' op onderdelen een afwijking inhouden van de eerder geschetste grondprincipes.

Het hanteren van onevenwichtige contractvoorwaarden kan tot gevolg hebben dat daarmee de mededinging op ongeoorloofde wijze wordt beperkt.

Bron

Zie: Public procurement for Research and Innovation, Expert Group Report for the European Commission (Directorate-General for Research), september 2005, met name hoofdstuk 6.2 van het rapport. De onderzoekscommissie wijst er op dat het gebruik van onevenwichtige voorwaarden een concurrentie- en innovatiebeperkend effect kan hebben.

De situatie die zich dan voordoet, kan in feite worden vergeleken met de in hoofdstuk 6, *par. 4.3.2* beschreven situatie dat de aanbesteder in zijn vraagspecificatie zodanig disproportionele eisen opneemt dat slechts een (te) klein aantal marktpartijen in staat kan worden geacht aan die eisen te voldoen. Waar het in het concrete geval uiteindelijk dus om gaat, is of de door de aanbesteder van toepassing verklaarde juridisch-administratieve voorwaarden voldoen aan het aanbestedingsrechtelijk beginsel van proportionaliteit.

Voorbeeld

Een gemeente besteedt de uitvoering van de bouw van een nieuw stadhuis aan. De aanbesteder heeft geopteerd voor een variant van de traditionele bouworganisatievorm. De vraagspecificatie heeft de aanbesteder gedetailleerd laten uitwerken tot op besteksniveau door een daarvoor ingehuurd ontwerpbureau. In dat bestek zijn technische keuzes gemaakt wat betreft de afstemming tussen het ontwerp en de geotechnische bodemgesteldheid. De aanbesteder is voornemens om op de met de uitvoerend aannemer te sluiten aannemingsovereenkomst juridisch-administratieve voorwaarden van toepassing te verklaren. Een van die voorwaarden is als volgt geformuleerd: "De aannemer draagt de verantwoordelijkheid voor de door of namens de opdrachtgever voorgeschreven constructies en werkwijzen, daaronder begrepen de invloed die daarop door de bodemgesteldheid wordt uitgeoefend."

Een dergelijke juridisch-administratieve voorwaarde wijkt af van de 'normale' regelingen zoals we die terugvinden in art. 7:760 leden 2 en 3 Burgerlijk Wetboek en in § 5 lid 2 UAV 1989. Omdat die laatstbedoelde regelingen echter niet van dwingend recht zijn - hetgeen inhoudt dat partijen daar in hun overeenkomst van mogen afwijken - is het civielrechtelijk op zich niet verboden een voorwaarde te stellen zoals is gebeurd in het gegeven voorbeeld. Maar het is anderzijds wel denkbaar dat zo'n voorwaarde - net zoals dat het geval kan zijn bij een in de vraagspecificatie opgenomen (technische) eis - slechts door een zeer beperkt aantal in de opdracht geïnteresseerde marktpartijen kan worden nageleefd en dat er als gevolg daarvan (te) weinig marktpartijen op de aanbesteding afkomen. Het stellen van zo'n voorwaarde kan dan in feite een ongeoorloofd mededingingsbeperkend effect hebben.

Met het voorgaande is overigens niet gezegd dat elke door een aanbesteder geformuleerde juridisch-administratieve voorwaarde die de marktwerking op de een of andere manier beperkt, in de zin dat een of meer marktpartijen zich als gevolg van zo'n voorwaarde laten weerhouden van deelname aan de aanbestedingsprocedure, per definitie aanbestedingsrechtelijk ontoelaatbaar zou zijn. Indien er immers voldoende marktpartijen aan de aanbestedingsprocedure deelnemen en de mededinging haar werk ten volle kan doen, zal de betreffende voorwaarde in beginsel niet op aanbestedingsrechtelijke bezwaren behoeven te stuiten.

Toelichting

Het voorgaande geldt ook wanneer als gevolg van de handelwijze van de aanbesteder een bepaald deel van de markt als het ware buiten spel wordt gehouden. Denkbaar is bijvoorbeeld dat er op zich voldoende marktpartijen bereid zijn om in te schrijven, niettegenstaande het feit dat de aanbesteder met zijn juridisch-administratieve voorwaarden op onderdelen afwijkt van de eerder besproken grondprincipes. Het maakt dan vervolgens voor de discussie niet uit dat die marktpartijen als gevolg van de gestelde voorwaarden allemaal uit hetzelfde, beperkte marktsegment van grote en financieel draagkrachtige ondernemingen afkomstig zijn en dat kleinere en financieel minder draagkrachtige marktpartijen mogelijk als gevolg van de gestelde voorwaarde niet aan de aanbestedingsprocedure deelnemen. Het beperkt houden van de markt via de band van de eisen in de vraagspecificatie en/of de inhoud van juridisch-administratieve voorwaarden is aanbestedingsrechtelijk niet verboden, zo lang er maar sprake blijft van voldoende mededinging. Het wordt pas anders wanneer de aanbesteder de markt probeert te beperken via het stellen van disproportionele kwalitatieve geschiktheidseisen, die geen redelijk verband meer houden met de te leveren prestatie (zie hoofdstuk 10).

Aanbesteders dienen zich overigens te realiseren dat het sterk afhankelijk zal zijn van de (economische) marktsituatie of inschrijvers zich door het gebruik van bepaalde juridisch-administratieve voorwaarden laten afschrikken van deelname aan een aanbestedingsprocedure.

4.2.3 Risico van contractenrechtelijk ingrijpen achteraf

In de vorige paragraaf ging het om de mogelijke aanbestedingsrechtelijke implicaties van het door een aanbesteder van toepassing verklaren van onevenwichtige juridisch-administratieve voorwaarden op het contract dat hij voornemens is te sluiten met de inschrijver die aan het einde van het aanbestedingsproces als beste uit de bus komt. Het gebruik van onevenwichtige contractvoorwaarden - in de zin dat de aanbesteder zonder goede reden afwijkt van een aantal (bouw)contractenrechtelijke grondprincipes - kan hem ook anderszins in een juridische procedure doen belanden.

Een inschrijver die met een aanbesteder contracteert op basis van vermeend onevenwichtige juridisch-administratieve voorwaarden, zou na contractsluiting de rechter kunnen vragen een of meer van die voorwaarden uit het contract te schrappen op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Bron

Art. 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek - Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Onder welke omstandigheden zo'n vordering bij de rechter kans van slagen heeft, is op grond van de stand van de jurisprudentie op dit moment nog moeilijk te voorspellen. De zeer beperkte (lagere) jurisprudentie die er nu ligt, gaat er vooralsnog van uit dat aanbesteders over de nodige speelruimte beschikken wat betreft de invulling van de juridisch-administratieve voorwaarden. Aanbesteders wordt desalniettemin geadviseerd alert te zijn op het eventuele risico van rechterlijk ingrijpen achteraf.

Toelichting

Over het algemeen zijn rechters zeer terughoudend met het schrappen van bepalingen uit contracten die tot stand zijn gekomen tussen professionele partijen. Het contractenrecht zoals dat in de wet is geregeld, kent voor contracten die tussen professionele partijen worden gesloten namelijk weinig tot geen dwingendrechtelijke bepalingen. Professionele partijen hebben de vrijheid om - binnen de grenzen van de wet, openbare orde en goede zeden - hun contractuele rechtsverhouding naar eigen inzichten in te richten. Rechters gaan niet graag op de stoel van professionele partijen zitten, omdat die over het algemeen immers uitstekend voor zichzelf (hebben) kunnen spreken (op het moment van contractsluiting).

Het argument dat een marktpartij in de context van een aanbesteding echter zou kunnen aanvoeren, wanneer hij zich beroept op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, is dat de mogelijk onevenwichtige juridisch-administratieve voorwaarden eenzijdig door de aanbesteder zijn opgelegd, zonder dat de marktpartij over onderhandelingsmogelijkheden dienaangaande beschikte. Zoals in hoofdstuk 12 nog zal blijken, stelt het aanbestedingsrecht immers grenzen aan die onderhandelingsmogelijkheden. Een van de aanbesteder afkomstig tegenargument zou vervolgens kunnen zijn dat de marktpartij vrijwillig heeft ingeschreven en het contract - met inbegrip van de van toepassing verklaarde juridisch-administratieve voorwaarden - in vrijheid is aangegaan.

In dit verband moet overigens worden herhaald wat ook al in par. 2 is opgemerkt, namelijk dat een aantal van de gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden die in de bouw worden gehanteerd, zijn ontwikkeld door vertegenwoordigers van (organisaties van) opdrachtgevers en marktpartijen gezamenlijk.

Voorbeeld

Zie bijvoorbeeld SR 1988; UAV 1989; UAV-TI 1992; AVA 1992; UAVgc 2005; Modelovereenkomst van Onderaanneming 1993 met voorwaarden van onderaanneming; Model Verbouwingsovereenkomst 1998 met Algemene Voorwaarden voor Verbouwingen 1998 en de Toelichting Verbouwingsovereenkomst 1998; Leverings- en betalingsvoorwaarden consumentenwerk installerende bedrijven.

Aangenomen mag worden dat wanneer deze gestandaardiseerde voorwaarden ongewijzigd worden gehanteerd in een context waarvoor ze zijn bedoeld - lees: dat ze van toepassing worden verklaard in samenhang met een consistente keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm met bijbehorende vraagspecificatie - een beroep van een marktpartij op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid geen kans van slagen zal hebben. Bij het opstellen van deze gestandaardiseerde voorwaarden is over het algemeen namelijk goed rekening gehouden met bezwaren die eventueel op grond van wet- en regelgeving, maar ook op grond van ontwikkelingen in de jurisprudentie, zouden kunnen rijzen ten aanzien van de inhoud van die voorwaarden.

5 Wanneer is de keuze voor een bepaalde contractvorm doelmatig?

5.1 Vertrekpunt

Binnen de juridische randvoorwaarden zoals die staan omschreven in par. 4 is de aanbesteder vrij om te bepalen welke contractvorm hij in het concrete geval zal hanteren. Dat geldt in het bijzonder voor de aard en inhoud van de juridisch-administratieve voorwaarden die hij van toepassing wil verklaren op het contract dat hij voornemens is te gaan sluiten met degene die aan het einde van de aanbestedingsprocedure als beste uit de bus komt. Daarmee is echter nog niet de vraag beantwoord in welke omstandigheden de keuze voor een bepaalde contractvorm ook doelmatig is en door welke overwegingen een aanbesteder zich het beste zou kunnen laten leiden om tot zo'n keuze te komen. Op de beantwoording van die vragen zal in de volgende paragrafen worden ingegaan.

5.2 Gestandaardiseerde en/of projectspecifieke contractvoorwaarden?

In *par. 2* is gewezen op het onderscheid dat kan worden gemaakt tussen gestandaardiseerde en projectspecifieke juridisch-administratieve voorwaarden. De vraag kan worden gesteld in hoeverre dat onderscheid nog een rol speelt bij de beantwoording van de vraag hoe de aanbesteder tot een doelmatige keuze kan komen wat betreft de in het concrete geval toe te passen juridisch-administratieve voorwaarden?

Toelichting

Is het bijvoorbeeld beter om in een bepaald geval gestandaardiseerde in plaats van projectspecifieke contractvoorwaarden van toepassing te verklaren? Of omgekeerd? Of wellicht beide, in de zin dat projectspecifieke contractvoorwaarden van toepassing worden verklaard in aanvulling op gestandaardiseerde voorwaarden?

Het voordeel van het gebruik van gestandaardiseerde contractvoorwaarden is dat zij over het algemeen zijn ontwikkeld - en dat zij zich nog steeds ontwikkelen - via een voortdurend proces van 'trial and error'. Er zal in de loop der jaren veel kennis en ervaring zijn opgedaan met dergelijke voorwaarden en zij zullen over het algemeen hun nut meer dan voldoende hebben bewezen. Dat pleit er voor om - tenzij daar een goede grond voor is aan te voeren - zoveel mogelijk gebruik te maken van gestandaardiseerde voorwaarden. Een hiervan afwijkende gedragslijn leidt in de regel immers tot een toename van transactiekosten, aangezien men nalaat te profiteren van reeds gepleegde investeringen.

Toelichting

Het voorgaande geldt zowel voor gestandaardiseerde contractvoorwaarden die zijn ontwikkeld door vertegenwoordigers van (organisaties van) opdrachtgevers en marktpartijen gezamenlijk, als voor contractvoorwaarden die eenzijdig zijn ontwikkeld door hetzij een (organisatie van) opdrachtgever(s), hetzij door een (organisatie van) marktpartij(en). Zie over dit onderscheid eerder ook par. 2. Het onderscheid kan een overweging van betekenis zijn bij de beantwoording van de vraag welke keuze een aanbesteder in het concrete geval vanuit een oogpunt van doelmatigheid het beste kan maken als het gaat om de te hanteren juridisch-administratieve voorwaarden, zie hierna par. 5.3.

Een goede reden om in aanvulling op gestandaardiseerde contractvoorwaarden - of in afwijking daarvan, eventueel zelfs met volledige terzijdestelling van die voorwaarden - toch gebruik te maken van projectspecifieke contractvoorwaarden, is dat de gestandaardiseerde voorwaarden in het concrete geval soms tekortschieten. De praktijk kan nu eenmaal niet altijd zonder projectspecifieke contractvoorwaarden.

Toelichting

Die praktische behoefte is in feite tweeledig. In de eerste plaats is het zo dat gestandaardiseerde contractvoorwaarden noodzakelijkerwijs een bepaalde mate van abstractie kennen en niet met alle specifieke omstandigheden van het concrete geval rekening kunnen houden. Alleen al daarom is de mogelijkheid om (aanvullende) projectspecifieke juridisch-administratieve voorwaarden te kunnen hanteren, gewenst. In de tweede plaats is het zo dat voor bepaalde situaties helemaal geen op die situaties toegesneden gestandaardiseerde voorwaarden bestaan, zodat de praktijk noodzakelijkerwijs zal moeten terugvallen op het gebruik van projectspecifieke voorwaarden.

Voorbeeld

De UAVgc 2005 zijn gestandaardiseerde contractvoorwaarden die zijn vastgesteld op een tamelijk abstract niveau. Met behulp van een projectspecifieke invulling van de bijbehorende Model Basisovereenkomst, kunnen de UAVgc 2005 als het ware worden afgestemd op de projectspecifieke omstandigheden.

Voorbeeld

Wanneer een aanbesteder kiest voor de bouworganisatievorm alliantie - zie hoofdstuk 5, par. 4 - zal hij met het probleem worden geconfronteerd dat voor de daarbij behorende contractvorm in ons land nog geen gestandaardiseerde contractvoorwaarden zijn ontwikkeld. Dat betekent dat de aanbesteder dan noodzakelijkerwijs zal moeten terugvallen op (het ontwikkelen van) projectspecifieke voorwaarden.

Wanneer een aanbesteder op goede gronden besluit om in aanvulling op, in afwijking van of ter vervanging van gestandaardiseerde contractvoorwaarden gebruik te maken van projectspecifieke contractvoorwaarden, zal dat over het algemeen betekenen dat die voorwaarden eenzijdig door of namens hem zullen worden ontwikkeld.

Toelichting

Dat zal alleen anders zijn wanneer hij de kaders van die projectspecifieke contractvoorwaarden slechts op hoofdlijnen formuleert en hij de aan de aanbestedingsprocedure deelnemende marktpartijen vervolgens de gelegenheid biedt om in het kader van hun inschrijvingen zelf aan te geven hoe zij de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's binnen de aangegeven kaders projectspecifiek zouden willen invullen. Op die manier stelt de aanbesteder de inschrijvers in staat ook op het vlak van de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's met elkaar te concurreren. Zie hierna ook par. 5.5.

Dat brengt vervolgens de vraag in beeld of en in hoeverre het al dan niet eenzijdige karakter van juridisch-administratieve voorwaarden - hetzij gestandaardiseerd, hetzij projectspecifiek - nog een factor van betekenis is bij de beantwoording van de vraag hoe de aanbesteder tot een doelmatige keuze kan komen wat betreft de in het concrete geval toe te passen contractvoorwaarden?

5.3 Eenzijdig of in overleg vastgestelde contractvoorwaarden?

In *par. 2* is er reeds op gewezen dat met de aanduiding 'eenzijdig vastgestelde contractvoorwaarden' enkel en alleen is bedoeld tot uitdrukking te brengen dat dergelijke contractvoorwaarden zijn ontwikkeld zonder dat over de inhoud daarvan is meebeslist door (organisaties van) de wederpartij van de gebruiker van de voorwaarden. Daarmee is dus niet gezegd dat de inhoudelijke kwaliteit van eenzijdig vastgestelde contractvoorwaarden negatief zou afwijken van die van in gezamenlijk overleg vastgestelde contractvoorwaarden.

Toelichting

Een aanbesteder dient zich anderzijds wel te realiseren dat het feit dat contractvoorwaarden eenzijdig door of namens hem zijn opgesteld, een factor van betekenis kan zijn bij de inhoudelijke beoordeling van die voorwaarden door de rechter op basis van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zie daarover eerder par. 4.2.3.

Het voorgaande laat echter onverlet dat er belangrijke voordelen kleven aan het gebruik van in gezamenlijk overleg vastgestelde contractvoorwaarden. In de eerste plaats zullen dergelijke voorwaarden in de regel zijn ontwikkeld binnen een breed verband van experts die afkomstig zijn uit organisaties van (overheids)opdrachtgevers en marktpartijen.

Voorbeeld

De totstandkoming van de UAVgc 2005 is in dit verband een goede illustratie.

Verwacht mag worden dat als gevolg van die brede betrokkenheid van experts beter rekening zal zijn gehouden met eventuele economische en juridische bezwaren die zouden kunnen rijzen ten aanzien van de inhoud van de te ontwikkelen contractvoorwaarden.

Toelichting

Juist door een brede en tweezijdig opgezette betrokkenheid van experts zal men er over het algemeen in geslaagd zijn te bereiken dat de contractvoorwaarden goed aansluiten bij de eerder in par. 4.2.3 geformuleerde grondprincipes van het (bouw)contractenrecht. In het verlengde daarvan zal over het algemeen ook zijn gewaarborgd dat de aldus ontwikkelde contractvorm op een consistente manier aansluit bij de bouworganisatievorm en de bijbehorende vraagspecificatie waarvoor die contractvorm wordt ontwikkeld.

Het 'tweezijdig' ontwikkelen van gestandaardiseerde en/of projectspecifieke contractvoorwaarden draagt er toe bij dat meer zekerheid wordt geboden over het feit dat de verantwoordelijkheden en risico's doelmatig en evenwichtig over de partijen zijn verdeeld. Dat mechanisme is over het algemeen minder aanwezig bij eenzijdig ontwikkelde contractvoorwaarden.

5.4 Welke gestandaardiseerde contractvoorwaarden?

5.4.1 Tussenconclusie en vertrekpunt

Op grond van het voorafgaande kunnen de volgende tussenconclusies worden getrokken. In beginsel doet een aanbesteder er vanuit een oogpunt van doelmatigheid goed aan gebruik te maken van gestandaardiseerde contractvoorwaarden die zijn ontwikkeld door vertegenwoordigers van (organisaties van) opdrachtgevers en marktpartijen gezamenlijk. Wanneer dergelijke in onderling overleg tot stand gekomen standaardvoorwaarden niet voorhanden zijn, kan hij gebruik maken van eenzijdig ontwikkelde gestandaardiseerde contractvoorwaarden. Alleen wanneer daar goede gronden voor zijn aan te voeren, zou de aanbesteder in aanvulling op, in afwijking van of zelfs ter vervanging van de hiervoor bedoelde gestandaardiseerde contractvoorwaarden - al dan niet eenzijdig tot stand gekomen - gebruik kunnen maken van projectspecifieke contractvoorwaarden.

Gegeven deze tussenconclusies rijst allereerst de vraag hoe de aanbesteder in het concrete geval het beste tot een keuze kan komen wat betreft de te gebruiken gestandaardiseerde contractvoorwaarden. Op die vraag wordt ingegaan in de navolgende paragrafen. Vervolgens zal in *par. 5.5* nog kort aandacht worden besteed aan de vraag hoe de aanbesteder het beste te werk kan gaan bij het opstellen van projectspecifieke contractvoorwaarden.

5.4.2 Aansluiting zoeken bij overwegingen die tot keuze bouworganisatievom leiden

5.4.2.1 Bouworganisatievorm, vraagspecificatie en contractvorm

Bij het beantwoorden van de vraag hoe de aanbesteder in het concrete geval het beste tot een keuze kan komen wat betreft de te gebruiken gestandaardiseerde contractvoorwaarden, zal hij zich uit een oogpunt van doelmatigheid in belangrijke mate kunnen laten leiden door dezelfde overwegingen als die waardoor hij zich laat leiden bij het maken van zijn keuze voor de toe te passen bouworganisatievorm en - in het verlengde daarvan - de mate van oplossingsvrijheid die hij middels de vraagspecificatie aan de markt heeft geboden. De keuze van de invulling van de contractvorm - met name de keuze van de te hanteren gestandaardiseerde contractvoorwaarden - ligt sterk in het verlengde van die andere keuzes.

Toelichting

Zie in dit verband eerder ook al par. 3 van dit hoofdstuk en par. 3 van hoofdstuk 6. Een aanbesteder kiest de voor hem in het concrete geval meest geschikte bouworganisatievorm aan de hand van de omstandigheden van het geval. Welke omstandigheden dat precies zijn en hoe een aanbesteder in dat verband het beste te werk kan gaan, is uitvoerig besproken in hoofdstuk 5, par. 6. Die omstandigheden zien onder andere ook op de vraag welke mate van oplossingsvrijheid de aanbesteder de markt wil, kan en mag geven. Daar vloeit dan als vanzelf de meest geëigende keuze terzake de te hanteren contractvorm en de bijbehorende gestandaardiseerde contractvoorwaarden uit voort.

Het voorgaande komt ook tot uitdrukking in het DSS, in de zin dat de gebruiker van het DSS niet alleen wordt geadviseerd over de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie die in het

concrete geval het beste kan worden gebruikt, maar ook over de contractvorm die daar het beste bij aansluit, in het bijzonder wat betreft de te hanteren gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden.

5.4.2.2 Traditionele bouworganisatievorm

Bij de traditionele bouworganisatievorm worden de op te lossen eisen van de vraagspecificatie van de aanbesteder hetzij binnen zijn eigen organisatie, hetzij - met name in de B&U-sector - namens de aanbesteder door bijvoorbeeld een architect of raadgevend ingenieur tot op besteksniveau gespecificeerd. Dat bestek wordt vervolgens door een aannemer uitgevoerd. De relevante modaliteiten die vervolgens binnen de traditionele bouworganisatievorm kunnen worden onderkend, zijn:

- alleen uitvoering uitbesteden;
- ontwerp, uitvoering en meerjarig onderhoud gescheiden uitbesteden;
- bouwteam.

Toelichting

Zie in dit verband ook hoofdstuk 5, par. 5.2.

Kiest de aanbesteder er voor om alleen de uitvoering aan te besteden en alle overige taken binnen de eigen organisatie te houden, dan is het raadzaam de UAV 1989 of de UAV-TI 1992 op de aanbestede opdracht van toepassing te verklaren, afhankelijk van het type werk dat dient te worden uitgevoerd. Een keuze voor deze voorwaarden ligt met name voor de hand indien de aanbesteder er voor kiest om tijdens de uitvoering van het project directie te laten voeren.

Toelichting

De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV) 1989 worden vooral gebruikt in het kader van contracten gesloten tussen overheidsopdrachtgevers en andere professionele opdrachtgevers enerzijds en aannemers anderzijds. De UAV 1989 kunnen in dat kader in principe worden toegepast voor de realisatie van alle soorten bouwprojecten. Betreft het project echter de aanleg van een technische installatie - al dan niet in, aan, op of onder een bestaand of een nog te bouwen andersoortig project - dan ligt toepassing van de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van Technische Installaties (UAV-TI) 1992 meer voor de hand.

Kenmerkend voor de UAV 1989 en de UAV-TI 1992 is dat ze vooral zijn bedoeld voor situaties waarin door of namens de aanbesteder controle wordt uitgeoefend (directietoezicht) over de uitvoering van het bouwproject door de aannemer of installateur. Vergelijkbare voorwaarden, die echter niet voorzien in een dergelijke controle, zijn de Algemene Voorwaarden voor Aannemingen in het Bouwbedrijf (AVA 1992) en de Algemene Leveringsvoorwaarden Installerende Bedrijven 2007 (ALIB 2007).

Besluit de aanbesteder het vervaardigen van het ontwerp, de uitvoering van het project en het meerjarig onderhoud daarvan via afzonderlijke opdrachten aan te besteden aan evenzoveel partijen, dan geldt de aanbeveling voor wat betreft het hanteren van de UAV 1989 of de UAV-TI 1992 in het kader van de aanbesteding van de uitvoeringsopdracht ook in dat geval. Op de aanbestede overeenkomst tot het vervaardigen van het ontwerp, kan de DNR 2005 van toepassing worden verklaard.

Toelichting

Op overeenkomsten met architecten werden tot voor kort de Standaardvoorwaarden 1997 Rechtsverhouding Opdrachtgever en Architect (SR 1997) van toepassing verklaard, terwijl voor overeenkomsten met raadgevend ingenieurs gebruik werd gemaakt van de Regeling van de Verhouding tussen Opdrachtgever en adviserend Ingenieursbureau (RVOI 2001). Beide sets van juridisch-administratieve voorwaarden zijn in 2005 opgegaan in De Nieuwe Regeling, Rechtsverhouding opdrachtgever-architect, ingenieur en adviseur (DNR 2005).

Voor wat betreft de afzonderlijke opdracht ter zake het verrichten van meerjarig onderhoud bestaan geen gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden. Hiervoor zal dus moeten worden teruggevallen op (te ontwikkelen) projectspecifieke contractvoorwaarden.

Toelichting

Zie hierna par. 5.5.

Binnen de traditionele bouworganisatievorm is daarnaast nog denkbaar dat de aanbesteder het ontwerp en de uitvoering van het bouwproject weliswaar gescheiden uitbesteedt, doch dat hij met de externe partijen nadere afspraken maakt over de adviserende betrokkenheid van de aannemer - gegeven diens uitvoeringsexpertise - bij het maken van het ontwerp. In zo'n geval kiest de aanbesteder voor de figuur van het bouwteam. Op de contracten die worden gesloten met de partijen die ieder afzonderlijk de ontwerp- en uitvoeringstaken op zich nemen, kunnen de hierboven bedoelde juridisch-administratieve voorwaarden van toepassing worden verklaard.

Toelichting

DNR 2005, UAV 1989 of UAV-TI 1992.

aarenboven kan de aanbesteder met de aannemer ook nog een bouwteamovereenkomst sluiten, waarvoor dan de VGBouw Model Bouwteamovereenkomst 1992 zou kunnen worden gehanteerd.

Toelichting

Van een bouwteam is sprake wanneer de uitvoerende aannemer, nog voordat hij met de aanbesteder een aannemingsovereenkomst sluit (al dan niet onder van toepassingverklaring van de UAV 1989), met de aanbesteder en de door deze ingeschakelde architect of raadgevend ingenieur vanuit zijn uitvoeringsexpertise meedenkt in de ontwerpfase. Dat doet hij dan op basis van een separaat met de aanbesteder te sluiten bouwteamovereenkomst. Voor die overeenkomst kan dan gebruik worden gemaakt van de VGBouw Model Bouwteamovereenkomst 1992.

5.4.2.3 Geïntegreerde bouworganisatievorm

Bij de geïntegreerde bouworganisatievorm worden de op te lossen eisen van de vraagspecificatie van de aanbesteder hetzij binnen zijn eigen organisatie, hetzij door een daartoe ingeschakelde architect of raadgevend ingenieur, gespecificeerd tot op een niveau dat kan variëren van een functioneel programma van eisen enerzijds tot een definitief ontwerp anderzijds. Die eisen dienen vervolgens door een marktpartij te worden uitgewerkt tot een uitvoeringsgereed ontwerp en door diezelfde partij tevens te worden uitgevoerd. De modaliteiten die vervolgens binnen de geïntegreerde bouworganisatievorm kunnen worden onderkend, zijn:

- D&B;
- DBM;
- DBFM;
- DBFMO.

Toelichting

Zie in dit verband ook hoofdstuk 5, par. 5.3.

Kiest de aanbesteder voor D&B en wenst hij alle overige taken binnen de eigen organisatie te houden, dan is het raadzaam de UAVgc 2005 op de aanbestede opdracht van toepassing te verklaren.

Toelichting

De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contractvormen (UAVgc 2005) zijn het resultaat van een lichte herziening van de UAVgc 2000, die op hun beurt weer deels zijn afgeleid van de hierboven genoemde UAV 1989. De UAVgc 2005 zijn in eerste instantie vooral bedoeld om van toepassing te worden verklaard op contracten waarbij de opdrachtnemer zowel (fasen van) het ontwerpproces als de uitvoering van het bouwproject voor diens rekening neemt. De voorwaarden kunnen daarenboven echter ook van toepassing worden verklaard op contracten waarbij de opdrachtnemer, in aanvulling op de hiervoor bedoelde prestaties, ook het meerjarig onderhoud van het door hemzelf ontworpen en gerealiseerde bouwproject verzorgt.

Uitgangspunt is dan wel dat de aanbesteder zijn vraagspecificatie zelf uitwerkt of door een derde laat uitwerken tot op het niveau van een functioneel programma van eisen, een voorlopig ontwerp, dan wel een definitief ontwerp. Het laten uitwerken van de vraagspecificatie door een derde zou dan weer kunnen plaatsvinden onder toepasselijkheid van de DNR 2005.

Toelichting

Zie par. 5.4.2.2.

De hierboven gegeven aanbeveling geldt ook in het geval waarin de aanbesteder kiest voor de bouworganisatievorm DBM. De UAVgc 2005 bevatten namelijk een hoofdstuk met daarin opgenomen juridisch-administratieve voorwaarden die van toepassing kunnen worden verklaard op de contractfase waarin het meerjarig onderhoud wordt uitgevoerd.

Kiest de aanbesteder tot slot voor één van de bouworganisatievormen DBFM of DBFMO, dan zijn er geen gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden voorhanden die zijn opgesteld door vertegenwoordigers van (organisaties van) opdrachtgevers en marktpartijen gezamenlijk. De aanbesteder wordt daarom geadviseerd gebruik te maken van eenzijdig ontwikkelde gestandaardiseerde contractvoorwaarden. Voor wat betreft de bouworganisatievorm DBFM is dat bijvoorbeeld de Model DBFM-overeenkomst van Rijkswaterstaat.

Toelichting

De DBFM Overeenkomst RWS is nu een a-typische vorm: opgesteld door RWS en vervolgens als concept voorgelegd aan marktpartijen voor commentaar. Dit commentaar is vervolgens (deels) verwerkt en vastgesteld. Dezelfde systematiek wordt nu gevolgd bij de totstandkoming van de uniforme, Rijksbrede DBFM Overeenkomst: opstellen door het Rijk en vervolgens voor commentaar voorleggen aan de markt.

5.5 Welke projectspecifieke contractvoorwaarden?

In *par. 5.4.1* is aanbevolen dat wanneer een aanbesteder daar goede gronden voor heeft, hij in aanvulling op, in afwijking van of zelfs ter vervanging van de in *par. 5.4.2* besproken gestandaardiseerde contractvoorwaarden - al dan niet eenzijdig tot stand gekomen - gebruik kan maken van projectspecifieke contractvoorwaarden. Dat gaf aanleiding tot het stellen van de vraag hoe de aanbesteder het beste te werk kan gaan bij het opstellen van projectspecifieke contractvoorwaarden.

Toelichting

Die vraag is zoals gezegd om meerdere redenen relevant. In de eerste plaats kan worden gedacht aan de gevallen waarin de aanbesteder weliswaar op goede gronden - zie par. 5.4.2 - heeft gekozen voor het gebruik van bijvoorbeeld de UAV 1989, de UAVgc 2005 of het Model DBFM-overeenkomst RWS, maar waarbij het vervolgens noodzakelijk is die gestandaardiseerde contractvoorwaarden aan te vullen met projectspecifieke voorwaarden. In de tweede plaats kan worden gedacht aan gevallen waarvoor helemaal nog geen gestandaardiseerde contractvoorwaarden bestaan. Zo'n geval doet zich bijvoorbeeld voor wanneer de aanbesteder kiest voor de bouworganisatievorm alliantie, zie hoofdstuk 5, par. 5.4.

Het voert vanzelfsprekend te ver om in de Leidraad uitvoerig in te gaan op de inhoudelijke eisen waaraan projectspecifieke juridisch-administratieve voorwaarden in het algemeen dienen te voldoen. Beziet men de vraagstelling echter vanuit het specifieke doel dat met de Leidraad beoogd wordt te dienen, dan kunnen op hoofdlijnen de volgende aanbevelingen worden gedaan.

De aanbesteder dient bij het formuleren van projectspecifieke voorwaarden voor ogen te houden dat de aard en inhoud van die voorwaarden de keuzes zullen moeten reflecteren die de aanbesteder heeft gemaakt voor wat betreft de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie. Die keuzes geven immers aan wat de feitelijke aard en omvang is van de invloed op het bouwproces, zoals de aanbesteder die voor zichzelf en voor diens toekomstige wederpartij weggelegd ziet. De juridische verdeling van verantwoordelijkheid middels projectspecifieke voorwaarden dient bij deze feitelijke mogelijkheid tot beïnvloeding van het gewenste verloop en de gewenste uitkomst van het bouwproces aan te sluiten. Bij de uitwerking van dit leidend principe is het raadzaam de grondprincipes van het bouwcontractenrecht zoals die staan beschreven in *par. 4.2.3* in acht te nemen. Die grondprincipes liggen aan de basis van de reeds bestaande gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden die in *par. 5.4.2* zijn besproken.

Wanneer de aanbesteder de bovenstaande aanbevelingen volgt, loopt hij de minste risico's wat betreft bezwaren die zouden kunnen rijzen vanuit juridisch oogpunt en/of vanuit een oogpunt van doelmatigheid.

De aanbesteder zou er overigens voor kunnen kiezen ook de markt te betrekken bij het formuleren van de projectspecifieke contractvoorwaarden. Hij zou dat kunnen doen door de inhoud van die voorwaarden - met name de contractuele verdeling van risico's - tot inzet van de aanbesteding te maken. Dat houdt kort gezegd in dat hij zich beperkt tot het in de vraagspecificatie op hoofdlijnen formuleren van de kaders van de projectspecifieke contractvoorwaarden en dat hij de aan de aanbestedingsprocedure deelnemende marktpartijen vervolgens de gelegenheid biedt om in het kader van hun inschrijvingen zelf aan te geven hoe zij de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's binnen de aangegeven kaders projectspecifiek zouden willen invullen.

Toelichting

Deze aanpak wordt bijvoorbeeld gevolgd bij de nieuwe DBFM-overeenkomst van Rijkswaterstaat en zal in de toekomst ook worden gevolgd bij de nieuwe Rijksbrede DBFM-overeenkomst.

Welke aanbestedingsprocedure te hanteren?

8

Managementsamenvatting

Wat is het doel van dit hoofdstuk?

- **Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te helpen bij het kiezen van díe aanbestedingsprocedure die het beste aansluit bij die specifieke omstandigheden.**

Welke aanbestedingsprocedures zijn voorhanden?

- **De volgende aanbestedingsprocedures zijn op dit moment in de bouwpraktijk voorhanden: openbare procedure; niet-openbare procedure; concurrentiegerichte dialoog; onderhandelingsprocedure met of zonder voorafgaande bekendmaking; onderhandse procedure.**

Aan welke juridische randvoorwaarden is een aanbesteder gebonden bij de keuze van de aanbestedingsprocedure?

- **Indien er op de aanbesteder een verplichting rust om de bouwopdracht Europees aan te besteden met inachtneming van de Algemene Richtlijn, kan hij alleen vrijelijk gebruik maken van de openbare en de niet-openbare procedure.**
- **Gebruik van de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedures is onder de Richtlijnen slechts in uitzonderingsgevallen toegelaten. De onderhandse procedure kan in het geheel niet worden toegepast. Onder de Richtlijn Nutssectoren bestaan meer flexibele mogelijkheden tot toepassing van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, maar ontbreekt de concurrentiegerichte dialoog.**
- **Indien er op de aanbesteder een verplichting rust om de bouwopdracht aan te besteden op basis van de jurisprudentie van het HvJ EG, kan de aanbesteder vrijelijk gebruik maken van alle genoemde aanbestedingsprocedures, met uitzondering van de onderhandse procedure. Een aanbesteder kan deze vrijheid overigens zelf hebben beperkt op grond van eigen beleidsregels.**
- **Indien er geen verplichting op de aanbesteder rust om 'Europees' aan te besteden, heeft hij de maximale ruimte wat betreft de toe te passen procedure, met inbegrip van de onderhandse procedure. Ook in dit geval kan een aanbesteder deze vrijheid overigens zelf hebben beperkt op grond van eigen beleidsregels.**

Welke aanbevelingen kunnen vanuit een oogpunt van doelmatigheid worden gedaan ten aanzien van de keuze van de aanbestedingsprocedure?

- **Gegeven de juridische keuzeruimte die van geval tot geval zal bestaan, wordt allereerst aanbevolen dat een aanbesteder in beginsel gebruik maakt een procedure die algemeen moet worden aangekondigd.**
- **In de tweede plaats wordt aanbevolen bij de aanbesteding van projecten op basis van D&B, DBM, DBFM, DBFMO en alliantie zoveel mogelijk gebruik te maken van de concurrentiegerichte dialoog.**
- **Gesteld dat er op grond van de Algemene Richtlijn moet worden aanbesteed, zal de aanbesteder voor wat betreft D&B en DBM noodgedwongen moeten terugvallen op de openbare dan wel de niet-openbare procedure, waarbij de laatstbedoelde procedure dan de voorkeur geniet.**
- **Bij de aanbesteding van projecten op basis van de traditionele bouworganisatievorm kiest de aanbesteder uit de openbare dan wel de niet-openbare procedure, waarbij hij zich zoveel mogelijk probeert te laten leiden door de marktsituatie van dat moment.**

1 Inleiding

Het vertrekpunt van dit hoofdstuk is dat de aanbesteder een aantal beslissingen heeft genomen met betrekking tot:
- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm.

De aanbesteder zal het aanbestedingsproces nu willen vervolgen door zijn vraagspecificatie daadwerkelijk in de markt te zetten. Hij zal dat dan moeten doen met behulp van een aanbestedingsprocedure. Aanbestedingsprocedures zijn er in verschillende soorten en maten. Welke aanbestedingsprocedure de aanbesteder in het concrete geval het beste kan kiezen, hangt nauw samen met de omstandigheden van het geval. Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te helpen bij het kiezen van díe aanbestedingsprocedure die het beste aansluit bij die specifieke omstandigheden. Om dat te kunnen doen, wordt in dit hoofdstuk eerst duidelijk gemaakt wat in de Leidraad onder het begrip 'aanbestedingsprocedure' wordt verstaan *(par. 2)*. Vervolgens komt de vraag aan de orde waarom het belangrijk is dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over de vraag welke aanbestedingsprocedure hij in het concrete geval het beste zou kunnen hanteren *(par. 3)*. Daarna wordt een overzicht gegeven van de aanbestedingsprocedures die op dit moment voorhanden zijn *(par. 4)*. Met name (semi-)overheidsaanbesteders zullen zich moeten realiseren dat zij niet altijd vrijelijk kunnen kiezen uit de beschikbare procedures, omdat die keuze aan juridische randvoorwaarden kan zijn gebonden *(par. 5)*. Voor zover de keuze voor een bepaalde procedure juridisch is vrijgelaten, kunnen bovendien nog overwegingen van doelmatigheid een rol spelen waar de aanbesteder zich in het concrete geval eveneens van bewust moet zijn *(par. 6)*.

2 Wat is een 'aanbestedingsprocedure'?

Een aanbestedingsprocedure is een procedure met behulp waarvan een aanbesteder probeert te komen tot gunning van een opdracht aan een marktpartij door concurrentie in de markt op te roepen. Omdat marktcompetitie echter op verschillende manieren kan worden georganiseerd, is het goed om op te merken dat niet iedere vorm van georganiseerde marktcompetitie onder het etiket van 'aanbestedingsprocedure' kan worden geschaard. Om van een aanbestedingsprocedure te kunnen spreken, moet er zowel een feitelijke als een daarmee samenhangende juridische karakteristiek kunnen worden onderscheiden.

Kenmerkend voor een aanbestedingsprocedure is allereerst dat de aanbesteder twee of meer marktpartijen *gelijktijdig* benadert met een uitnodiging tot deelname aan de procedure en dat het voor die marktpartijen ook kenbaar is dat zij - wanneer zij op die uitnodiging ingaan - in een door de aanbesteder georganiseerde competitie met andere partijen zullen treden.

Toelichting

Er is geen sprake van een aanbestedingsprocedure wanneer een klant eerst vrijblijvend bij de ene marktpartij om een offerte vraagt om vervolgens - na ontvangst van die offerte - een andere marktpartij te verzoeken om een offerte.

Om van een aanbestedingsprocedure in voorgaande zin te kunnen spreken, is overigens weer niet vereist dat een marktpartij weet hoeveel andere marktpartijen aan de procedure zullen deelnemen en wat de identiteit van die andere partijen is. Waar het om gaat, is dat er bij ieder van de aan de procedure deelnemende partijen het besef aanwezig is dat zij gelijktijdig met elkaar in competitie treden.

Toelichting

Dat besef zal in de regel ontstaan als gevolg van de wijze waarop de aanbesteder diens voornemen om met behulp van een aanbestedingsprocedure tot gunning van een bouwopdracht te komen naar marktpartijen kenbaar maakt. Zeker wanneer de aanbesteder op grond van een wettelijke verplichting een aanbestedingsprocedure moet hanteren, zal er op grond van diezelfde verplichting veelal gebruik gemaakt moeten worden van een openbare aankondiging van die procedure, zie ook par. 5 hierna. Uit die aankondiging zal vervolgens door eenieder kunnen worden opgemaakt dat deelname aan de procedure inhoudt dat marktpartijen met elkaar in competitie zullen treden. Maar ook wanneer een aanbesteder onverplicht overgaat tot het toepassen van een aanbestedingsprocedure, zal een marktpartij uit de uitnodiging om aan die procedure deel te nemen dikwijls kunnen opmaken dat het de intentie van de aanbesteder is om een aantal marktpartijen gelijktijdig met elkaar in concurrentie te laten treden. De aanbesteder kan daar blijk van geven door in de uitnodiging tot deelname expliciet het begrip 'aanbesteding(sprocedure)' te hanteren, maar hij zou dat ook kunnen doen door in de uitnodiging de te doorlopen procedure stapsgewijs te beschrijven en met name in te gaan op de voorwaarden waaraan de uitgenodigde marktpartij dient te voldoen om voor selectie en gunning in aanmerking te komen.

De hierboven beschreven feitelijke karakteristiek van een aanbestedingsprocedure heeft ook een belangrijke juridische consequentie. Door aan twee of meer marktpartijen kenbaar te maken dat hij voornemens is door middel van een vooraf opgezette competitieve procedure tot gunning van een bouwopdracht te komen, geeft de aanbesteder als het ware een deel van zijn contractsvrijheid prijs. Marktpartijen die op deze manier door een aanbesteder worden benaderd, mogen namelijk van de aanbesteder verwachten dat zij allen een gelijke kans krijgen op het verwerven van de aanbestede bouwopdracht.

Toelichting

Dit belangrijke uitgangspunt dat een aanbesteder de deelnemers aan een aanbestedingsprocedure op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen, geldt niet alleen ingeval een overheidsaanbesteder op grond van een wettelijke verplichting overgaat tot het hanteren van een aanbestedingsprocedure. Het uitgangspunt geldt ook indien een puur private aanbesteder op vrijwillige basis een bouwopdracht in de markt besluit te zetten met behulp van een aanbestedingsprocedure. Indien het hanteren van een aanbestedingsprocedure verplicht is op grond van aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving, vloeit de verplichting tot het in acht nemen van het beschreven uitgangspunt voort uit die wet- en regelgeving. Indien een aanbestedingsprocedure daarentegen onverplicht wordt gehanteerd, vloeit het uitgangspunt voort uit het privaatrechtelijke leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid (Bron: HR 4 april 2003, NJ 2004, 35).

Het voorgaande betekent dat een aanbesteder die een bouwopdracht met behulp van een aanbestedingsprocedure aanbesteedt, vanaf dat moment niet geheel vrij meer is om naar eigen inzicht tot de keuze van een contractuele wederpartij te komen. Hij zal bij het bepalen van zijn keuze de deelnemers aan de procedure op gelijke en niet-discriminerende wijze moeten behandelen en de procedure tegen die achtergrond moeten inrichten.

Toelichting

Hoe de aanbesteder daarbij precies te werk moet gaan, kan in het concrete geval voor de aanbesteder zijn uitgewerkt in aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving. Dat is in ieder geval zo wanneer een (semi-) overheidsaanbesteder verplicht is een bouwopdracht Europees aan te besteden op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Voorzover een (semi-)overheidsaanbesteder echter niet verplicht is om die aanbestedingsrichtlijnen in acht te nemen, maar er wel een verplichting bestaat om aan te besteden op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie EG - zie hoofdstuk 1, par. 1.1 - zijn er geen uitgewerkte concrete regels voor handen die de aanbesteder in acht zou moeten nemen wanneer hij gebruik maakt van een aanbestedingsprocedure. Een uitzondering kan hier gelden voor de bouwministeries, voor wie op grond van het BAW een verplichting kan bestaan om bij de toepassing van een aanbestedingsprocedure - ook buiten de in de aanbestedingsrichtlijnen geregelde gevallen - de regels van het ARW 2005 in acht te nemen. Zie ook in dit verband ook hoofdstuk 1, par. 1.1. Wanneer voor een aanbesteder geen verplichting bestaat tot het hanteren van een aanbestedingsprocedure en die aanbesteder desalniettemin vrijwillig besluit om zo'n procedure toch te hanteren, kan die aanbesteder de procedure zelf concreet uitwerken in procedurevoorschriften. Dat moet dan overigens gebeuren met inachtneming van het eerder genoemde uitgangspunt dat de deelnemers aan de procedure op gelijke en niet-discriminerende wijze moeten worden behandeld. Ook zo'n aanbesteder zou er overigens verstandig aan doen het wiel niet zelf uit te vinden en het ARW 2005 vrijwillig van toepassing te verklaren op de aanbestedingsprocedure. Dat is alleen al raadzaam vanuit een oogpunt van beperking van onnodige administratieve lasten.

Het hierboven weergegeven uitgangspunt geldt overigens niet in geval er géén aanbestedingsprocedure wordt gehanteerd (en ook niet behoeft te worden gehanteerd).

Toelichting

Hier wordt met name gedoeld op het reeds genoemde geval waarin een klant eerst vrijblijvend bij de ene marktpartij om een offerte vraagt om vervolgens - na ontvangst van die offerte - een andere marktpartij te verzoeken om een offerte. Dan is zoals gezegd geen sprake van een aanbestedingsprocedure en geldt evenmin het uitgangspunt dat de klant de marktpartijen op gelijke en niet-discriminerende wijze zou moeten behandelen. Anderzijds moet natuurlijk wel worden opgemerkt dat het privaatrechtelijke leerstuk van de pre-contractuele redelijkheid en billijkheid er aan in de weg kan staan dat onderhandelingen die met de ene marktpartij worden gevoerd, zomaar worden afgebroken met het oog op het sluiten van een overeenkomst met een andere marktpartij. Die problematiek valt echter buiten het bestek van de Leidraad. Ook kan het in het geschetste geval - maar in feite ook in het geval dat een aanbestedingsprocedure wordt gehanteerd - onder omstandigheden onrechtmatig en/of in strijd met de pre-contractuele redelijkheid en billijkheid zijn om de offerte van de ene marktpartij 'door te spelen' naar de andere marktpartij met het oog op het verkrijgen van een scherpere offerte.

In zo'n situatie - waarin dus geen sprake is van een aanbestedingsprocedure - geldt tussen de betrokken partijen het gewone beginsel van contractsvrijheid. De vragende partij kan dan - zonder dat de betrokken marktpartijen dat zelf beseffen - tegelijkertijd met een aantal marktpartijen parallelle onderhandelingen voeren en in beginsel naar eigen inzicht besluiten met welke van die partijen hij een contract wenst te sluiten.

3 Waarom dient de keuze van de procedure goed te zijn doordacht?

De keuze van de in het concrete geval te hanteren aanbestedingsprocedure moet eerst en vooral goed worden doordacht om de eenvoudige reden dat de procedures op een aantal belangrijke onderdelen van elkaar verschillen.

Toelichting

Die verschillen zullen meer uitvoerig worden belicht in par. 4 hierna, waarin een korte beschrijving wordt gegeven van de verschillende procedures zoals die op dit moment beschikbaar zijn.

Die verschillen zijn er natuurlijk niet zo maar. Zij houden verband met het feit dat een aanbesteder - afhankelijk van de omstandigheden van het geval - telkens weer een andere procesinrichting zal willen kunnen kiezen om het resultaat te bereiken dat hij met het bouwproces voor ogen heeft.

Toelichting

Voor elk bouwproces geldt dat een aanbesteder behoefte heeft aan de oplossing van een bepaald probleem. Aan die behoefte dient tegen zo laag mogelijke totaalkosten te worden voldaan door het leveren van een kwalitatief hoogwaardige prestatie met oog voor een optimale levensduur. Met de vervulling van die behoefte wordt ook in een maatschappelijk belang voorzien. De samenleving als geheel zal daarnaast bovendien profiteren van een verbetering van de kwaliteit en een toename van innovatie in de bouw. Daarmee is - kort samengevat - aangegeven wat het resultaat is dat een aanbesteder iedere keer weer voor ogen zal hebben. Zie in dit verband ook hoofdstuk 1, par. 1.2.

Om het door hem gewenste eindresultaat te bereiken, zal de aanbesteder voor een bepaalde procesinrichting dienen te kiezen. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zal hij in dat kader de accenten telkens weer anders willen kunnen leggen. Dat bleek bijvoorbeeld met name in hoofdstuk 5, par. 3.1, waar is uitgelegd dat de keuze van de bouworganisatievorm uiteindelijk de resultante zal zijn van het antwoord op tal van vragen die allemaal zijn afgeleid van de vraag wat hij nu eigenlijk wil bereiken en hoe hij dat het beste kan doen. In het verlengde van de keuze van de bouworganisatievorm kunnen op die manier - zie hoofdstuk 6, par. 3 en hoofdstuk 7, par. 3 - ook keuzes ten aanzien van de vraagspecificatie en de contractvorm worden gemaakt. Voor de keuze van de uiteindelijk te hanteren aanbestedingsprocedure ligt dat niet anders.

In dat verband zal de aanbesteder bovendien in zijn overwegingen moeten betrekken dat de te kiezen aanbestedingsprocedure een logisch en consistent onderdeel zal moeten vormen van de totale procesinrichting die tot de door hem gewenste uitkomst van het bouwproces moet leiden. De keuze van de te hanteren aanbestedingsprocedure dient bijvoorbeeld consistent te zijn met beslissingen die de aanbesteder maakt ten aanzien van de te gebruiken bouworganisatievorm, de vraagspecificatie en de contractvorm.

Toelichting

Zie hoofdstuk 5, par. 3, hoofdstuk 6, par. 3 en hoofdstuk 7, par. 3. Uiteindelijk dient de rationaliteit van de keuze voor een bepaalde aanbestedingsprocedure vooral te worden beoordeeld in het kader van andere keuzes die de aanbesteder in het kader van het aanbestedingsproces maakt.

Voorbeeld

Voor de ene bouworganisatievorm - bijvoorbeeld DBMFO - geldt nu eenmaal dat een aanbesteder meer behoefte zal hebben aan mogelijkheden tot bilaterale informatie-uitwisseling met marktpartijen dan ingeval van een variant van de traditionele bouworganisatievorm. En wanneer een aanbesteder een vraagspecificatie in de markt wenst te zetten die enkel en alleen uit gedetailleerde technische eisen bestaat waardoor de markt nauwelijks nog oplossingsvrijheid heeft, is het vanuit een oogpunt van beperking en beheersing van administratieve lasten minder bezwaarlijk om te kiezen voor de openbare procedure dan wanneer die eisen in hoge mate functioneel zijn gespecificeerd en de aanbesteder een appèl doet op het innovatieve vermogen van de markt. Een keuze voor de openbare procedure zou vanuit het perspectief van de administratieve lasten een keuze zijn die inconsistent is met beslissingen die in het kader van de vraagspecificatie zijn genomen.

De ene aanbestedingsprocedure past uiteindelijk beter bij de door een aanbesteder gekozen procesinrichting dan de andere, gegeven het resultaat dat hij uiteindelijk met het bouwproces wil bereiken en de belangen die hij in dat kader het zwaarst zou willen laten wegen.

Wat zijn dan vervolgens de belangrijkste verschillen tussen de beschikbare aanbestedingsprocedures? Een eerste verschil betreft de zogenoemde algemene bekendmaking van de aanbestedingsprocedure.

Toelichting

Zoals hierna nog uitvoeriger zal blijken in par. 4, dient een aanbesteder de ene aanbestedingsprocedure te starten met een algemene bekendmaking - bijvoorbeeld de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking - en kan hij bij andere procedures volstaan met het bekendmaking van de procedure binnen een beperkte kring van marktpartijen, zoals de onderhandse procedure.

Bij aanbestedingsprocedures waarbij algemene bekendmaking achterwege kan blijven, bestaat het gevaar dat onvoldoende recht wordt gedaan aan het mededingingsbelang. Ook wanneer een aanbesteder telkens weer dezelfde marktpartijen benadert, kan dat afbreuk doen aan bepaalde belangen zoals bijvoorbeeld het innovatiebelang. De genoemde belangen komen in het concrete geval mogelijk beter tot hun recht bij procedures die wél algemeen bekend worden gemaakt.
Een mogelijk nadeel van dergelijke procedures is echter weer dat zij tot hogere administratieve lasten en hogere transactiekosten kunnen leiden in vergelijking met procedures die niet openbaar bekend worden gemaakt.

Een aanbesteder zou het voorgaande dilemma mogelijk kunnen oplossen door in het concrete geval een aanbestedingsprocedure te kiezen die weliswaar algemeen bekend moet worden gemaakt, maar waarbij hij vervolgens de mogelijkheid heeft tot het beperken van het aantal marktpartijen dat de gelegenheid krijgt een inschrijving te doen. Daarmee komt een tweede belangrijk verschil tussen aanbestedingsprocedures in beeld.

Toelichting

Dat verschil wordt verder belicht in par. 4, maar komt er op neer dat de meeste aanbestedingsprocedures die algemeen bekend worden gemaakt in deze mogelijkheid voorzien, doch niet alle. De openbare procedure voorziet bijvoorbeeld niet in deze mogelijkheid.

Aan de openbare procedure kleeft daarom het risico dat afbreuk wordt gedaan aan het belang van het beperken van de administratieve lasten en de transactiekosten die met een aanbestedingsprocedure gemoeid zijn. Aan de andere kant heeft die procedure weer als voordeel dat het mededingingsbelang meer wordt gediend dan bij de overige procedures. Een aanbesteder zal dus ook vanuit het perspectief van dit tweede verschil zijn afwegingen dienen te maken bij het kiezen van de voor hem meest geschikte procedure.

Een derde verschil dat tussen de beschikbare aanbestedingsprocedures bestaat en dat een aanbesteder in zijn afwegingen zal hebben te betrekken, betreft de mogelijkheid om door middel van het uitwisselen van informatie met afzonderlijke deelnemers aan de aanbestedingsprocedure tot een zo optimaal mogelijke afstemming te komen tussen zijn vraagspecificatie enerzijds en de (te) ontvangen inschrijvingen anderzijds. De ene aanbestedingsprocedure biedt daar meer ruimte voor dan de andere.

Toelichting

Zie in dit kader ook de uiteenzetting in par. 4 hierna, alsook hoofdstuk 9 dat meer specifiek ingaat op het bilateraal uitwisselen van informatie tussen een aanbesteder en individuele gegadigden en/of inschrijvers tijdens een aanbestedingsprocedure. Aspecten van die thematiek komen ook nog aan bod in hoofdstuk 12 in de context van de vraag welke mogelijkheden een aanbesteder heeft nadat hij de inschrijvingen heeft ontvangen en beoordeeld.

Kort gezegd bieden de onderhandelingsprocedures en de concurrentiegerichte dialoog meer mogelijkheden tot het bilateraal uitwisselen van informatie dan bijvoorbeeld de openbare en de niet-openbare procedure.

Dat verschil werkt vervolgens door in de mate waarin een aanbesteder met de door hem gekozen procesinrichting - waaronder dus nadrukkelijk ook de aanbestedingsprocedure kan worden begrepen - het gewenste resultaat zal kunnen bereiken en de risico's die hij in dat verband loopt. Voor de procedures waarbij weinig tot geen bilaterale informatie-uitwisseling is toegestaan, geldt immers dat - meer dan bij andere procedures - beter tegemoet kan worden gekomen aan het belang van faire mededinging. Aan de andere kant is het echter zo dat hoe meer een aanbestedingsprocedure het uitwisselen van informatie op bilateraal niveau toestaat, des te meer mogelijkheden er voor partijen bestaan om de verwachtingen over en weer goed te managen, risico's en mogelijkheden tot beheersing daarvan tijdig in beeld te brengen en op die manier tot een betere afstemming van vraag en aanbod te komen. Daarmee kunnen de belangen van alle betrokkenen, inclusief een aantal daarvan afgeleide belangen beter worden gediend.

Toelichting

Te denken valt aan het belang van beheersing van transactiekosten en het stimuleren van innovatie.

Het voorgaande laat zien dat de aanbesteder er goed aan doet de belangrijkste verschillen die tussen de beschikbare aanbestedingsprocedures bestaan te betrekken in zijn overwegingen wanneer hij een keuze uit die procedures moet maken.

Afgezien van de hierboven beschreven overwegingen van doelmatigheid - want daar gaat het in feite om - zal een aanbesteder zich bij het maken van zijn keuze voor een bepaalde aanbestedingsprocedure ook moeten afvragen of en in hoeverre het aanbestedingsrecht grenzen stelt aan die keuze.

Toelichting

De juridische randvoorwaarden komen aan bod in par. 5. Op het aspect van de doelmatigheid van de keuze van de aanbestedingsprocedure zal nog uitvoeriger worden ingegaan in par. 6.

In de volgende paragraaf zullen alle aanbestedingsprocedures die op dit moment in de bouwpraktijk beschikbaar zijn kort worden geschetst.

4 Welke aanbestedingsprocedures zijn in beginsel voorhanden?

4.1 Opmerkingen vooraf

In de navolgende paragrafen wordt een beknopt overzicht gegeven van de aanbestedingsprocedures die op dit moment in de aanbestedingspraktijk in de bouw kunnen worden onderscheiden. Daarbij is uitgegaan van de procedures zoals die op dit moment worden onderscheiden in de hoofdstukken 2 t/m 10 van het ARW 2005. Of en onder welke omstandigheden zo'n procedure in het concrete geval ook mag worden toegepast, is een vraag die hierna aan de orde komt in *par. 5*.

Toelichting

Het ARW 2005 onderscheid achtereenvolgens de volgende procedures: openbare procedure (hoofdstuk 2); niet-openbare procedure (hoofdstuk 3); concurrentiegerichte dialoog (hoofdstuk 4); onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (hoofdstuk 5); onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (hoofdstuk 6); onderhandse procedure (hoofdstuk 7); concessieovereenkomst (hoofdstuk 8); raamovereenkomst met een enkele ondernemer (hoofdstuk 9); raamovereenkomst met meerdere ondernemers (hoofdstuk 10).

Met uitzondering van de onderhandse procedure (hoofdstuk 7 ARW 2005) worden de genoemde procedures ook onderscheiden in de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Die kennen daarnaast echter ook een aantal procedures die niet in het ARW 2005 zijn opgenomen, te weten het zogenoemde dynamisch aankoopsysteem en de prijsvraag op het gebied van diensten. Deze procedures komen in de Leidraad verder niet meer aan bod. Dat geldt ook voor de elektronische veiling, die overigens wel in het ARW 2005 is opgenomen.

Een dynamisch aankoopsysteem is een geheel elektronisch proces voor aankopen voor regelmatig gebruik, met algemeen op de markt beschikbare kenmerken die overeenkomen met de behoeften van de aanbestedende dienst, beperkt in de tijd en gedurende de gehele looptijd open voor elke ondernemer die voldoet aan de selectiecriteria en die overeenkomstig de eisen van het bestek een indicatieve inschrijving heeft ingediend (Bron: art. 1 lid 6 Algemene Richtlijn en art. 1 lid 5 Richtlijn Nutssectoren). Uit de wijze waarop deze procedure in de aanbestedingsrichtlijnen is geregeld, kan worden afgeleid dat de procedure minder relevant is voor de aanbesteding van bouwopdrachten. De procedure heeft wel relevantie in het kader van de aankoop van bijvoorbeeld bouwmaterialen.

Een elektronische veiling is een zich herhalend proces langs de elektronische weg voor de presentatie van nieuwe, verlaagde prijzen, en/of van nieuwe waarden voor bepaalde elementen van de inschrijvingen, dat plaatsvindt na de eerste volledige beoordeling van de inschrijvingen en dat hun klassering op basis van elektronische verwerking mogelijk maakt (Bron: art. 1 lid 7 Algemene Richtlijn en art. 1 lid 6 Richtlijn Nutssectoren). Binnen de kaders van de aanbestedingsrichtlijnen is een elektronische veiling geen zelfstandige aanbestedingsprocedure, maar onderdeel en sluitstuk van een openbare procedure, een niet-openbare procedure, een onderhandelingsprocedure of een onderhandse procedure. Het is ook mogelijk de elektronische veiling toe te passen bij het verlenen van een opdracht onder een raamovereenkomst met meerdere ondernemers of in het kader van een dynamisch aankoopsysteem. Een belangrijke toepassingsvoorwaarde is overigens dat de eisen van de vraagspecificatie nauwkeurig zijn gespecificeerd zodat de daarop gebaseerde inschrijvingen van de deelnemers aan een elektronische veiling voldoende vergelijkbaar zijn (Bron: art. 54 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 65 lid 2 Richtlijn Nutssectoren).

De procedurevoorschriften die gelden voor een prijsvraag op het gebied van diensten komen sterk overeen met de voorschriften die gelden bij een 'gewone' aanbestedingsprocedure (Bron: art. 66 e.v. Algemene Richtlijn en art. 60 e.v. Richtlijn Nutssectoren). In de context van aanbestedingen in de bouw zijn met name relevant voor wat betreft de aanbesteding van ontwerpopdrachten.

In de hiernavolgende korte schets van de beschikbare aanbestedingsprocedures zoals die door het ARW 2005 worden onderscheiden, wordt verschillende keren verwezen naar aspecten van de procedure waarover de aanbesteder tijdens het verloop van de procedure beslissingen zal hebben te nemen.

Toelichting

Te denken valt aan beslissingen met betrekking tot het algemeen bekendmaken van de bouwopdracht; het formuleren, bekendmaken en toepassen van uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en selectiecriteria; het uitnodigen van gegadigden tot het indienen van inschrijvingen; het uitwisselen van informatie met gegadigden en/of inschrijvers; het formuleren, bekendmaken en toepassen van gunningscriteria; het inachtnemen van termijnen; het motiveren van beslissingen.

De wijze waarop de aanbesteder dergelijke beslissingen het beste kan nemen in de context van de gekozen aanbestedingsprocedure, wordt niet in dit hoofdstuk maar in de hoofdstukken 9 t/m 15 toegelicht.

4.2 Openbare procedure

De openbare procedure is geregeld in hoofdstuk 2 ARW 2005. Een schematisch overzicht van het verloop deze procedure staat weergegeven in de bijlage bij dit hoofdstuk. Het gaat hier om een aanbestedingsprocedure die - net als de meeste andere procedures - algemeen bekend wordt gemaakt.

Toelichting

Zie over de wijze waarop zo'n algemene bekendmaking dient te geschieden hoofdstuk 13. Procedures die niet algemeen bekend behoeven te worden gemaakt, zijn: de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (par. 4.6) en de onderhandse procedure (par. 4.7).

Alle in de opdracht geïnteresseerde marktpartijen krijgen in beginsel de gelegenheid aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen. Zij doen dat dan door het direct indienen van een inschrijving. Na ontvangst van de inschrijvingen beoordeelt de aanbesteder in één en dezelfde ronde of een inschrijver eventueel dient te worden uitgesloten, of de inschrijvers voldoen aan vooraf bekendgemaakt kwalitatieve geschiktheidseisen en - voorzover inschrijvers aan die geschikt-

heidseisen voldoen - welke van die inschrijvers de inschrijving heeft gedaan die op grond van het eveneens vooraf bekendgemaakte gunningscriterium als beste uit de bus komt.

Toelichting

Zie in dit verband ook de hoofdstukken 10 en 11 over de wijze waarop een aanbesteder in dat verband te werk dient te gaan. Overigens is het in de praktijk vaak zo dat bij een openbare procedure - zeker wanneer als gunningscriterium het criterium van de laagste prijs wordt gehanteerd - de aanbesteder éérst aan de hand van dat criterium zal beoordelen wie van de inschrijvers als beste uit de bus is gekomen. Pas daarna zal hij nagaan of gunning van de bouwopdracht aan deze inschrijver eventueel op bezwaren zou stuiten vanuit het oogpunt van de in het concrete geval geldende uitsluitingsgronden en/of kwalitatieve geschiktheidseisen.

In het kader van de toepassing van de openbare procedure is het slechts beperkt mogelijk om met een individuele inschrijver gedurende het verloop van de procedure bilateraal informatie uit te wisselen. Dat geldt ook voor de mogelijkheid om na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen te onderhandelen. De mogelijkheden om een en ander te kunnen doen en de juridische randvoorwaarden die in dat verband in acht moeten worden genomen, komen uitvoeriger aan bod in de hoofdstukken 9 en 12.

4.3 Niet-openbare procedure

De niet-openbare procedure is geregeld in hoofdstuk 3 ARW 2005. Een schematisch overzicht van het verloop deze procedure staat weergegeven in de bijlage bij dit hoofdstuk. Een niet-openbare procedure - in de praktijk vroeger ook wel aangeduid als: aanbesteding met voorafgaande selectie - is net als de openbare procedure een aanbestedingsprocedure die algemeen bekend wordt gemaakt.

Toelichting

Zie in dit verband hoofdstuk 13.

Ook nu geldt weer dat alle in de opdracht geïnteresseerde marktpartijen in beginsel aan de procedure kunnen deelnemen. Anders dan bij de openbare procedure doen zij dat nu niet door het indienen van een inschrijving, maar door zich (eerst) aan te melden als gegadigde. Na ontvangst van die aanmeldingen beoordeelt de aanbesteder of de aangemelde gegadigden in aanmerking komen om te worden uitgenodigd voor het doen van de daadwerkelijke inschrijving.

Toelichting

Zie in dit verband hoofdstuk 10, par. 4.1.4 en par. 4.2.5. De aanbesteder beoordeelt of een gegadigde eventueel dient te worden uitgesloten op basis van een uitsluitingsgrond en/of dat de gegadigde geschikt is in de zin dat hij voldoet aan de kwalitatieve geschiktheidseisen.

Voorzover er meer geschikte gegadigden blijken te zijn dan de aanbesteder zou willen uitnodigen tot het indienen van een inschrijving, kan hij op basis van vooraf bekendgemaakte selectiecriteria tot een nadere beperking van het aantal uit te nodigen gegadigden komen.

Toelichting

Zie in dit verband hoofdstuk 10, par. 4.3.5.

Vervolgens nodigt hij de geschikte (en zo nodig nader geselecteerde) gegadigden uit tot het indienen van een inschrijving. Daarna volgt een tweede beoordelingsronde waarin de aanbesteder nagaat welke van de inschrijvers de inschrijving heeft gedaan die op grond van het vooraf bekendgemaakte gunningscriterium als beste uit de bus komt.

Toelichting

Zie in dit verband hoofdstuk 11.

Ook in het kader van de toepassing van de niet-openbare procedure is het slechts beperkt mogelijk om bilateraal informatie uit te wisselen met een individuele inschrijver gedurende het verloop van de procedure. Dat ligt niet anders voor wat betreft de mogelijkheid om na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen te onderhandelen. Deze mogelijkheden en de juridische randvoorwaarden die in dat verband in acht moeten worden genomen, worden meer uitvoerig besproken in de hoofdstukken 9 en 12.

4.4 Concurrentiegerichte dialoog

De procedure van de concurrentiegerichte dialoog is geregeld in hoofdstuk 4 ARW 2005. Een schematisch overzicht van het verloop deze procedure staat weergegeven in de bijlage bij dit hoofdstuk. Het eerste deel van het verloop van deze aanbestedingsprocedure is identiek aan dat van de niet-openbare procedure zoals die staat beschreven in *par. 4.3*.

Toelichting

Ook bij deze aanbestedingsprocedure maakt de aanbesteder de opdracht algemeen bekend en kunnen alle geïnteresseerde marktpartijen aan de procedure deelnemen door zich daarvoor aan te melden als gegadigde. Na ontvangst van die aanmeldingen beoordeelt de aanbesteder of de aangemelde gegadigden in het licht van de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve geschiktheidseisen voor het doen van een inschrijving kunnen worden uitgenodigd. Ook nu geldt weer dat de aanbesteder op basis van vooraf bekendgemaakte selectiecriteria tot een nadere beperking van het aantal gegadigden kan komen.

De geschikte gegadigden worden vervolgens uitgenodigd tot deelname aan een bilaterale dialoog met de aanbesteder.

Toelichting

Hier zit een belangrijk verschil met de in par. 4.3 besproken niet-openbare procedure. Bij die procedure is het immers zo dat de geschikte gegadigden worden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving. Dat is overigens ook het geval bij de in de par. 4.5 en 4.6 nog te bespreken onderhandelingsprocedures. Die procedures voorzien weliswaar in het voeren van bilaterale onderhandelingen met de aanbesteder, maar pas nadat de inschrijvingen zijn ontvangen en beoordeeld. Ook in zoverre is er dus een belangrijk verschil met de procedure van de concurrentiegerichte dialoog.

Het doel van deze bilaterale dialoogronde(s) is dat de aanbesteder probeert na te gaan welke van de oplossingen die bij de gegadigden voorhanden zijn het meest geschikt zouden zijn om in zijn behoeften te voorzien, nu de aanbesteder objectief gezien niet in staat is zijn vraagspecificatie en/of de juridische en/of financiële voorwaarden van het project te omschrijven.

Toelichting

Daarbij kunnen dan alle aspecten van de aanbestede bouwopdracht aan de orde komen, vooropgesteld dat het verstrekken van (discriminerende) informatie aan één of meer gegadigden boven andere gegadigden niet is toegestaan. Zie hierna meer uitvoerig hoofdstuk 9, par. 4.3, met name par. 4.3.5.3. De aanbesteder kan

tijdens de dialoogronde de gegadigden vragen hun oplossingen nader uit te werken. Hij kan vervolgens - nog tijdens het verloop van de dialoogronde en op basis van het vooraf bekendgemaakte gunningscriterium - sommige van de door inschrijvers uitgewerkte oplossingen laten afvallen.

Nadat de dialoogronde is afgesloten, nodigt de aanbesteder alle gegadigden - waarvan de tijdens de dialoog voorgestelde oplossingen nog niet zijn afgevallen - uit tot het indienen van een inschrijving. Vervolgens gaat hij na welke van die inschrijvers de inschrijving heeft gedaan die op grond van het gunningscriterium als beste uit de bus komt.

Toelichting

Zie in dit verband hoofdstuk 11.

Uit het voorgaande blijkt dat het in het kader van de toepassing van de concurrentiegerichte dialoog mogelijk is om bilateraal informatie uit te wisselen met een individuele gegadigde voorafgaande aan diens inschrijving. Die mogelijkheden zijn bij de onderhavige procedure ruimer dan bij de andere aanbestedingsprocedures. Dat zal ook nog nader worden toegelicht in hoofdstuk 9. Aan de andere kant is het zo dat de mogelijkheid van de aanbesteder om na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen met een inschrijver te onderhandelen net zo beperkt is als het geval is bij de openbare en de niet-openbare procedure. Dat aspect komt nog uitvoeriger aan de orde in de hoofdstukken 9 en 12.

4.5 Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking

De onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking is geregeld in hoofdstuk 5 ARW 2005. Een schematisch overzicht van het verloop deze procedure staat weergegeven in de bijlage bij dit hoofdstuk. De onderhandelingsprocedure is een aanbestedingsprocedure die in twee verschijningsvormen bestaat. De in deze paragraaf bedoelde vorm is die waarin de procedure start met een algemene bekendmaking.

Het eerste deel van het verloop van deze procedure is identiek aan dat van de niet-openbare procedure en de concurrentiegerichte dialoog zoals die staan beschreven in *par. 4.3* en *4.4*.

Toelichting

Nadat de opdracht algemeen is bekendgemaakt kunnen alle geïnteresseerde marktpartijen aan de procedure deelnemen door zich daarvoor aan te melden als gegadigde. Na ontvangst van die aanmeldingen beoordeelt de aanbesteder of de aangemelde gegadigden in het licht van de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve geschiktheidseisen voor het doen van een inschrijving kunnen worden uitgenodigd. Ook nu geldt weer dat de aanbesteder op basis van vooraf bekendgemaakte selectiecriteria tot een nadere beperking van het aantal gegadigden kan komen.

De geschikte gegadigden worden vervolgens uitgenodigd tot het indienen van een inschrijving.

Toelichting

Op dit punt stemt de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking dus overeen met de niet-openbare procedure. Er is echter sprake van een verschil met de concurrentiegerichte dialoog, aangezien het bij die procedure zo is dat de aanbesteder de geschikte gegadigden eerst uitnodigt voor een bilaterale dialoogronde, alvorens toe te komen aan de uitnodiging tot het doen van inschrijvingen.

Nadat de inschrijvingen door de aanbesteder zijn ontvangen en beoordeeld, nodigt de aanbesteder de inschrijvers uit tot het voeren van bilaterale onderhandelingen.

Toelichting

Op dit punt wijkt de onderhandelingsprocedure (met voorafgaande bekendmaking) dus af van alle andere aanbestedingsprocedures, inclusief de concurrentiegerichte dialoog.

Het doel van die onderhandelingen is dat de aanbesteder probeert met iedere afzonderlijke inschrijver de contractuele voorwaarden van de aanbestede opdracht (nader) vast te stellen.

Toelichting

Alle inschrijvers dienen in beginsel dezelfde kansen te krijgen op het door middel van de onderhandelingen in de wacht slepen van de aanbestede opdracht. Omdat het onderwerp van die onderhandelingen per inschrijver echter kan verschillen, kan het gebeuren dat de frequentie en de duur van de onderhandelingen per inschrijver zal verschillen. Het verstrekken van (discriminerende) informatie aan één of meer inschrijvers boven andere inschrijvers, is niet toegestaan. Zie in dit verband ook hoofdstuk 9. Tijdens het verloop van die bilaterale onderhandelingen kan de aanbesteder tussentijds al inschrijvers laten afvallen op basis het vooraf bekendgemaakte gunningscriterium, net zo lang totdat kan worden vastgesteld welke van de inschrijvers de inschrijving als beste uit de bus komt.

Bij de toepassing van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking is de mogelijkheid om bilateraal informatie uit te wisselen met een individuele gegadigde, voorafgaande aan diens inschrijving, net zo beperkt als bij de openbare en de niet-openbare procedure. In hoofdstuk 9 zal daar nog meer uitvoerig op worden ingegaan. Anderzijds is het zo dat de mogelijkheid van de aanbesteder om na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen met een inschrijver te onderhandelen bij de onderhavige procedure ruimer is dan bij de openbare procedure, de niet-openbare procedure en de concurrentiegerichte dialoog. In de hoofdstukken 9 en 12 zal dat nog verder worden belicht.

4.6 Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

In *par. 4.5* is opgemerkt dat de onderhandelingsprocedure twee verschijningsvormen kent. De in deze paragraaf bedoelde vorm is die waarin de procedure start zonder dat de opdracht algemeen wordt bekendgemaakt. Deze procedure is geregeld in hoofdstuk 6 ARW 2005. Een schematisch overzicht van het verloop deze procedure staat weergegeven in de bijlage bij dit hoofdstuk.

Het feit dat bij deze tweede verschijningsvorm van de onderhandelingsprocedure de aanbesteder géén algemene bekendheid aan de opdracht geeft, is een eerste belangrijk verschil met de in de vorige paragrafen beschreven aanbestedingsprocedures. Een ander belangrijk verschil is dat de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in de meeste gevallen formeel eigenlijk helemaal niet kan worden gekwalificeerd als een aanbestedingsprocedure in de betekenis die daaraan is gegeven in *par. 2* van dit hoofdstuk. Dat komt omdat in veel van de gevallen waarin het gebruik van deze procedure is toegestaan de aanbesteder uit de aard der zaak slechts één marktpartij kan uitnodigen voor het indienen van een inschrijving.

Toelichting

Het voorgaande betekent overigens niet dat er sprake is van normale contractsvrijheid voor de aanbesteder, aangezien hij bij de toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

niet altijd vrij zal zijn uit te maken wie die ene marktpartij is met wie hij zal gaan contracteren. De identiteit van die marktpartij kan namelijk afhangen van de specifieke omstandigheid die rechtvaardigt dat van deze bijzondere procedure gebruik mag worden gemaakt. Zie hierna ook par. 5.2.4.

Het voorgaande houdt in dat de aanbesteder bij deze procedure veelal één marktpartij uitnodigt tot het doen van een inschrijving. Nadat die inschrijving door hem is ontvangen en beoordeeld, nodigt hij de inschrijver uit tot het voeren van bilaterale onderhandelingen. Net als bij de in *par. 4.5* besproken onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking is het doel van de onderhandelingen ook nu weer dat de aanbesteder probeert met de betreffende inschrijver de contractuele voorwaarden van de aanbestede opdracht (nader) vast te stellen en tot gunning van de opdracht te komen.

4.7 Onderhandse procedure

De onderhandse procedure is geregeld in hoofdstuk 7 ARW 2005. Een schematisch overzicht van het verloop deze procedure staat weergegeven in de bijlage bij dit hoofdstuk.

Een onderhandse procedure is een aanbestedingsprocedure die niet algemeen bekend wordt gemaakt. De aanbesteder bepaalt zelf naar eigen inzichten welke marktpartijen hij aan de procedure wenst te laten deelnemen. Hij kan die deelname vervolgens op verschillende manieren vorm geven. Zo zou hij de uitgenodigde marktpartijen kunnen vragen meteen een inschrijving in te dienen en in één ronde zowel de uitsluitingsgronden kunnen toepassen, de kwalitatieve geschiktheid van de inschrijvers en hun inschrijvingen kunnen beoordelen, net zoals dat gebeurt bij de in *par. 4.2* besproken openbare procedure. Hij zou de procedure echter ook in twee rondes kunnen laten plaatsvinden, zoals het geval is bij de in *par. 4.3* besproken niet-openbare procedure.

Toelichting

Denkbaar is zelfs dat de aanbesteder de beoordeling op basis van de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve geschiktheidscriteria geheel achterwege laat en dat die beoordeling reeds verdisconteerd zit in zijn keuze van de voor deelname aan de procedure uit te nodigen marktpartijen.

De mogelijkheden om tijdens het verloop van de onderhandse procedure bilateraal informatie uit te wisselen met een individuele inschrijver zijn gelijk aan die welke bestaan in het kader van de openbare en de niet-openbare procedure. Dat geldt ook voor wat betreft de mogelijkheid om na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen te onderhandelen. Deze mogelijkheden en de juridische randvoorwaarden die in dat kader in acht moeten worden genomen, worden meer uitvoerig besproken in de hoofdstukken 9 en 12.

4.8 Concessieovereenkomst voor openbare werken

Hoewel de aanduiding 'concessieovereenkomst voor openbare werken' niet tot uitdrukking brengt dat het hier om een specifieke aanbestedingsprocedure gaat, hebben de onder de vlag van deze aanduiding in hoofdstuk 8 ARW 2005 opgenomen bepalingen wel degelijk het karakter van voorschriften die in onderling verband bezien een aanbestedingsprocedure beogen te vormen. Die voorschriften zien dan op het in de markt zetten - via een aanbestedingsprocedure - van een concessieovereenkomst voor openbare werken.

Toelichting

Onder een concessieovereenkomst voor openbare werken wordt verstaan: een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs. Zie in dit verband art. 1 lid 3 Algemene Richtlijn en art. 8.1.1 ARW 2005.

De procedure start met een algemene aankondiging van het voornemen tot uitgifte van de concessie, op dezelfde wijze als bij de openbare en de niet-openbare procedure het geval is. Het is vervolgens aan de aanbesteder om te bepalen hoe hij de procedure verder inricht, zo lang hij dat maar doet met inachtneming van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

Toelichting

Het gaat hier natuurlijk om de beginselen van non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit.

Dat betekent allereerst dat hij in het kader van de procedure uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en - eventueel - nadere selectiecriteria mag toepassen, vooropgesteld dat hij die gronden, eisen en criteria heeft geformuleerd en bekendgemaakt met inachtneming van de hiervoor bedoelde beginselen.

Toelichting

De wijze waarop een aanbesteder in dat verband te werk dient te gaan, komt uitvoeriger aan bod in hoofdstuk 10.

Hetzelfde kan worden gezegd wat betreft de formulering, bekendmaking en toepassing van het gunningscriterium.

Toelichting

Zie daarover meer uitvoerig hoofdstuk 11.

In de tweede plaats is het aan de aanbesteder zelf om te bepalen of hij de aanbestedingsprocedure inricht conform de openbare procedure. Dat zou dan betekenen dat alle geïnteresseerde marktpartijen na de algemene aankondiging kunnen reageren met het doen van een inschrijving. Hij kan er echter ook voor kiezen eerst een fase in te lassen waarin geïnteresseerde gegadigden zich als zodanig dienen aan te melden en pas tot inschrijving worden uitgenodigd, nadat zij zijn beoordeeld in het licht van de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele nadere selectiecriteria.

Toelichting

Die laatste benadering zou de aanbestedingsprocedure weer meer het karakter geven van een niet-openbare procedure. Deze benadering zit ook ingebakken in de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedures.

Voor wat betreft de mogelijkheid om tijdens de aanbestedingsprocedure informatie uit te wisselen met individuele gegadigden of inschrijvers, alsook de mogelijkheid tot onderhandelen met inschrijvers na ontvangst en beoordeling van hun inschrijvingen, heeft de aanbesteder in beginsel dezelfde beperkte ruimte als bij de openbare en niet-openbare procedure.

Toelichting

Hoe groot die ruimte precies is, wordt nader toegelicht in de hoofdstukken 9 en 12.

Alleen wanneer in het kader van de aanbesteding van een concessieovereenkomst voor openbare werken is voldaan aan de toepassingsmodaliteiten van hetzij de concurrentiegerichte dialoog, hetzij de onderhandelingsprocedures, kan de aanbesteder de aanbestedingsprocedure inrichten met elementen die specifiek zijn voor die meer flexibele procedures.

Toelichting

Het betreft dan bijvoorbeeld de mogelijkheid om na de beoordeling op grond van de uitsluitingsgronden, de kwalitatieve geschiktheidseisen en (eventueel) de nadere selectiecriteria een zogenoemde bilaterale dialoogronde in te lassen. Zie daarvoor ook par. 4.4. Anderzijds kan worden gedacht aan het inlassen van individuele onderhandelingsrondes na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen, zie daarvoor de par. 4.5 en 4.6. Zie over deze toepassingsmodaliteiten van de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedures hierna nog par. 5.2.2 t/m 5.2.4.

Uit het voorgaande moge blijken dat ingeval van een concessieovereenkomst voor openbare werken de keuze van de toe te passen aanbestedingsprocedure op belangrijke onderdelen in de regel een keuze zal zijn uit een van de procedures die reeds besproken zijn in de *par. 4.2* t/m *4.7*.

4.9 Raamovereenkomst met een enkele ondernemer

Een aanbesteder kan één van de aanbestedingsprocedures die staan beschreven in de *par. 4.2* t/m *4.8* gebruiken om tot het sluiten van een raamovereenkomst te komen met één ondernemer.

Toelichting

Een raamovereenkomst met een enkele ondernemer is een overeenkomst tussen een of meer aanbesteders en een ondernemer met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen opdrachten vast te leggen. Zie in dit verband ook art. 1 lid 5 jo. art. 32 lid 2 en lid 3 van de Algemene Richtlijn en art. 9.1.1 en 9.1.2 ARW 2005.

Ook wanneer de aanbesteder vervolgens - uit hoofde van die raamovereenkomst - opdrachten wil gunnen aan die ondernemer, moeten onder omstandigheden een aantal procedurevoorschriften in acht worden genomen.

Toelichting

Van een aanbestedingsprocedure zoals bedoeld in par. 2 is hier geen sprake, nu slechts één marktpartij wordt benaderd met het verzoek een inschrijving te doen met het oog op gunning van een opdracht. Desalniettemin dient gunning van die opdracht vanuit aanbestedingsrechtelijke optiek - nu met name de belangen van derden in het geding kunnen zijn - met waarborgen te zijn omkleed. De procedurevoorschriften waarin die waarborgen zijn vervat, zijn natuurlijk alleen van toepassing indien de raamovereenkomst is tot stand gekomen na een daaraan voorafgaande aanbestedingsprocedure.

Voorbeeld

Een aanbesteder heeft na een aanbestedingsprocedure een raamovereenkomst met een aannemer gesloten. Op basis van die raamovereenkomst verstrekt de aanbesteder vervolgens een opdracht aan die aannemer die helemaal niet past binnen de oorspronkelijke voorwaarden van de raamovereenkomst. Een andere aannemer zou met recht tegen deze gang van zaken kunnen optreden.

De procedurevoorschriften die in dit verband gelden, zijn opgenomen in hoofdstuk 9 ARW 2005. De procedure start met de uitnodiging door de aanbesteder gericht aan de ondernemer met wie de raamovereenkomst is gesloten. Die uitnodiging betreft het doen van een inschrijving voor de concrete opdracht die de aanbesteder voornemens is uit hoofde van de raamovereenkomst te gunnen. Vooropgesteld dat een aantal juridische randvoorwaarden in acht worden genomen, heeft de aanbesteder de mogelijkheid om informatie uit te wisselen met de ondernemer alvorens tot gunning over te gaan. Die randvoorwaarden komen meer uitvoerig aan bod in de hoofdstukken 9 en 12. Als onderdeel van de procedure kan de aanbesteder nagaan of de ondernemer voldoet aan de eisen die in de eerder aanbestede raamovereenkomst staan vermeld, alvorens te besluiten of hij tot gunning van de opdracht overgaat.

4.10 Raamovereenkomst met meerdere ondernemers

Een aanbesteder kan één van de aanbestedingsprocedures die staan beschreven in de *par. 4.2* t/m *4.8* ook gebruiken om tot het sluiten van een raamovereenkomst te komen met meerdere ondernemers.

Toelichting

Een raamovereenkomst met meerdere ondernemers is een overeenkomst tussen een of meer aanbesteders en meerdere ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen opdrachten vast te leggen. Zie in dit verband ook art. 1 lid 5 jo. art. 32 lid 2 en lid 4 van de Algemene Richtlijn en art. 10.1.1 en 10.1.3 ARW 2005.

Ook wanneer de aanbesteder vervolgens - uit hoofde van die raamovereenkomst - opdrachten wil gunnen aan een van die ondernemers, moeten een aantal procedurevoorschriften in acht worden genomen. Afhankelijk van het antwoord op de vraag of de aanbesteder in dat verband de mededinging (opnieuw) haar werk wil laten doen, kunnen er op hoofdlijnen twee procedures worden onderscheiden.

In de eerste plaats zou de aanbesteder zo'n opdracht rechtstreeks kunnen gunnen aan een van de ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst, zonder die ondernemers opnieuw tot mededinging op te roepen. Het antwoord op de vraag of en onder welke voorwaarden dat kan, ligt besloten in de reeds eerder aanbestede raamovereenkomst.

In de tweede plaats kan de aanbesteder tot gunning van zo'n opdracht aan een van de ondernemers komen door hen opnieuw tot mededinging op te roepen. Het is met name die procedure die is geregeld in hoofdstuk 10 ARW 2005.

De procedure die de aanbesteder in zo'n geval volgt, heeft het karakter van een aanbestedingsprocedure zoals omschreven in *par. 2*.

Toelichting

Die procedure lijkt dan nog het meest op de onderhandse procedure zoals bedoeld in par. 4.7, nu de opdracht enerzijds immers niet algemeen wordt aangekondigd, maar er anderzijds wel een oproep tot mededinging plaatsvindt.

De procedure start met de uitnodiging door de aanbesteder tot het doen van een inschrijving. Die uitnodiging is gericht aan de ondernemers met wie de raamovereenkomst is gesloten. Nadat de aanbesteder de inschrijvingen van de ondernemers heeft ontvangen, beoordeelt hij die inschrijvingen in het licht van het gunningscriterium. Dat gunningscriterium vormt een onderdeel van de vraagspecificatie die onderwerp was van de aanbesteding van de oorspronkelijke raam-

overeenkomst. Alvorens tot gunning over te gaan, kan de aanbesteder bovendien beoordelen of de ondernemers ook overigens nog voldoen aan de destijds gestelde eisen. Voor wat betreft de mogelijkheid om tijdens de aanbestedingsprocedure informatie uit te wisselen met individuele gegadigden of inschrijvers, alsook de mogelijkheid tot onderhandelen met inschrijvers na ontvangst en beoordeling van hun inschrijvingen, heeft de aanbesteder in beginsel dezelfde beperkte ruimte als bij de openbare en niet-openbare procedure.

5 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

5.1 Voorvraag: bestaat er een aanbestedingsplicht?

De vraag of en in hoeverre het een aanbesteder juridisch vrijstaat zelf te bepalen welke van de in *par. 4* beschreven aanbestedingsprocedures hij in het concrete geval zal gebruiken, kan niet worden beantwoord zonder eerst een aantal voorvragen te hebben beantwoord.
In de eerste plaats is het namelijk van belang vast te stellen of de aanbesteder in het concrete geval verplicht is tot aanbesteding op grond van een van de Europese aanbestedingsrichtlijnen *(par. 5.1.1)*.

Toelichting

Een bevestigende antwoord beperkt de keuzemogelijkheden van de aanbesteder wat betreft de toe te passen aanbestedingsprocedure. Daarbij maakt het overigens nog verschil of de verplichting tot aanbesteding voortvloeit uit de Algemene Richtlijn dan wel de Richtlijn Nutssectoren.

Zelfs wanneer die vraag ontkennend kan worden beantwoord, kan de keuzevrijheid van de aanbesteder voor wat betreft de te hanteren aanbestedingsprocedure nog altijd ingeperkt zijn. Dat is namelijk het geval indien - ondanks dat de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn - op de aanbesteder in kwestie de verplichting tot aanbesteden rust op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie EG *(par. 5.1.2)* en/of op grond van nationale wet- en regelgeving dan wel door de aanbesteder zelf vastgesteld beleid *(par. 5.1.3)*.

Indien er in echter het geheel geen aanbestedingsplicht op de aanbesteder rust en hij desalniettemin vrijwillig zou willen overgaan tot het gebruik van een aanbestedingsprocedure, staat het hem vrij in dat verband te kiezen uit de procedures die zijn besproken in *par. 4*.

5.1.1 Aanbestedingsplicht op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen?

Of en in hoeverre een aanbesteder de vrijheid heeft om zelf te bepalen welke aanbestedingsprocedure hij zal hanteren, hangt allereerst af van het antwoord op de vraag of er op grond van wet- of regelgeving een verplichting bestaat om de bouwopdracht Europees aan te besteden met inachtneming van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Gesteld dat die vraag in het concrete geval bevestigend kan worden beantwoord, dient de aanbesteder de volgende uitgangspunten in acht te nemen:

- de aanbesteder kan géén gebruik maken van de onderhandse aanbesteding *(par. 4.7)*;

Toelichting

De Europese aanbestedingsrichtlijnen, Bao en Bass kennen een gesloten systeem dat niet voorziet in de mogelijkheid tot gebruik van de onderhandse aanbesteding.

- indien de Algemene Richtlijn van toepassing is, heeft de aanbesteder de vrijheid om gebruik te maken van de openbare procedure *(par. 4.2)* of de niet-openbare procedure *(par. 4.3)*. De concurrentiegerichte dialoog *(par. 4.4)* en de onderhandelingsprocedures *(par. 4.5 en 4.6)* mogen alleen worden toegepast indien aan de daarvoor gestelde toepassingsvoorwaarden is voldaan. Het voorgaande geldt ook indien het voorwerp van de opdracht een concessieovereenkomst voor openbare werken *(par. 4.8)* betreft;

Bron

Zie met name de volgende artikelen van de Algemene Richtlijn: art. 28 (openbare en niet-openbare procedure); art. 29 lid 1 (concurrentiegerichte dialoog); art. 30 lid 1 (onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking); art. 31 lid 1 (onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking); art. 56 e.v. (concessieovereenkomst voor openbare werken). Zie ook de corresponderende bepalingen in art. 28 t/m 31 en art. 58 Bao en in art. 5.2.1 en art. 6.2.1 ARW 2005.

- indien de Richtlijn Nutssectoren van toepassing is, heeft de aanbesteder de vrijheid om gebruik te maken van de openbare procedure *(par. 4.2)*, de niet-openbare procedure *(par. 4.3)* en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking *(par. 4.5)*. De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking *(par. 4.6)* mag alleen worden toegepast indien aan de daarvoor gestelde toepassingsvoorwaarden is voldaan. De concurrentiegerichte dialoog *(par. 4.4)* mag niet worden toegepast;

Bron

Zie de volgende artikelen van de Richtlijn Nutssectoren: art. 40 lid 2 (openbare procedure, niet-openbare procedure en onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking) en art. 40 lid 3 (onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking). Zie ook de corresponderende bepalingen in art. 37 lid 1 en lid 2 Bass.

- indien de aanbesteder een opdracht wil gunnen uit hoofde van een raamovereenkomst die eerder tot stand is gekomen op basis van een aanbestedingsprocedure welke heeft plaatsgevonden krachtens een verplichting tot aanbesteding onder de aanbestedingsrichtlijnen, neemt de aanbesteder de daarvoor geldende procedurevoorschriften in acht *(par. 4.9 en 4.10)*.

Bron

Zie art. 32 van de Algemene Richtlijn en art. 14 van de Richtlijn Nutssectoren. Zie ook art. 32 Bao.

5.1.2 Aanbestedingsplicht op grond van de jurisprudentie van het HvJ EG?

Een bouwopdracht voldoet niet altijd aan de toepassingsvoorwaarden van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, zodat een (semi-)overheidsaanbesteder niet altijd verplicht zal zijn tot naleving van de richtlijnen.

Voorbeeld

In dit verband kan met name worden gedacht aan bouwopdrachten die een geraamde waarde vertegenwoordigen van een bedrag dat beneden de drempel van € 5.150.000,- ligt.

Toch kan ook in zo'n geval een overheid of semi-overheid tot aanbesteden verplicht zijn. Dat kan in de eerste plaats op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie EG.

Toelichting

Deze jurisprudentie is nader toegelicht in hoofdstuk 1, par. 1.1. Waar het kort gezegd op neerkomt, is dat wanneer de opdracht in kwestie een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' vertoont, de betreffende (semi-) overheid de fundamentele regels en algemene beginselen van het Verdrag in acht zal moeten nemen.

De door het Hof geformuleerde verplichting impliceert dat de (semi-)overheid een zodanige mate van openbaarheid aan het voornemen tot gunning van de bouwopdracht moet geven dat ook buitenlandse marktdeelnemers in staat worden gesteld hun belangstelling voor die opdracht kenbaar te maken. Daarmee is voor de aanbesteder de facto de verplichting gegeven tot het hanteren van een aanbestedingsprocedure die algemeen wordt bekendgemaakt.

Wat die verplichting verder nog betekent voor de aanbesteder op het punt van de keuze van de in het concrete geval te hanteren aanbestedingsprocedure, is door het Hof van Justitie opengelaten. Op grond van een rationele uitleg kunnen echter de volgende uitgangspunten worden geformuleerd indien sprake is van een opdracht die een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' vertoont maar niet onder het toepassingsgebied van de Europese aanbestedingsrichtlijnen valt:

- de aanbesteder kan géén gebruik maken van de onderhandse aanbesteding *(par. 4.7)*;

Toelichting

De onderhandse aanbesteding voldoet niet aan de door het Hof van Justitie gestelde voorwaarde dat een zodanige mate van openbaarheid aan de bouwopdracht dient te worden gegeven dat ook buitenlandse marktdeelnemers in staat worden gesteld hun belangstelling voor die opdracht kenbaar te maken.

- de aanbesteder kan alleen gebruik maken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking *(par. 4.6)* indien zich een van de gevallen voordoet waarin gebruikmaking van die aanbestedingsprocedure is toegelaten onder de Europese aanbestedingsrichtlijnen;

Toelichting

Wanneer de omstandigheden van het geval zodanig liggen dat er de facto slechts één marktpartij is die voor gunning van de opdracht in aanmerking kan komen, zou het zinledig zijn de aanbesteder te verplichten meerdere marktpartijen te laten meedingen naar de opdracht. Er valt geen redelijk argument te bedenken waarom dat uitgangspunt, dat binnen het werkingsgebied van de aanbestedingsrichtlijnen geldt, niet ook daarbuiten zou behoeven te gelden.

- de aanbesteder kan vrijelijk kiezen uit de openbare procedure *(par. 4.2*), de niet-openbare procedure *(par. 4.3)*, de concurrentiegerichte dialoog *(par. 4.4)* en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking *(par. 4.5)*. Het voorgaande geldt ook indien het voorwerp van de opdracht een concessieovereenkomst voor openbare werken *(par. 4.8)* betreft;

Toelichting

Het betreft hier allemaal aanbestedingsprocedures waarbij de aanbesteder algemene bekendheid geeft aan de bouwopdracht. Daarmee lijkt te zijn voldaan aan de door het Hof van Justitie gestelde randvoorwaarde.

- in de context van raamovereenkomsten kan de jurisprudentie van het Hof van Justitie er hoogstens toe leiden dat een raamovereenkomst, die niet onder het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen valt, aanbesteed moet worden met behulp van een aanbestedingsprocedure die algemeen bekend moet worden gemaakt. Wanneer de aanbesteder vervolgens wil overgaan tot het verstrekken van deelopdrachten op grond van een aldus totstandgekomen raamovereenkomst, bestaat er in dat kader geen verplichting tot het hanteren van een aanbestedingsprocedure tenzij de raamovereenkomst in zo'n verplichting voorziet.

De hierboven geformuleerde uitgangspunten zijn relevant voor alle (semi-)overheden op wie op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG in een concreet geval een verplichting tot aanbesteden rust buiten het toepassingsgebied van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Omdat die jurisprudentie (nog) niet is uitgewerkt in nationale wet- en regelgeving, kunnen de meeste (semi-)overheden zich tot deze uitgangspunten beperken wanneer zij in de gegeven context de keuze voor een aanbestedingsprocedure moeten maken. Behoort de aanbesteder daarentegen tot een van de bouwministeries, dan zal die aanbesteder bij het toepassen van de uitgangspunten tevens de bepalingen van het BAW in acht moeten nemen wanneer hij op het punt staat een aanbestedingsprocedure te kiezen. Dat zal nader worden toegelicht in de volgende paragraaf.

5.1.3 Aanbestedingsplicht op grond van nationale wet- en regelgeving of beleid?

Op dit moment bestaat er in ons land (nog) geen nationale wetgeving die de eventuele aanbestedingsplicht van een (semi-)overheidsdienst regelt voor die gevallen die niet worden bestreken door de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Dat betekent dat er ook geen wetgeving bestaat die de in *par. 5.1.2* bedoelde jurisprudentie van het HvJ EG beoogt te implementeren. Wel is het in de praktijk natuurlijk zo dat veel aanbesteders voor hun organisatie beleid ter zake zullen hebben vastgesteld.

Toelichting

De op 8 juli 2008 door de Eerste Kamer verworpen ontwerp-Aanbestedingswet beoogde onder andere in een wettelijke regeling te voorzien. Dat het ontwerp is verworpen, betekent overigens niet dat de jurisprudentie van het HvJ EG geen betekenis zou hebben: de Lid-Staten hebben zich daar gewoon aan te houden.

Wanneer de bouwministeries bouwopdrachten aanbesteden, moeten zij zich realiseren dat zij zijn gebonden aan het BAW 2005.

Toelichting

Zie hierover ook hoofdstuk 1, par. 1.1. Het BAW heeft niet tot doel de in par. 5.1.2 genoemde jurisprudentie van het HvJ EG in onze rechtsorde te implementeren (voor de bouwministeries), maar heeft - achteraf bezien - op onderdelen wel die strekking.

Het BAW regelt voor de bouwministeries de verplichting om in bepaalde omstandigheden bouwopdrachten aan te besteden, ook wanneer niet is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van de Algemene Richtlijn. Bij de uitvoering van die verplichting dienen zij dan gebruik te maken van een van de aanbestedingsprocedures die zijn geregeld in het ARW 2005. Bij het bepalen van hun keuze voor een van die procedures, dienen zij zich te laten leiden door de volgende in het BAW verankerde uitgangspunten:

- Bij de aanbesteding van bouwopdrachten die een waarde vertegenwoordigen van een bedrag dat beneden de drempel van € 5.150.000,- ligt, heeft een tot een van de bouwministeries behorende aanbesteder de vrije keuze uit de openbare procedure *(par. 4.2)* en de niet-openbare procedure *(par. 4.3)*;

Bron

Zie art. 2 BAW jo. art. 7 sub c Bao.

- Bij het gunnen van opdrachten op basis van een raamovereenkomst *(par. 4.9 en 4.10)* of een concessieovereenkomst voor openbare werken *(par. 4.8)* ziet een tot een van de bouwministeries behorende aanbesteder af van de openbare en de niet-openbare procedure;

Bron

Zie art. 3 BAW. Er is overigens niet geregeld welke aanbestedingsprocedure zo'n aanbesteder dan als alternatief zou mogen gebruiken.

- In een limitatief aantal in art. 4 lid 1 BAW omschreven gevallen heeft een tot een van de bouwministeries behorende aanbesteder de bevoegdheid om een andere aanbestedingsprocedure te gebruiken dan de openbare of de niet-openbare procedure. Wanneer hij van die bevoegdheid gebruik maakt, is per geval omschreven welke aanbestedingsprocedure hij dan als alternatief mag gebruiken;

Bron

Een tot een bouwministerie behorende aanbesteder kan gebruik maken van de navolgende aanbestedingsprocedures in de hierna omschreven specifieke gevallen:

Concurrentiegerichte dialoog (par. 4.4): indien die procedure voordeel biedt, zie art. 4 lid 1 sub (b) jo. art. 4 lid 2 BAW.

Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (par. 4.5): in dezelfde gevallen als waarin dat zou zijn toegestaan op grond van de Algemene Richtlijn, gesteld dat die van toepassing zou zijn, zie art. 4 lid 1 sub (c) jo. art. 4 lid 3 BAW.

Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (par. 4.6): in dezelfde gevallen als waarin dat zou zijn toegestaan op grond van de Algemene Richtlijn, gesteld dat die van toepassing zou zijn, zie art. 4 lid 1 sub (d) jo. art. 4 lid 4 BAW.

Onderhandse aanbesteding (par. 4.7): ingeval van (i) geheim verklaarde opdrachten; (ii) opdrachten die een waarde vertegenwoordigen van een bedrag beneden de drempel van € 1.500.000; (iii) wanneer er goede gronden zijn om te vermoeden dat gebruikmaking van de openbare dan wel de niet-openbare procedure niet in het belang van de Staat is; (iv) wanneer aan het werk te stellen bijzondere eisen niet tot hun recht kunnen komen; (v) wanneer het werk van een zodanige aard is dat toezicht tijdens en keuring na gereedmaking geen afdoende waarborg van deugdelijkheid verschaffen; (vi) wanneer er een bijzondere aanbieding is ontvangen die in het belang is van de Staat, zie art. 4 lid 1 sub (a) en sub (e) t/m (i) jo. art. 4 lid 5 BAW.

Als een tot een bouwministerie behorende aanbesteder het oogmerk heeft om doelmatiger aan te besteden kan hij, bij wijze van experiment, afzien van het gebruik van een van de aanbestedingsprocedures waarin het ARW 2005 voorziet en kan hij in plaats daarvan een 'eigen' procedure hanteren, vooropgesteld dat hij in dat kader dan de beginselen van aanbestedingsrecht in acht neemt, zie art. 4 lid 1 sub (j) jo. art. 11.1.1 ARW 2005

- Een tot een bouwministerie behorende aanbesteder kan in de in art. 4 lid 1 BAW bedoelde gevallen ook besluiten af te zien van het gebruik van een aanbestedingsprocedure - en de bouwopdracht uit de hand gunnen - indien het houden van een aanbesteding in die gevallen niet mogelijk is of door hem ondoelmatig wordt geoordeeld.

De voorgaande uitgangspunten laten zien dat de bouwministeries op grond van het BAW een ruime mate van beleidsvrijheid hebben als het gaat om het kiezen van een aanbestedingsprocedure in die gevallen waarin de Algemene Richtlijn niet van toepassing is.

Toelichting

Denkbaar is zelfs dat het BAW op onderdelen een te ruime beleidsvrijheid biedt in het licht van de ontwikkeling van de jurisprudentie van het HvJ EG. Aanbesteders die tot de bouwministeries behoren worden dan ook geadviseerd zich goed te laten adviseren over de implicaties van die jurisprudentie in het licht van de toepassing van het BAW, alvorens zij een beslissing nemen over de in het concrete geval te hanteren aanbestedingsprocedure.

In de praktijk zal het overigens in de regel zo zijn dat ook voor andere (semi-)overheidsdiensten dan de bouwministeries regelgeving bestaat - bijvoorbeeld een gemeentelijke of provinciale verordening - of dat er anderszins externe dan wel interne beleidsrichtlijnen binnen zo'n dienst bestaan op grond waarvan zij gehouden zijn tot het hanteren van een aanbestedingsprocedure ook in gevallen die niet door de aanbestedingsrichtlijnen worden bestreken. Die lagere regelgeving en/of interne beleidsrichtlijnen zouden bovendien beperkingen kunnen stellen aan de keuzevrijheid van de aanbesteder ter zake de in een concreet geval toe te passen aanbestedingsprocedure.

Voorbeeld

Gemeente A. heeft een gemeentelijke aanbestedingsverordening vastgesteld waarin is bepaald dat ingeval een gemeentelijke bouwopdracht een waarde vertegenwoordigt die weliswaar onder de drempel van de Algemene Richtlijn ligt, doch meer dan € 100.000,-- bedraagt, de gemeente verplicht is tot aanbesteden en wat betreft de keuze van de toe te passen aanbestedingsprocedure dezelfde regels moet toepassen als die welke voortvloeien uit de Algemene Richtlijn.

5.2 Bijzondere toepassingsvoorwaarden onder de Algemene Richtlijn

5.2.1 Opmerkingen vooraf

In *par. 5.1.1* is onder andere aan de orde gekomen dat een aanbesteder die gehouden is de bouwopdracht aan te besteden met inachtneming van de Algemene Richtlijn en het Bao, niet in alle gevallen de vrijheid heeft om gebruik te maken van de concurrentiegerichte dialoog *(par. 4.4)*, de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking *(par. 4.5)* dan wel de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking *(par. 4.6)*. Deze procedures kunnen namelijk alleen worden gehanteerd, indien is voldaan aan een aantal voorwaarden.

Voorbeeld

Die toepassingsvoorwaarden kunnen overigens ook relevant zijn, wanneer een tot een bouwministerie behorende aanbesteder een bouwopdracht in de markt wil zetten en daarbij weliswaar niet aan de Algemene Richtlijn is gebonden maar op grond van het BAW wel gehouden is een van de aanbestedingsprocedures van het ARW 2005 te hanteren, zie par. 5.1.3 hierboven.

In de navolgende paragrafen *5.2.2* t/m *5.2.4* zullen deze juridische toepassingsvoorwaarden nader worden verduidelijkt en toegelicht. Een algemene waarschuwing die in dat kader dient te worden

gegeven, is dat de toepassingsmodaliteiten die voor het gebruik van deze aanbestedingsprocedures gelden zeer restrictief dienen te worden geïnterpreteerd op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG.

5.2.2 Concurrentiegerichte dialoog

De concurrentiegerichte dialoog mag op grond van art. 29 lid 1 Algemene Richtlijn worden toegepast indien sprake is van een bijzonder complexe opdracht.

> ***Toelichting***
>
> *Zie ook art. 29 lid 1 Bao. Van zo'n 'bijzonder complexe opdracht' is sprake indien de aanbesteder*
>
> - *objectief gezien niet in staat is de technische middelen overeenkomstig art. 23 lid 3 sub (b), sub (c) of sub (d) van de Algemene Richtlijn te bepalen waarmee aan zijn behoeften of doel kan worden tegemoet gekomen, of*
> - *objectief niet in staat is de juridische en/of financiële voorwaarden van een project te specificeren.*
>
> *Zie art. 1 lid 11 sub (c) Algemene Richtlijn en art. 1 sub (w) Bao.*

Gelet op de letter van art. 1 lid 11 sub (c) Algemene Richtlijn houdt het voorgaande - vrij vertaald - in dat van een 'bijzonder complexe opdracht' sprake is indien de aanbesteder objectief gezien niet in staat is - zonder dat hem wat dat betreft een verwijt kan worden gemaakt - een vraagspecificatie te formuleren die de markt laat zien hoe er aan de vraagbehoefte van de aanbesteder kan worden voldaan en/of onder welke juridische en/of financiële voorwaarden dat zou kunnen.

> ***Voorbeeld***
>
> *Uit considerans 31 bij de Algemene Richtlijn kan worden afgeleid dat de Commissie vooral het oog heeft op omvangrijke geïntegreerde vervoersinfrastructuurprojecten, of projecten met een complexe en gestructureerde financiering waarvan de financiële en juridische onderbouwing niet vooraf kan worden voorgeschreven.*

Het voorgaande betekent dat gebruik van de concurrentiegerichte dialoog in ieder geval is toegelaten ingeval gebruik wordt gemaakt van een tweetal varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm, te weten DBFM en DBFMO. Ook indien gebruik wordt gemaakt van de alliantie als bouworganisatievorm, kan de concurrentiegerichte dialoog worden gehanteerd.

> ***Toelichting***
>
> *Zie voor een uiteenzetting van deze bouworganisatievormen hoofdstuk 5, par. 5.3.4, 5.3.5 en 5.4.*

5.2.3 Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking

De onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking mag op grond van art. 30 lid 1 Algemene Richtlijn worden toegepast in een viertal gevallen. Daarvan zijn alleen de in lid 1 sub (a), (b) en (d) geregelde gevallen relevant voor aanbestedingen in de bouw.

> ***Toelichting***
>
> *Zie ook art. 30 lid 1 sub (a), (b) en (d) Bao en art. 5.2.1 ARW 2005. Het in art. 30 lid 1 sub (c) van de Algemene Richtlijn omschreven uitzonderingsgeval wordt hier verder niet meer besproken omdat het geen betrekking heeft op de aanbesteding van een bouwopdracht.*

Deze gevallen zullen in de hierna volgende paragrafen *5.2.3.1* t/m *5.2.3.3* nader worden uitgewerkt en toegelicht.

5.2.3.1 Bij voorafgaande aanbesteding alleen maar onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen

Een aanbesteder mag onder de Algemene Richtlijn 'overschakelen' naar de onderhandelingsprocesdure met voorafgaande bekendmaking indien bij een voorafgaande aanbesteding van dezelfde opdracht - door middel van een openbare procedure, een niet-openbare procedure of een concurrentiegerichte dialoog - uitsluitend inschrijvingen zijn gedaan die onregelmatig of onaanvaardbaar zijn. Overschakelen naar deze procedure houdt in feite in dat er een nieuwe aanbesteding plaatsvindt op grond van een andere aanbestedingsprocedure.

> ***Bron***
>
> *Zie art. 30 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 30 lid 1 sub (a) Bao en art. 5.2.1 sub (a) ARW 2005. Alleen wanneer alle inschrijvingen onregelmatig dan wel onaanvaardbaar zijn, mag de aanbesteder overschakelen naar deze onderhandelingsprocedure.*

De vraag wat moet worden verstaan onder 'onregelmatig' en 'onaanvaardbaar' is niet eenvoudig te beantwoorden op grond van de uitleg die aan deze begrippen is gegeven door de Commissie zelf.

> ***Bron***
>
> *Zie voor deze uitleg de Handleiding van de Commissie bij de Richtlijn Werken, nrs. 3.3.1 en 3.3.2 en Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 137 e.v. De uitleg van het begrip 'onregelmatig' kan bovendien de vraag oproepen of in een concreet geval een 'onregelmatige' inschrijving in feite niet gelijk staat aan een inschrijving die niet is gedaan, terwijl de uitleg van het 'onaanvaardbaar' gecompliceerd is nu het begrip lastig is af te bakenen van het begrip 'geen geschikte' zoals bedoeld in art. 31 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn en art. 31 lid 1 sub (a) Bao. Zie over het begrip 'geen of geen geschikte inschrijving' hierna nog par. 5.2.4.1. Die afbakening is van belang, nu ingeval van uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking kan worden gebruikt, terwijl ingeval van geen of geen geschikte inschrijvingen mag worden doorgeschakeld naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.*

In de eerste plaats wordt aangenomen dat (alle) inschrijvingen 'onregelmatig' zijn, wanneer die inschrijvingen onderling op elkaar zijn afgestemd en op die manier de vrije mededinging is uitgeschakeld.

> ***Voorbeeld***
>
> *In het kader van een niet-openbare procedure worden 7 gegadigden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving. Alvorens hun inschrijvingen in te dienen, maken de 7 ondernemingen onderling afspraken over de wijze waarop zij ieder afzonderlijk zullen gaan inschrijven.*

Een inschrijving wordt door de Commissie daarnaast als 'onregelmatig' beschouwd wanneer die inschrijving niet voldoet aan de voor de opdracht geldende regels.

> ***Toelichting***
>
> *Het is niet geheel duidelijk wat hieronder moet worden verstaan. Gedacht wordt aan een inschrijving die niet voldoet aan belangrijke materiële en formele vereisten, zoals eisen gesteld in de bekendmaking, de*

uitnodiging tot inschrijving, het bestek, de nota van inlichtingen. Ook het doen van een inschrijving onder voorwaarden valt hieronder.

Een aanbesteder dient zich te realiseren dat een 'onregelmatige' inschrijving soms gelijk zal staan aan 'geen inschrijving', in welk geval hij (ook) mag overschakelen naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

Toelichting

Zie in dit verband art. 31 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 31 lid 1 sub (a) Bao en art. 6.2.1 sub (a) ARW 2005. Overschakelen naar die procedure is overigens alleen toegestaan indien bij de voorafgaande aanbesteding uitsluitend inschrijvingen zijn gedaan die te kwalificeren zijn als 'geen of geen geschikte inschrijving' in de zin van de genoemde bepaling. Zie hierna ook par. 5.2.4.1.

Voorbeeld

Een voorbeeld van een samenloop tussen een geval van een 'onregelmatige' inschrijving en 'geen inschrijving' is een inschrijving die als ongeldig moet worden beschouwd, bijvoorbeeld omdat de inschrijving op belangrijke onderdelen niet voldoet aan de eisen van de vraagspecificatie, of omdat het een inschrijving onder voorwaarden betreft.

Een inschrijving kan om verschillende redenen als 'onaanvaardbaar' worden beschouwd. In de eerste plaats is een inschrijving volgens de Commissie 'onaanvaardbaar' indien de inschrijver zelf niet aan de gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen voldoet of wanneer die inschrijver moet worden uitgesloten op grond van een van toepassing zijnde uitsluitingsgrond.

Toelichting

Zie ook hoofdstuk 10 over uitsluitingronden en kwalitatieve geschiktheidseisen. Een aanbesteder mag in zo'n geval dus alleen overschakelen naar de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking wanneer bij de voorafgaande aanbesteding alle inschrijvers zijn uitgesloten en/of niet voldeden aan de kwalitatieve geschiktheidseisen.

In de tweede plaats dient een inschrijving als 'onaanvaardbaar' te worden beschouwd indien die inschrijving naar objectieve maatstaven gemeten als 'te hoog' dient te worden beschouwd.

Toelichting

Ook nu geldt overigens weer dat een aanbesteder alleen mag overschakelen naar de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking wanneer bij de voorafgaande aanbesteding alle inschrijvers hoger hebben ingeschreven dan de aanbesteder - naar objectieve maatstaven gemeten - redelijkerwijs mocht verwachten.

Van een duidelijke objectieve maatstaf zal in beginsel sprake zijn indien de aanbesteder vooraf zijn maximumbudget heeft bekendgemaakt en het bedrag van een inschrijving dit budget overschrijdt. Ook in zo'n geval zal echter - net zoals in het geval waarin vooraf geen maximumbudget aangegeven is - moeten worden nagegaan welk prijsniveau de aanbesteder gegeven de aard van de bouwopdracht, uitvoeringslocatie, gemiddelde prijspeil in de relevante markt redelijkerwijs mocht verwachten. Subjectieve verwachtingen van de aanbesteder - al dan niet gebaseerd op de voor de bouwopdracht gereserveerde budgetten - kunnen in dat kader geen doorslaggevende rol spelen.

Een inschrijving kan soms ook 'abnormaal laag' zijn. De aanbesteder heeft in dat geval de mogelijkheid om zo'n inschrijving uit te sluiten, zodat hij niet hoeft toe te komen aan een doorstart naar de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Toelichting

Zie art. 55 Algemene Richtlijn, art. 56 Bao en art. 2.27, 3.29, 4.28, 5.27, 6.24, 7.19 en 10.7 ARW 2005. Voor die doorstartmogelijkheid zal in de gegeven context alleen ruimte zijn in het theoretische geval dat alle inschrijvingen die bij de voorafgaande aanbesteding zijn ingediend 'abnormaal laag' blijken te zijn.

Tot slot kan op deze plaats nog worden opgemerkt dat een inschrijving die te laat is ingediend, niet als 'onaanvaardbaar' kan worden beschouwd, maar als een geval van 'geen inschrijving' moet worden beschouwd.

Bron

Zie Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 142.

De reden is dat een aanbesteder een te laat gedane inschrijving terzijde moet leggen en de inhoud daarvan - met inbegrip van de identiteit van de inschrijver - niet mag en ook niet kan beoordelen. Dat betekent dat de aanbesteder zo'n inschrijver - gesteld dat hij zou mogen overschakelen naar de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking - nooit voor die procedure zal kunnen uitnodigen.

Wanneer alle bij een eerdere aanbesteding gedane inschrijvingen onregelmatig en/of onaanvaardbaar zijn, mag de aanbesteder zoals gezegd gebruik maken van de mogelijkheid om over te schakelen naar de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Als hij de bouwopdracht op die manier heraanbesteedt, mag hij de eisen van de vraagspecificatie niet wezenlijk wijzigen.

Bron

Zie art. 30 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 30 lid 1 sub (a) Bao en art. 5.2.1 sub (a) ARW 2005.

Voorbeeld

Van een wezenlijke wijziging zou bijvoorbeeld sprake zijn wanneer de aanbesteder de eisen die hij heeft gesteld ten aanzien van de verwerkingscapaciteit van een te bouwen vuilverwerkingsinstallatie met 50% zou verminderen. Van een wezenlijke wijziging zal echter geen sprake zijn wanneer die installatie net iets anders zou worden gepositioneerd op de beoogde bouwlocatie.

Zou de aanbesteder de eisen van de vraagspecificatie wel wezenlijk willen wijzigen, dan dient hij de gewijzigde bouwopdracht opnieuw aan te besteden door gebruik te maken van hetzij de openbare hetzij de niet-openbare procedure.

Een heraanbesteding van een niet wezenlijk gewijzigde bouwopdracht op grond van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking veronderstelt dat de aanbesteder de bouwopdracht algemeen bekendmaakt.

Toelichting

Zie in dit verband ook de beknopte beschrijving van de procedure in par. 4.5.

De aanbesteder heeft de mogelijkheid om ingeval van een heraanbesteding op grond van een in deze paragraaf toegelichte omstandigheid af te zien van zo'n voorafgaande bekendmaking, wanneer hij voor deelname aan de procedure alle inschrijvers uitnodigt die deelnamen aan de eerdere aanbesteding en die op dat moment (i) voldeden aan de door de aanbesteder gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele nadere selectiecriteria en (ii) een inschrijving hebben gedaan die voldeed aan de formele eisen voor het plaatsen van opdrachten.

Toelichting

Zie art. 30 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, tweede alinea, art. 30 lid 2 Bao en art. 5.4.3 ARW 2005.

5.2.3.2 Vaststelling vooraf van de prijs is niet mogelijk

Een aanbesteder mag onder de Algemene Richtlijn ook gebruik maken van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking in buitengewone gevallen waarin het een bouwopdracht betreft waarvan de aard en onzeker omstandigheden een vaststelling vooraf van de totale prijs niet mogelijk maken.

Bron

Zie art. 30 lid 1 sub (b) Algemene Richtlijn, art. 30 lid 1 sub (b) Bao en art. 5.2.1 sub (b) ARW 2005.

Deze uitzonderingsgrond zal niet snel kunnen worden gebruikt als basis voor de aanbesteding van een bouwopdracht met behulp van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Bron

De Commissie heeft bij eerdere gelegenheid gesteld dat deze procedure "uitsluitend [geldt] voor uitzonderlijke situaties waarin vooraf onzekerheid bestaat over de aard of de omvang van de uit te voeren werkzaamheden, maar niet voor situaties waarin de onzekerheden andere oorzaken hebben, zoals wanneer de prijs lastig vooraf kan worden vastgesteld als gevolg van de complexiteit van de financieeljuridische constructie". De Commissie licht dat verder toe met de opmerking: "[d]e afwijking kan bijvoorbeeld gelden wanneer werken in een geologisch onstabiel of archeologisch waardevol gebied worden uitgevoerd, waardoor de omvang van de uit te voeren werken aan het begin van de procedure niet valt te voorspellen."

Uit: Groenboek over publiek-private samenwerking en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, COM(2004) 327.

Gegeven de uitleg die de Commissie aan deze uitzonderingsgrond geeft, zal de keuze voor een variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm - D&B, DBM, DBFM, DBFMO - in de regel geen rechtvaardiging kunnen vormen voor gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

In de eerste plaats is het immers zo dat het probleem van de complexiteit van een financieeljuridische constructie zich vooral zal voordoen bij DBFM en DBFMO, in welk geval de aanbesteder onder de Algemene Richtlijn zal zijn aangewezen op de procedure van de concurrentiegerichte dialoog in plaats van de onderhandelingsprocedure.

Toelichting

Zie in dit verband par. 4.4 en par. 5.2.2.

In de tweede plaats is het zo dat een aanbesteder die besluit te opteren voor D&B of DBM er in dat geval zelf voor kiest de markt een ruimere mate van oplossingsvrijheid te bieden. Zo'n keuze kan er toe leiden dat die aanbesteder zichzelf in de positie brengt dat hij met een marktpartij contracteert op een moment dat er nog veel onzekerheid bestaat over de aard en de omvang van de uit te voeren werkzaamheden. Dat is in de visie van de Commissie geen rechtvaardiging voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking in het gegeven geval.

Toelichting

Met het voorgaande is niet gezegd dat het om redenen van doelmatigheid onverstandig zou zijn de onderhandelingsprocedure toe te passen ingeval van D&B of DBM: het mag juridisch gewoon niet.

De consequentie van het voorgaande is dat een aanbesteder - vanuit de optiek van de juridische randvoorwaarden - onder de Algemene Richtlijn in de regel zal zijn aangewezen op de openbare of de niet-openbare procedure wanneer hij de keuze heeft gemaakt voor D&B of DBM.

5.2.3.3 Aanbesteding van een proefproject

Tot slot mag een aanbesteder onder de Algemene Richtlijn de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking ook hanteren wanneer een bouwopdracht uitsluitend wordt uitgevoerd ten behoeve van onderzoek, proefneming of ontwikkeling en niet met het doel winst te maken of de kosten van onderzoek en ontwikkeling te dekken.

Bron

Zie art. 30 lid 1 sub (d) Algemene Richtlijn, art. 30 lid 1 sub (d) Bao en art. 5.2.1 sub (d) ARW 2005.

Deze uitzonderingsgrond is voor de aanbesteding van commerciële bouwopdrachten niet relevant.

5.2.4 Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mag op grond van art. 31 lid 1 Algemene Richtlijn in een aantal gevallen worden toegepast. Daarvan zijn alleen de vijf gevallen die zijn geregeld in lid 1 sub (a) t/m (c) en lid 4 sub (a) en (b) geregelde gevallen relevant voor aanbestedingen in de bouw.

Toelichting

Zie ook art. 31 lid 1 en lid 4 Bao en art. 6.2.1 ARW 2005.

Deze gevallen zullen in de hierna volgende paragrafen *5.2.4.1* t/m *5.2.4.5* nader worden uitgewerkt en toegelicht.

5.2.4.1 Bij voorafgaande aanbesteding geen of geen geschikte inschrijvingen

Het is een aanbesteder onder de Algemene Richtlijn toegestaan om over te schakelen naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking wanneer bij een voorafgaande aanbesteding van dezelfde opdracht - door middel van een openbare procedure of een niet-openbare procedure - géén dan wel geen geschikte inschrijvingen zijn gedaan. Het komt er dan in feite op neer dat er een nieuwe aanbesteding plaatsvindt op grond van een andere aanbestedingsprocedure.

Bron

Zie art. 31 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 31 lid 1 sub (a) Bao en art. 6.2.1 sub (a) ARW 2005. Alleen wanneer

alle inschrijvingen als ongeschikt kunnen worden aangemerkt, mag de aanbesteder overschakelen naar deze onderhandelingsprocedure.

Het overschakelen naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is niet toegestaan wanneer de voorafgaande aanbesteding heeft plaatsgevonden door gebruikmaking van de concurrentiegerichte dialoog.

De vraag die moet worden beantwoord is wat kan worden verstaan onder 'geen of geen geschikte inschrijvingen'.

Toelichting

Zie voor een uitleg de Handleiding van de Commissie bij de Richtlijn Werken, nr. 3.3.2 en Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 146 e.v. Bij de uitleg van het begrip kunnen zich vragen van afbakening, samenloop en overlap voordoen in relatie tot de uitleg van de begrippen 'onregelmatig' en 'onaanvaardbaar' zoals bedoeld in art. 30 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 30 lid 1 sub (a) Bao en art. 5.2.1 sub (a) ARW 2005. Een en ander is van belang, nu ingeval van uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking kan worden gebruikt, terwijl ingeval van geen of geen geschikte inschrijvingen mag worden doorgeschakeld naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Zie hierover eerder par. 5.2.3.1.

Het lijkt eenvoudig vast te stellen wanneer zich een geval voordoet waarin er 'geen' inschrijvingen zijn gedaan: die situatie doet zich voor wanneer de aanbesteder feitelijk geen enkele inschrijving heeft ontvangen. Dat is echter een te enge omschrijving van de gevallen die onder deze uitzonderingsgrond kunnen worden gebracht. Ook wanneer er feitelijk weliswaar een of meer inschrijvingen door de aanbesteder zijn ontvangen, kan zich normatief gezien een situatie voordoen die gelijk staat met de situatie waarin er 'geen inschrijving' is ontvangen.

Voorbeeld

Te denken valt aan het geval waarin de ontvangen inschrijvingen te laat zijn ingediend. Ook kan worden gedacht aan het geval waarin alle ontvangen inschrijvingen als ongeldig moeten worden beschouwd, bijvoorbeeld omdat de inschrijvingen op belangrijke onderdelen niet voldoen aan de eisen van de vraagspecificatie, of omdat alle inschrijvingen onder voorwaarden zijn gedaan. In de genoemde gevallen van ongeldigheid zijn de inschrijvingen bovendien onregelmatig in de zin van art. 30 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 30 lid 1 sub (a) Bao en art. 5.2.1 sub (a) ARW 2005. Zie hierover eerder par. 5.2.3.1.

Op grond van de uitleg die door de Commissie is gegeven aan het begrip 'geen geschikte inschrijving' kan worden vastgesteld dat deze situatie een hoogst academisch karakter heeft.

Bron

De Commissie heeft hier het oog op inschrijvingen "die onaanvaardbaar en onregelmatig zijn, maar waarvan de inhoud daarenboven geen enkel verband houdt met de opdracht en die derhalve volstrekt ongeschikt zijn om in de behoeften van de aanbestedende diensten te voorzien, zoals die in de aanbestedingsdocumenten zijn omschreven. De indiening van dergelijke offertes wordt dan ook gelijkgesteld met het uitblijven van inschrijvingen".

Uit: Handleiding bij de Richtlijn Werken, nr. 3.3.2.

Uit de formulering van de Commissie kan worden opgemaakt dat er ingeval van een 'niet geschikte' inschrijving in feite sprake is van samenloop met een geval van een 'onregelmatige' of 'onaanvaardbare' inschrijving, zoals bedoeld in par. 5.3.2.1. Er doen zich daarenboven echter een of meer bijkomende omstandigheden voor die maken dat de inschrijving kan worden gekwalificeerd als 'niet geschikt'.

Voorbeeld

Uit de ingediende inschrijvingen blijkt niet alleen dat alle inschrijvers onder voorwaarden hebben ingeschreven, maar kan daarenboven overduidelijk worden afgeleid dat geen van de inschrijvers serieus is ingegaan op de eisen van de vraagspecificatie.

Indien sprake is van 'geen of geen geschikte inschrijving', kan de aanbesteder dezelfde bouwopdracht proberen aan te besteden met behulp van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. In dat geval mag hij de eisen van de vraagspecificatie echter niet wezenlijk wijzigen.

Bron

Zie art. 31 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 31 lid 1 sub (a) Bao en art. 6.2.1 sub (a) ARW 2005.

Zou de aanbesteder de eisen van de vraagspecificatie wel wezenlijk willen wijzigen, dan dient hij de gewijzigde bouwopdracht opnieuw aan te besteden door gebruik te maken van hetzij de openbare hetzij de niet-openbare procedure.

5.2.4.2 Technische of artistieke redenen; bescherming van exclusieve rechten

Een aanbesteder mag onder de Algemene Richtlijn ook gebruik maken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking indien sprake is van een bouwopdracht die om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van exclusieve rechten slechts aan één bepaalde marktpartij kan worden toevertrouwd.

Bron

Zie art. 31 lid 1 sub (b) Algemene Richtlijn, art. 31 lid 1 sub (b) Bao en art. 6.2.1 sub (b) ARW 2005.

Deze uitzonderingsgrond zal niet snel kunnen worden gebruikt als rechtvaardigingsgrond voor de aanbesteding van een bouwopdracht met behulp van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Een aanbesteder zal om te beginnen zelden of nooit kunnen aantonen dat slechts één marktpartij om technische of artistieke redenen voor een opdracht in aanmerking zal kunnen komen. Een auteursrecht op een ontwerp vormt geen rechtvaardiging voor gunning van een bouwopdracht terzake de uitvoering van dat ontwerp aan de auteursgerechtigde.

Voorbeeld

Een uitzondering zou denkbaar kunnen zijn in het geval van een aanvankelijk niet voorziene uitbreiding of verbouwing van een werk waarop een auteursrecht rust dat toebehoort aan de marktpartij die het oorspronkelijke werk heeft gerealiseerd.

Ook wanneer een marktpartij een eigendomsrecht heeft op een stuk grond dat verband houdt met de locatie waarop, waarin of waaronder de aanbesteder het te realiseren werk heeft geprojecteerd, kan geen gebruik worden gemaakt van de in deze paragraaf bedoelde uitzonderingsgrond.

5.2.4.3 Dwingende spoed als gevolg van onvoorziene gebeurtenissen

De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking kan onder de Algemene Richtlijn ook nog worden toegepast - voorzover zulks strikt noodzakelijk is - wanneer de termijnen voor de openbare of niet-openbare procedure dan wel voor de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking wegens dwingende spoed, als gevolg van gebeurtenissen die door de betrokken aanbestedende diensten niet konden worden voorzien, niet in acht kunnen worden genomen.

Bron

Zie art. 31 lid 1 sub (c) Algemene Richtlijn, art. 31 lid 1 sub (c) Bao en art. 6.2.1 sub (c) ARW 2005.

Ook de toepassing van deze uitzonderingsgrond zal bij aanbestedingen in de bouw niet snel kunnen worden gerechtvaardigd. De cumulatieve criteria waaraan moet zijn voldaan, zullen zich in de praktijk niet snel voordoen.

Toelichting

Die criteria zijn: (i) er is sprake van een onvoorziene gebeurtenis die niet aan de aanbesteder valt te wijten; (ii) er is sprake van dwingende spoed welke onverenigbaar is met de inachtneming van termijnen die verbonden zijn aan het doen van een algemene oproep tot mededinging; (iii) er is sprake van een oorzakelijk verband tussen de onvoorziene gebeurtenis en de daaruit voortvloeiende dwingende spoed.

Voorbeeld

Een voorbeeld van een geval waarin aan deze criteria zal zijn voldaan, is het geval waarin een dijk dreigt te bezwijken als gevolg van plotselinge hoogwaterstand. Een voorbeeld van 'dwingende spoed' die geen grond vormt om de hier bedoelde onderhandelingsprocedure toe te passen, is het door een aanbesteder dienst te lang dralen met de uitbreiding van een overheidsgebouw, waar zij eerder en met inachtneming van de juiste procedure die uitbreiding ter hand kan had kunnen nemen. Door eigen gedrag in tijdnood geraakt, kan die aanbestedende dienst geen gebruikmaken van de hier bedoelde onderhandelingsprocedure.

5.2.4.4 Aanvullende werkzaamheden

Gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is onder de Algemene Richtlijn tevens toegestaan ingeval de aanbesteder aanvullende werkzaamheden wenst op te dragen aan de marktpartij aan wie hij eerder een bouwopdracht heeft verstrekt op basis van een vraagspecificatie waarin die aanvullende werkzaamheden niet zijn opgenomen. Een ingangsvoorwaarde die wordt gesteld aan het gebruik van deze procedure als zodanig is overigens dat die aanvullende werkzaamheden als gevolg van onvoorziene omstandigheden nodig blijken te zijn voor de realisatie van het oorspronkelijke project.

Bron

Zie art. 31 lid 4 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 31 lid 4 sub (a) Bao en art. 6.2.1 sub (d) ARW 2005.

Voorbeeld

Een aannemer krijgt na een aanbesteding de opdracht om een spoorlijn aan te leggen. Nadat de werkzaamheden zijn gestart, weten verschillende gemeenten die langs de aan te leggen spoorlijn liggen alsnog de toezegging te verkrijgen van het Rijk dat er extra geluidswerende voorzieningen zullen worden getroffen langs het aan te leggen spoor.

Doet het hierboven bedoelde geval zich voor, dan kan de aanbesteder de aanvullende werkzaamheden zoals gezegd rechtstreeks opdragen aan de marktpartij aan wie ook het oorspronkelijke project is opgedragen. Een bijkomende voorwaarde die daaraan wordt gesteld - namelijk dat de aanvullende werkzaamheden mogen worden opgedragen aan de marktpartij die het oorspronkelijke project uitvoert - is dat ófwel de aanvullende werkzaamheden uit technisch of economisch oogpunt niet los van het oorspronkelijke project kan worden uitgevoerd, zonder overwegende bezwaren voor de aanbesteder, ófwel dat de aanvullende werkzaamheden - hoewel zij los van het oorspronkelijke project kunnen worden uitgevoerd - strikt noodzakelijk zijn voor de vervolmaking daarvan. Een aanvullende voorwaarde is dat de waarde van de aanvullende werkzaamheden niet hoger is dan 50% van de waarde van het oorspronkelijke project.

5.2.4.5 Herhalingsopdracht

Een aanbesteder kan de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking onder de Algemene Richtlijn tot slot ook nog gebruiken wanneer de bouwopdracht in feite een herhaling betreft van de uitvoering van een eerdere opdracht, die op grond van een eerdere aanbestedingsprocedure is opgedragen aan de marktpartij aan wie de aanbesteder nu ook de herhalingsopdracht wenst op te dragen. Ingangsvoorwaarde is dan wel dat de herhalingsopdracht inderdaad overeenstemt met de vraagspecificatie van de oorspronkelijk aanbestede bouwopdracht.

Bron

Zie art. 31 lid 4 sub (b) Algemene Richtlijn, art. 31 lid 4 sub (b) Bao en art. 6.2.1 sub (e) ARW 2005.

Voorbeeld

Een aannemer krijgt na een aanbestedingsprocedure de opdracht om drie windmolens te plaatsen. Vervolgens krijgt hij het verzoek om nog zo'n zelfde windmolen te plaatsen, honderd meter verwijderd van de andere windmolens.

Er zijn echter wel een aantal nadere voorwaarden verbonden aan het gebruik van deze mogelijkheid. Allereerst is vereist dat de aanbesteder de oorspronkelijke opdracht heeft aanbesteed met gebruikmaking van hetzij de openbare hetzij de niet-openbare procedure. De mogelijkheid van herhaling dient bovendien reeds te zijn aangekondigd bij de algemene bekendmaking van de aanbesteding van het oorspronkelijke project. Voorts dient van de herhalingsmogelijk gebruik te worden gemaakt binnen drie jaren volgend op de oorspronkelijke opdracht.

Indien niet aan deze voorwaarden is voldaan, mag de aanbesteder de herhalingsopdracht niet opdragen aan de marktpartij aan wie het oorspronkelijke project is opgedragen. Het is de aanbesteder evenmin toegestaan om in dat geval een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking op touw te zetten waarvoor - naast de oorspronkelijke marktpartij - ook nog enkele andere marktpartijen worden uitgenodigd. De aanbesteder zal in zo'n geval - waarin dus niet aan de voorwaarden is voldaan - in beginsel moeten kiezen tussen de openbare en de niet-openbare procedure voor de aanbesteding van de herhalingsopdracht.
Is daarentegen wèl aan de hierboven bedoelde voorwaarden voldaan, dan moet de aanbesteder - indien hij wenst over te gaan tot het opdragen van een herhalingsopdracht - die opdracht gunnen aan de marktpartij aan wie ook het oorspronkelijke project is opgedragen. Ook in dàt geval is het de aanbesteder dus niet toegestaan in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking een of meer andere marktpartijen tot deelname aan de procedure uit te nodigen om te concurreren met de marktpartij aan wie het oorspronkelijke project werd opgedragen.

5.3 Bijzondere toepassingsvoorwaarden onder de Richtlijn Nutssectoren

In *par. 5.1.1* is onder andere besproken dat een aanbesteder die verplicht is een bouwopdracht aan te besteden met inachtneming van de Richtlijn Nutssectoren en het Bass, in bepaalde gevallen de vrijheid heeft om de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking in de markt te zetten.

Bron

Zie art. 40 lid 3 Richtlijn Nutssectoren alsook art. 37 lid 2 Bass.

De facto komt dat neer op gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking *(par. 4.6)*.

De gevallen waarin een aanbesteder onder de Richtlijn Nutssectoren de hierboven bedoelde vrijheid heeft, komen - voorzover relevant voor de aanbesteding van bouwopdrachten - overeen met die welke hierboven zijn besproken in *par. 5.2.3* en *5.2.4* in de context van de Algemene Richtlijn.

Toelichting

In de context van de Algemene Richtlijn gaat het dan om gevallen waarin de aanbesteder hetzij de vrijheid heeft om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (par. 5.2.3) hetzij gebruik kan maken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (par. 5.2.4).

Zo kan een aanbesteder onder de Richtlijn Nutssectoren overschakelen naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking indien bij een voorafgaande aanbesteding geen of geen geschikte inschrijvingen zijn gedaan.

Toelichting

Zie art. 40 lid 3 sub (a) Richtlijn Nutssectoren en art. 37 lid 2 sub (a) Bass. Zie voor een toelichting bij deze uitzonderingsgrond par. 5.2.4.1 hierboven. Anders dan de Richtlijn Werken en het Bao voorzien de Richtlijn Nutssectoren en het Bass niet in het geval dat bij een eerdere aanbestedingsprocedure alleen maar onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend. Dat betekent dat - wanneer zo'n geval zich voordoet - de aanbesteder dezelfde opdracht alleen zal kunnen heraanbesteden met gebruikmaking van hetzij de openbare procedure, hetzij de niet-openbare procedure hetzij de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Ook bij de aanbesteding van een proefproject kan de aanbesteder onder de Richtlijn Nutssectoren gebruik maken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

Toelichting

Zie art. 40 lid 3 sub (b) Richtlijn Nutssectoren en art. 37 lid 2 sub (b) Bass. Zie voor een toelichting bij deze uitzonderingsgrond par. 5.2.3.3 hierboven.

De mogelijkheid bestaat ook wanneer de aanbesteder om technische of artistieke redenen of vanwege de bescherming van exclusieve rechten de bouwopdracht slechts aan één bepaalde marktpartij kan gunnen.

Toelichting

Zie art. 40 lid 3 sub (c) Richtlijn Nutssectoren en art. 37 lid 2 sub (c) Bass. Zie voor een toelichting bij deze uitzonderingsgrond par. 5.2.4.2 hierboven.

Dwingende spoed als gevolg van onvoorziene gebeurtenissen kan onder de Richtlijn Nutssectoren eveneens een rechtvaardigingsgrond zijn om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

Toelichting

Zie art. 40 lid 3 sub (d) Richtlijn Nutssectoren en art. 37 lid 2 sub (d) Bass. Zie voor een toelichting bij deze uitzonderingsgrond par. 5.2.4.3 hierboven.

Dat geldt ook voor het geval de aanbesteder onder de Richtlijn Nutssectoren aanvullende werkzaamheden of een herhalingsopdracht wil opdragen.

Toelichting

Zie art. 40 lid 3 sub (f) en sub (g) Richtlijn Nutssectoren en art. 37 lid 2 sub (f) en (g) Bass. Zie voor een toelichting bij deze uitzonderingsgrond par. 5.2.4.4 respectievelijk 5.2.4.5 hierboven.

6 Welke aanbestedingsprocedure is doelmatig in het concrete geval?

6.1 Vertrekpunt

Binnen de juridische randvoorwaarden zoals die staan omschreven in par. 5 is een aanbesteder vrij om te bepalen welke aanbestedingsprocedure hij in het concrete geval zal gebruiken om een bouwopdracht aan te besteden.

Toelichting

Daarbij is overigens duidelijk geworden dat die vrijheid ruimer is wanneer er geen verplichting tot aanbesteden bestaat op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen of op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, zie met name par. 5.1.

Gegeven de beschikbare juridische ruimte zal een aanbesteder zich vervolgens echter moeten afvragen welke aanbestedingsprocedure hij vanuit een oogpunt van doelmatigheid het beste zou kunnen gebruiken. In de navolgende paragrafen zullen een aantal aanbevelingen worden gedaan met behulp waarvan een aanbesteder deze vraag voor het concrete geval zou kunnen beantwoorden.

6.2 Aansluiting zoeken bij overwegingen die tot keuze bouworganisatievorm leiden

Bij het beantwoorden van de vraag welke aanbestedingsprocedure voor de aanbesteder in het concrete geval het meest doelmatig is, zal hij zich in belangrijke mate kunnen laten leiden door dezelfde overwegingen als die waardoor hij zich laat leiden bij het maken van zijn keuze voor de toe te passen bouworganisatievorm en - in het verlengde daarvan - de mate van oplossingsvrijheid die hij middels de vraagspecificatie aan de markt heeft geboden en de daarbij behorende contractvorm. De keuze van de meest doelmatige aanbestedingsprocedure ligt uiteindelijk namelijk in het verlengde van die andere keuzes.

Toelichting

Zie in dit verband eerder ook al par. 3 van dit hoofdstuk en par. 3 van hoofdstuk 6 en hoofdstuk 7. Een aanbesteder kiest de voor hem in het concrete geval meest geschikte bouworganisatievorm aan de hand van de omstandigheden van het geval. Welke omstandigheden dat precies zijn en hoe een aanbesteder in dat verband het beste te werk kan gaan, is uitvoerig besproken in hoofdstuk 5, par. 6. Die omstandigheden zien onder andere ook op de vraag welke mate van oplossingsvrijheid de aanbesteder de markt wil, kan en mag geven. Daar vloeit dan als vanzelf de meest geëigende keuze terzake de te hanteren contractvorm, de bijbehorende gestandaardiseerde contractvoorwaarden en de meest doelmatige aanbestedingsprocedure uit voort.

Ook het DSS brengt het voorgaande tot uitdrukking. De gebruiker van het DSS wordt niet alleen geadviseerd over de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie die in het concrete geval het beste kan worden gebruikt, maar ook over de contractvorm die daar het beste bij aansluit en de bijbehorende aanbestedingsprocedure.

Door inzichtelijk te maken welke overwegingen voor hem belangrijk zijn met het oog op de te kiezen bouworganisatievorm, geeft de aanbesteder als het ware sturing aan de voor hem meest doelmatige procesinrichting waarmee hij een bepaald resultaat hoopt te bereiken.

Toelichting

Afhankelijk van het beoogde resultaat kan het overigens wenselijk zijn van geval tot geval te differentiëren wat betreft die procesinrichting. Dat komt eerst en vooral omdat de wensen en behoeften van de aanbesteder van geval tot geval zullen verschillen en hij alleen daarom al de accenten telkens weer anders zal willen leggen. Maar het komt ook doordat de projectspecifieke omstandigheden waarbinnen hij dat moet doen telkens weer van elkaar zullen verschillen. Zie in dit verband ook hoofdstuk 5, par. 3.1.

Daarmee geeft hij dan ook sturing aan de keuze van de voor die procesinrichting meest doelmatige aanbestedingsprocedure. Wat die keuze betreft, zullen de overwegingen zich met name concentreren op de belangrijkste verschillen - en hun consequenties in het concrete geval - zoals die bestaan tussen de beschikbare aanbestedingsprocedures.

Toelichting

Die verschillen hebben betrekking op (i) het al dan niet algemeen bekendmaken van de bouwopdracht; (ii) de behoefte aan bilaterale informatie-uitwisseling tijdens de aanbestedingsprocedure; en (iii) het al dan niet kunnen beperken van voor de inschrijving uit te nodigen marktpartijen die van hun interesse blijk hebben gegeven. Zie hierover ook par. 3.

Die verschillen vormen de basis voor de aanbevelingen die in de navolgende paragrafen worden gedaan met het oog op de beantwoording van de vraag welke aanbestedingsprocedure voor de aanbesteder het meest doelmatig is in het concrete geval.

6.3 Wel of geen algemene bekendmaking?

6.3.1 Europese aanbesteding

Voorzover een aanbesteder verplicht is tot aanbesteden op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen of de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, kan het geen vraagpunt zijn of de bouwopdracht wel of niet algemeen bekend moet worden gemaakt. Zoals uit de analyse in de eerdere paragrafen is gebleken, is algemene bekendmaking dan de hoofdregel en zal alleen in zeer uitzonderlijke gevallen van zo'n bekendmaking mogen worden afgezien.

Toelichting

Zie par. 4.6 (onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking), par. 4.9 (raamovereenkomst met een enkele ondernemer) en par. 4.10 (raamovereenkomst met meerdere ondernemers). Zie ook par. 5.2.4 en 5.3. In de gevallen waarin juridisch gezien geen algemene bekendmaking behoeft plaats te vinden, niettegenstaande de verplichting om aan te besteden, zou een verplichting om dat wel te doen in de regel ook overigens weinig doelmatig zijn.

6.3.2 Niet-Europese aanbesteding

Voorzover een aanbesteder niet verplicht is Europees aan te besteden, maar wel een verplichting op grond van het BAW heeft om één van de aanbestedingsprocedures van het ARW 2005 te gebruiken, bestaat juridisch gezien nagenoeg volledige vrijheid om (ook) gebruik te maken van de onderhandse procedure *(par. 4.7)*. Die vrijheid bestaat tevens wanneer een aanbesteder op vrijwillige basis kiest voor het van toepassing verklaren van het ARW 2005. De te beantwoorden vraag is vervolgens of de aanbesteder - gegeven die vrijheid - er dan verstandig aan doet af te zien van een algemene bekendmaking van de bouwopdracht.

Toelichting

Dat lijkt in ieder geval doelmatig wanneer uit de omstandigheden van het geval duidelijk blijkt dat er slechts één marktpartij in aanmerking kan komen voor de bouwopdracht. In dat geval is immers de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking geïndiceerd. Niet valt in te zien waarom het al dan niet Europese karakter van de aanbesteding op dit punt verschil zou moeten maken.

Of het ook buiten de hierboven genoemde specifieke situatie vanuit een optiek van doelmatigheid verstandig is af te zien van een algemene bekendmaking, is twijfelachtig. Het is immers niet vanzelfsprekend dat een aanbesteder er iets mee zou winnen wanneer hij géén algemene bekendheid geeft aan de bouwopdracht. In de regel zullen met zo'n algemene bekendmaking immers economische (mededingings)voordelen kunnen worden geboekt.

Mogelijk dat een aanbesteder een algemene bekendmaking in het concrete geval achterwege zal willen laten, omdat hij er niet zeker van is of eventueel te behalen voordelen wel voldoende opwegen tegen de administratieve lasten en transactiekosten die met een algemene bekendmaking gepaard gaan.

Toelichting

Het gaat dan natuurlijk niet om de directe kosten die gemoeid zijn met het doen van een algemene bekendmaking als zodanig. De vrees van de aanbesteder zal waarschijnlijk zijn dat een zeer groot aantal marktpartijen blijk zal geven van interesse in de bouwopdracht. Het proces dat moet worden doorlopen om vanuit die veelheid aan geïnteresseerden tot één potentiële contractpartner te komen, genereert hoe dan ook kosten. Daar zal de zorg van de aanbesteder zitten.

Zo'n aanbesteder dient zich echter te realiseren dat hij over meer dan voldoende vrijheid beschikt wat betreft de mogelijkheid tot het nader selecteren en beperken van het aantal voor het doen van een inschrijving uit te nodigen gegadigden.

Toelichting

Zie in dit verband met name hoofdstuk 10, par. 4.3.

Zeker wanneer hij dat selectieproces op een professionele en doelmatige manier organiseert, zullen de daarmee gemoeide administratieve lasten en transactiekosten over het algemeen beperkt kunnen worden gehouden.

6.4 Voldoende ruimte voor informatie-uitwisseling

6.4.1 Aanbestedingsplicht op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen

In de situatie dat een aanbesteder verplicht is tot aanbesteden op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, kiest hij in lijn met hetgeen in par. 6.3.1 is betoogd voor een procedure met een algemene bekendmaking. In dat geval komen er een aantal aanbestedingsprocedures in aanmerking.

Toelichting

Namelijk: openbare procedure (par. 4.2); niet-openbare procedure (par. 4.3); concurrentiegerichte dialoog (par. 4.4); onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (par. 4.5); concessieovereenkomst voor openbare werken (par. 4.8), waarbij de laatstgenoemde 'procedure' dient te worden geoperationaliseerd aan de hand van een van de andere genoemde procedures, vooropgesteld dat het juridisch is toegestaan zo'n andere procedure te gebruiken.

Bij het maken van een keuze uit één van deze procedures zal de aanbesteder zich vervolgens met name moeten laten leiden door het antwoord op de vraag, of en in hoeverre hij behoefte heeft aan de mogelijkheid om door middel van bilaterale informatie-uitwisseling met individuele gegadigden en/of inschrijvers tot een zo optimaal mogelijke afstemming te komen tussen zijn vraagspecificatie enerzijds en de te verwachten inschrijvingen anderzijds.

Toelichting

Zie over deze mogelijkheden meer uitvoerig hoofdstuk 9. Kort gezegd komt het er op neer dat die mogelijkheden identiek zijn voor de openbare procedure (par. 4.2) en de niet-openbare procedure (par. 4.3).

De mogelijkheden zijn vervolgens wat ruimer bij de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (par. 4.5). Bij die procedure bestaat vóór het moment van inschrijving weliswaar evenveel ruimte tot informatie-uitwisseling als bij de openbare en de niet-openbare procedure, maar na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen heeft de aanbesteder bij de onderhandelingsprocedure een veel ruimere mogelijkheid tot informatie-uitwisseling in het kader van de onderhandelingen die hij dan met de inschrijvers kan voeren.

De mogelijkheden zijn het meest ruim bij de concurrentiegerichte dialoog (par. 4.4).

Het stellen van deze vraag is bij aanbestedingen die moeten plaatsvinden op grond van een aanbestedingsplicht die voortvloeit uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen overigens tamelijk academisch. Dat komt doordat de procedures die de meeste mogelijkheden tot bilaterale informatie-uitwisseling bieden - de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedure - volgens die richtlijnen slechts in een beperkt aantal gevallen mogen worden toegepast.

Toelichting

Zie de juridische randvoorwaarden die zijn besproken in par. 5.2.2 en 5.2.3.

De mogelijkheid tot het toepassen van de concurrentiegerichte dialoog staat in feite alleen maar open wanneer de aanbesteder heeft gekozen voor de bouworganisatievormen DBFM, DBFMO of alliantie, vooropgesteld dat ook in het laatste geval de aanbesteder de financieringstaak (F) geïntegreerd met andere taken aan de markt uitbesteedt. Juist omdat de hierboven bedoelde informatie-uitwisselingsmogelijkheden van groot belang zijn voor welslagen van projecten die op basis van deze vormen worden geïnitieerd en gerealiseerd, is het van belang dat aanbesteders in dergelijke gevallen proberen zoveel mogelijk gebruik te maken van de concurrentiegerichte dialoog.

Wanneer de aanbesteder daarentegen opteert voor een variant van de traditionele bouworganisatievorm of voor D&B of DBM, als mogelijke varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm, rest hem slechts de keuze uit de openbare of de niet-openbare procedure. De onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking kan bij deze vormen alleen in beeld komen wanneer de specifieke omstandigheden van het geval dat rechtvaardigen

Toelichting

Zie de juridische randvoorwaarden die zijn besproken in par. 5.2.3.

De aanbestedingsrichtlijnen bieden dus geen structurele toepassingmogelijkheid van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking in de context van D&B en DBM.

6.4.2 Aanbestedingsplicht op grond van jurisprudentie van het HvJ EG

Ook in de situatie dat een aanbesteder niet verplicht is tot aanbesteden op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, maar wel op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, kiest hij in lijn met hetgeen in *par. 6.3.2* is betoogd in de regel voor een procedure met een algemene bekendmaking. In dat geval komen dezelfde aanbestedingsprocedures in aanmerking als wanneer een Europese aanbesteding verplicht zou zijn.

Toelichting

Namelijk: openbare procedure (par. 4.2); niet-openbare procedure (par. 4.3); concurrentiegerichte dialoog (par. 4.4); onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (par. 4.5).

Het verschil is nu echter dat de aanbesteder in vrijheid kan kiezen welke van die procedures hij in het concrete geval zal gaan toepassen.

Toelichting

Zie eerder par. 5.1.2.

Bij het maken van een keuze uit één van deze procedures zal de aanbesteder zich nu dus wél kunnen - en moeten - laten leiden door het antwoord op de vraag, of en in hoeverre hij behoefte heeft aan de mogelijkheid tot bilaterale informatie-uitwisseling. Hij zal in dat kader overigens tevens in zijn overwegingen dienen te betrekken dat de transactiekosten zullen toenemen naar mate hij - binnen de toegelaten kaders van de procedure - meer concrete invulling geeft aan het aspect van bilaterale informatie-uitwisseling.

Aan die mogelijkheid tot bilaterale informatie-uitwisseling zal - zeker wanneer de voordelen daarvan worden afgezet tegen de daarmee gemoeide transactiekosten - het minst behoefte bestaan indien de aanbesteder voor de traditionele bouworganisatievorm heeft gekozen. Dat geldt met

name wanneer hij in het verlengde daarvan een vraagspecificatie heeft gespecificeerd waarin - al dan niet met behulp van gestandaardiseerde bestekssystematiek - de eisen tot op een gedetailleerd technisch niveau zijn uitgewerkt. In dat geval doet de aanbesteder er verstandig aan gebruik te maken van de openbare dan wel de niet-openbare procedure.

Toelichting

Zie hierna nog par. 6.5 voor het antwoord op de vraag welke van die twee procedures dan nog het meest voor de hand ligt.

Vanuit de optiek van doelmatigheid ligt een keuze voor de openbare of niet-openbare procedure echter veel minder voor de hand wanneer de aanbesteder heeft gekozen voor toepassing van een variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm.

Toelichting

D&B; DBM; DBFM; DBFMO.

Bij deze vormen kunnen veel voordelen worden behaald door gebruik te maken van een van de andere procedures, waarbij de aanbesteder overigens oog moet blijven houden voor de transactiekosten die hij met de keuze voor zo'n andere procedure genereert.

Vooropgesteld dat de in het concrete geval te behalen voordelen groter zullen zijn dan de transactiekosten, doet de aanbesteder er verstandig aan zoveel mogelijk gebruik te maken van de concurrentiegerichte dialoog. Deze procedure biedt met name in de fase voorafgaande aan de inschrijvingen meer ruimte dan de onderhandelingsprocedure als het gaat om het zoeken naar de optimale afstemming tussen de vraagspecificatie van de aanbesteder en de oplossingsrichtingen van de aan de procedure deelnemende marktpartijen.

De in deze paragraaf aanbevolen gedragslijn wordt ook aanbevolen aan de bouwministeries voor wie op grond van het BAW een aanbestedingsplicht kan bestaan.

6.5 Openbaar of niet-openbaar?

Het staat een aanbesteder altijd vrij - ongeacht of er een verplichting tot aanbesteden bestaat uit hoofde van welke regelgeving dan ook - om te kiezen voor de openbare dan wel de niet-openbare procedure.

Toelichting

Zie par. 5.1.

Een aanbesteder kan in een concreet geval voor de vraag komen te staan welke van deze twee procedures hij op grond van doelmatigheidsoverwegingen het beste zou kunnen gebruiken.

Toelichting

De vooronderstelling is dan overigens dat hij op grond van overwegingen die zijn terug te vinden in par. 6.4 - de kwestie van de bilaterale informatie-uitwisseling - heeft vastgesteld dat gebruik van de concurrentiegerichte dialoog en/of de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking niet in de rede ligt.

Die vraag rijst met name wanneer de aanbesteder heeft gekozen voor een variant van de traditionele bouworganisatievorm dan wel voor D&B of DBM. Een keuze voor de openbare procedure heeft als voordeel dat de aanbesteder meer concurrentie in de markt oproept. Een daarmee verband houdend nadeel is echter dat de administratieve lasten en de transactiekosten op hun beurt verhoudingsgewijs zullen toenemen. Dat betekent dat - bij een bepaalde omvang van het aantal inschrijvers - het daarmee te behalen voordeel niet langer meer zal opwegen tegen de kosten die worden gegenereerd als gevolg van het gebruik van de openbare procedure. Dat probleem zal zich het sterkst - en ook het snelst - doen gevoelen bij de aanbesteding van projecten die zijn gebaseerd op D&B of DBM, zeker wanneer de aanbesteder de in die projecten geïnteresseerde marktpartijen een ruime mate van oplossingsvrijheid biedt en hij bovendien van hen verwacht dat zij hun inschrijvingen tot in detail uitwerken.

Toelichting

De vooronderstelling is dan overigens dat hij op grond van overwegingen die zijn terug te vinden in par. 6.4 - de kwestie van de bilaterale informatie-uitwisseling - heeft vastgesteld dat gebruik van de concurrentiegerichte dialoog en/of de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking niet in de rede ligt.

Om die reden wordt als te volgen beleidslijn aanbevolen dat aanbesteders ingeval van D&B of DBM zoveel mogelijk kiezen voor het gebruik van de niet-openbare procedure. Voor gegadigden die aan zo'n procedure deelnemen - en die vervolgens tot inschrijving worden uitgenodigd - biedt deze procedure de zekerheid dat hun inschrijving in ieder geval door de aanbesteder beoordeeld zal worden.

Toelichting

Die inschrijvers kunnen in de niet-openbare procedure in beginsel immers niet meer afgewezen worden op grond van hun bedrijfskenmerken. Dat risico lopen zij wel wanneer zij zouden moeten inschrijven in het kader van een openbare procedure.

Voor de aanbesteding van projecten die zijn gebaseerd op een variant van de traditionele bouworganisatievorm - zeker wanneer de vraagspecificatie is totstandgekomen met behulp van gestandaardiseerde bestekssystematiek - wordt een andere beleidslijn aanbevolen als het gaat om de keuze tussen de openbare en de niet-openbare procedure. Een overweging van doelmatigheid waar de aanbesteder zich dan met name door zou moeten laten leiden, is de marktsituatie.

Gesteld dat er binnen de relevante markt sprake is van voldoende gevulde orderportefeuilles, kan de aanbesteder zonder problemen kiezen voor de openbare procedure. De markt kan in zo'n situatie uiteindelijk immers beter zelf de afweging maken of het al dan niet verstandig is deel te nemen aan die procedure. Een aanbesteder loopt in zo'n situatie niet het risico dat er 'te veel' marktpartijen aan de procedure deelnemen.

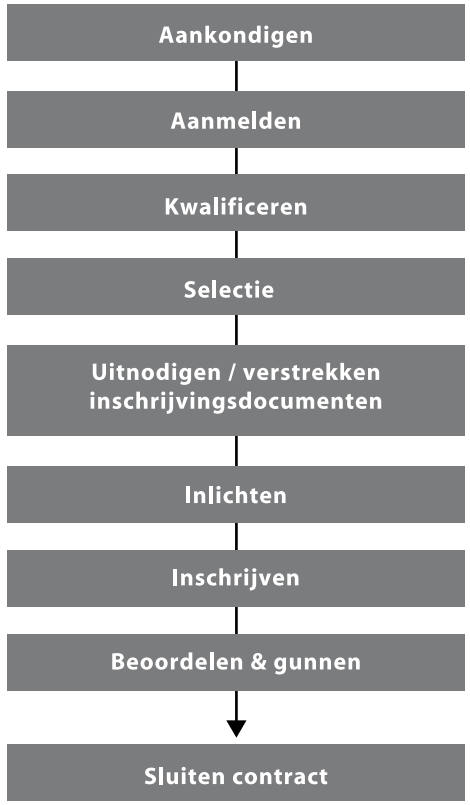
Omgekeerd is het zo dat wanneer de relevante markt ernstig om opdrachten verlegen zit, de aanbesteder het risico loopt van 'te veel' inschrijvingen met een onvoldoende 'kwaliteit'.

In zo'n marktsituatie zou de aanbesteder er beter aan doen zelf het initiatief te nemen wat betreft het beperken van (onnodig gemaakte) transactiekosten. Hij kan dat dan doen door gebruik te maken van de niet-openbare procedure en daarenboven een maximum te stellen aan het aantal gegadigden dat hij voornemens is uit te nodigen voor inschrijving.

Bijlagen

Figuur: Openbare procedure

Figuur: Niet-openbare procedure

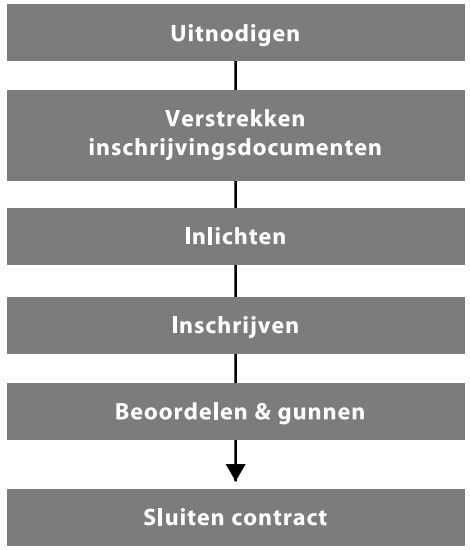


Figuur: Concurrentiegerichte dialoog

Figuur: Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking

Figuur: Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

Figuur: Onderhandse procedure



Hoe één-op-één te communiceren?

9

Managementsamenvatting

Wat is het doel van dit hoofdstuk?

- **Dit hoofdstuk kan ondersteuning bieden aan aanbesteders die willen weten welke ruimte zij hebben om één-op-één te communiceren met een marktpartij. Gegeven die informerende functie kan het hoofdstuk ook hulp bieden bij het kiezen van de juiste bouworganisatievorm, vraagspecificatie, contractvorm en aanbestedingsprocedure.**
- **Het onderwerp van één-op-één communicatie zal vaak 'informatie' zijn die hetzij van de aanbesteder, hetzij van een marktpartij afkomstig is. Te denken valt aan de eisen van de vraagspecificatie; de aanmelding met bijbehorende bescheiden van een gegadigde; de inschrijving van een inschrijver.**

Wat is het belang van één-op-één communicatie in de context van een aanbesteding?

- **De motieven om tot één-op-één communicatie te besluiten kunnen verschillend zijn. Soms is communicatie nodig om onduidelijkheden in overlegde informatie op te helderen. Soms wil een partij verkennend met de ander communiceren met het oog op het nemen van een vervolgbeslissing. In het verlengde hiervan ligt de situatie dat een partij door middel van verkennende communicatie wil proberen de ander te beïnvloeden bij een nog te nemen beslissing. Ook de wens om te kunnen onderhandelen met het oog op de aanpassing van overlegde informatie kan een motief zijn.**
- **Het is zaak de mogelijkheden tot één-op-één communicatie telkens goed te doordenken. Het belang dat uiteindelijk met die communicatie kan worden gediend, is dat van een deugdelijke en heldere vraagspecificatie met een naadloos daarop aansluitende adequate inschrijving. Daarmee zijn uiteindelijk de belangen van alle betrokkenen bij een bouwproces gediend.**

Aan welke juridische randvoorwaarden is een aanbesteder gebonden in het kader van één-op-één communicatie voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure?

- **Wat partijen zich in het kader van één-op-één communicatie die voorafgaat aan de aanbestedingsprocedure (marktconsultatie; inschakelen adviseur bij opstellen vraagspecificatie; Eigen Initiatief) moeten realiseren, is dat dit onder omstandigheden tot gevolg hebben dat een bepaalde marktpartij een informatievoorsprong verkrijgt. De aanbesteder zal er dan ófwel voor moeten zorgen dat die informatievoorsprong ongedaan wordt gemaakt, ófwel moeten besluiten de betreffende marktpartij van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure uit te sluiten.**

Aan welke juridische randvoorwaarden is een aanbesteder gebonden in het kader van één-op-één communicatie tijdens de aanbestedingsprocedure?

- **Wat betreft één-op-één communicatie die plaatsvindt tijdens de aanbestedingsprocedure zijn er juridisch geen noemenswaardige beletselen om onduidelijkheden in uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen, eventuele selectiecriteria, het gunningscriterium alsook de eisen van de vraagspecificatie langs die weg op te helderen, vooropgesteld dat de aanbesteder de gestelde vragen en de antwoorden ook doet toekomen aan de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure.**
- **Omgekeerd heeft de aanbesteder op zijn beurt ook de ruimte om onduidelijkheden in de aanmelding als gegadigde alsook in een inschrijving door middel van het stellen van vragen opgehelderd te krijgen.**
- **Voor alle aanbestedingsprocedures - met uitzondering van de concurrentiegerichte dialoog - geldt dat er voorafgaande aan de inschrijving weliswaar beperkingen zijn wat betreft de mogelijkheid om door middel van één-op-één communicatie de vraagspecificatie en een voorgenomen inschrijving beter op elkaar af te stemmen, maar dat die beperkingen zeker niet absoluut zijn.**
- **Na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen zijn er - met uitzondering van de onderhandelingsprocedures - geen mogelijkheden meer om tot inhoudelijke wijziging van de inschrijvingen te komen.**

Welke aanbevelingen kunnen vanuit een oogpunt van doelmatigheid worden gedaan ten aanzien van één-op-één communicatie?

- **Voor één-op-één communicatie met een marktpartij voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure bestaat veel ruimte en aanbesteders worden dan ook aanbevolen zoveel mogelijk gebruik te maken van die ruimte.**
- **Ook tijdens een aanbestedingsprocedure zijn er voldoende mogelijkheden om door middel van één-op-één communicatie onduidelijkheden tijdig op te helderen en tot een zo optimaal mogelijke afstemming tussen vraagspecificatie en inschrijving te komen. Die mogelijkheden hebben niet alleen betrekking op de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedures, maar gelden ook ten aanzien van de 'gewone' aanbestedingsprocedures. Aanbesteders zouden zoveel mogelijk van die ruimte gebruik dienen te maken.**

1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt er van uitgegaan dat de aanbesteder bepaalde beslissingen heeft genomen - of overweegt die te nemen - met betrekking tot:
- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm;
- de aanbestedingsprocedure.

Een andere veronderstelling waarvan wordt uitgegaan, is dat de aanbesteder op bepaalde momenten tijdens het aanbestedingsproces de behoefte zal kunnen hebben om één-op-één met een of meer marktpartijen te kunnen communiceren.

Voorbeeld

De aanbesteder zal bijvoorbeeld de behoefte kunnen hebben om voorafgaande aan de start van de aanbestedingsprocedure met een of meer marktpartijen van gedachten te wisselen over zijn in de markt te zetten vraagspecificatie. Een ander voorbeeld betreft de situatie dat de aanbestedingsprocedure inmiddels is gestart en de aanbesteder van gedachten wil wisselen met een of meer gegadigden over de inhoud van hun voorgenomen inschrijvingen. Ook nadat de inschrijvingen inmiddels zijn ingediend, kan het zich voordoen dat de aanbesteder daarover met de inschrijvers wil communiceren. Omgekeerd kan het natuurlijk ook zo zijn dat een individuele marktpartij, gegadigde of inschrijver met de aanbesteder van gedachten wil wisselen over de vraagspecificatie of over diens (voorgenomen) inschrijving.

Het doel van dit hoofdstuk is tweeledig. In de eerste plaats kan het ondersteuning bieden aan aanbesteders die reeds keuzes hebben gemaakt wat betreft de bouworganisatievorm, de vraagspecificatie, de contractvorm en de bijbehorende aanbestedingsprocedure. Voor die aanbesteders beoogt dit hoofdstuk inzichtelijk te maken welke ruimte zij hebben om binnen de gekozen aanbestedingsprocedure één-op-één te communiceren met een of meer gegadigden of inschrijvers en hoe zij in dat kader het beste te werk zouden kunnen gaan. In het verlengde daarvan voorziet dit hoofdstuk ook nog in een tweede doel.

Wanneer aanbesteders in het concrete geval nog geen beslissingen hebben genomen met betrekking tot de bouworganisatievorm, de vraagspecificatie, de contractvorm en de bijbehorende aanbestedingsprocedure, zullen zij die beslissingen meer beredeneerd kunnen nemen op basis van de inhoud van dit hoofdstuk. Wat juridisch mogelijk en ook overigens doelmatig is op het vlak van communicatie tijdens het aanbestedingsproces, kan immers een belangrijke factor van betekenis zijn bij het nemen van die beslissingen in het concrete geval.
Teneinde de hiervoor bedoelde ondersteuning te kunnen bieden, wordt in dit hoofdstuk eerst duidelijk gemaakt wat in de Leidraad onder 'één-op-één communiceren' wordt verstaan *(par. 2)*. Daarna komt de vraag aan de orde waarom het belangrijk is dat een aanbesteder het één-op-één communiceren tot een belangrijk aandachtspunt maakt binnen de bredere context van afwegingen die hij tijdens het aanbestedingsproces in het algemeen en tijdens de aanbestedingsprocedure in het bijzonder zal hebben te maken *(par. 3)*. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag met welke juridische randvoorwaarden hij in dat verband rekening zal moeten houden *(par. 4)*. Gegeven die randvoorwaarden kunnen tot slot vanuit een optiek van doelmatigheid nog een aantal aanbevelingen worden gedaan over de wijze waarop het proces van één-op-één communiceren het beste zou kunnen worden ingericht *(par. 5)*.

2 Wat wordt verstaan onder 'één-op-één communiceren'?

Het is natuurlijk vanzelfsprekend dat in het kader van een aanbestedingsproces - met name tijdens de aanbestedings*procedure* - informatie wordt uitgewisseld tussen de aanbesteder en de bij dat proces betrokken marktpartijen.

Voorbeeld

De aanbesteder publiceert in het kader van de meeste aanbestedingsprocedures een aankondiging van de bouwopdracht (zie ook hoofdstuk 8, par. 6.3 en hoofdstuk 13). Marktpartijen stellen de aanbesteder vervolgens in kennis van hun interesse in de bouwopdracht, door zich - bij het merendeel van de procedures althans - als gegadigde aan te melden en de daarvoor noodzakelijke bescheiden te overleggen. De aanbesteder informeert op zijn beurt weer de gegadigden of zij al dan niet tot inschrijving zullen worden uitgenodigd. Bij alle procedures zal het zo zijn dat hij de inschrijvers in kennis stelt van de inhoud van de vraagspecificatie (zie hoofdstuk 6, par. 2) waarna zij hun inschrijvingen indienen. Vervolgens laat de aanbesteder aan de inschrijvers weten of zij al dan niet als beste uit de bus zijn gekomen. Dit zijn allemaal voorbeelden van eenzijdige uitwisseling van informatie, inherent aan het aanbestedingsproces.

De hierboven genoemde situaties zijn allemaal voorbeelden van eenzijdige informatieoverdracht welke inherent is aan een aanbestedingsproces. De voorwaarden waarbinnen dat moet gebeuren, zijn onderwerp van andere hoofdstukken van de Leidraad.

Dit hoofdstuk heeft geen betrekking op die normale situaties van *eenzijdige informatieoverdracht* tijdens een aanbestedingsproces. Dit hoofdstuk gaat alleen over situaties van *bilaterale communicatie* tussen de aanbesteder en een individuele marktpartij, gegadigde of inschrijver. Het vertrekpunt alsook het onderwerp van die communicatie zal veelal overigens 'informatie' in de hierboven bedoelde zin zijn: de door of namens de aanbesteder opgestelde eisen van de vraagspecificatie; de aanmelding met bijbehorende bescheiden van een gegadigde; de inschrijving van een inschrijver. Dat zijn allemaal voorbeelden van informatie waarover een aanbesteder en een marktpartij mogelijk met elkaar van gedachten zullen willen wisselen. In dat verband kunnen de volgende situaties van elkaar worden onderscheiden.

Allereerst moet worden gedacht aan de situatie dat een van partijen op het punt staat bepaalde informatie te produceren en over te dragen aan de ander maar dat hij, alvorens dat te doen, daarover eerst met die ander van gedachten wil wisselen. Het doel van de communicatie is dan 'verkennen' met het oog op het nemen van beslissingen die vaak gepaard gaan met het produceren van informatie.

Voorbeeld

De aanbesteder is voornemens een vraagspecificatie in de markt te zetten die is afgestemd op de bouworganisatievorm D&B. Hij kampt echter met een aantal vragen over de wijze waarop de in de vraagspecificatie op te nemen eisen het beste zouden kunnen worden geformuleerd. De aanbesteder zou met name willen weten welke risico's wel en niet bij de markt gelegd kunnen worden. De aanbesteder wil daarover met een of meer marktpartijen van gedachten wisselen en op basis daarvan tot een beslissing komen over de aard en inhoud van de in de vraagspecificatie op te nemen eisen.

Een marktpartij die deelneemt aan een aanbestedingsprocedure, staat op het punt in te schrijven op basis van een door een aanbesteder in de markt gezette vraagspecificatie die is afgestemd op de bouworganisatievorm DBM. De marktpartij voelt zich echter niet helemaal zeker over haar inschrijving en wil daarover - alvorens die in te dienen - van gedachten wisselen met de aanbesteder. Mogelijk dat die communicatie bij de marktpartij tot gewijzigde inzichten kan leiden en dat zij op basis daarvan met een aangepaste inschrijving kan komen.

In de tweede plaats valt te denken aan een situatie die sterk lijkt op de eerste, maar toch op een belangrijk punt verschilt. Opnieuw doet zich de situatie voor dat een van partijen op het punt staat bepaalde informatie te produceren en over te dragen aan de ander. Het verschil met de eerste situatie is echter dat die ander, alvorens die informatie te willen ontvangen, daarover eerst van gedachten wil wisselen. Het doel van de communicatie is dan niet alleen meer 'verkennen' met het oog op het verwerven van inzichten, maar omvat ook het proberen te 'beïnvloeden' van beslissingen die de ander op het punt staat te nemen.

Voorbeeld

De aanbesteder heeft gekozen voor de bouworganisatievorm DBFM en een daarop afgestemde vraagspecificatie in de markt gezet. In het kader van de aanbestedingsprocedure is een aantal gegadigden uitgenodigd om inschrijvingen in te dienen. De aanbesteder zit echter niet te wachten op inschrijvingen die oplossingsrichtingen bevatten die onvoldoende op zijn vraag zijn afgestemd. Daarom wil hij eerst een verkennend gesprek met ieder van de gegadigden voeren om te horen welke oplossingsrichtingen zij voornemens zijn aan te bieden. Op die manier hoopt de aanbesteder op voorhand invloed uit te kunnen oefenen op de inhoud en de kwaliteit van die inschrijvingen.

In de derde plaats moet worden gedacht aan de situatie dat bepaalde informatie reeds is geproduceerd en is overgedragen aan de ander. Wat er vervolgens gebeurt, is dat die ander naar aanleiding van de ontvangen informatie een of meer vragen heeft ter opheldering van een aantal onduidelijkheden die zijn gerezen. Het doel van de daaropvolgende communicatie is dan 'verduidelijken' van de inhoud van de ontvangen informatie.

Voorbeeld

De aanbesteder heeft een vraagspecificatie in de markt gezet die aansluit op een variant van de traditionele bouworganisatievorm. Voor één van de in de bouwopdracht geïnteresseerde marktpartijen zijn een aantal eisen in de vraagspecificatie niet duidelijk. Deze marktpartij wil met het oog op verduidelijking van die eisen daarover met de aanbesteder communiceren.

Een marktpartij meldt zich in het kader van een aanbestedingsprocedure aan als gegadigde. De bij die aanmelding gevoegde bescheiden roepen vragen op bij de aanbesteder die zich voor de taak gesteld ziet om te beoordelen of de betrokken marktpartij tot inschrijving kan worden uitgenodigd. Om die vragen beantwoord te krijgen, wenst de aanbesteder in overleg te treden met de gegadigde.

Een marktpartij doet in het kader van een aanbestedingsprocedure een inschrijving. De aanbesteder beoordeelt die inschrijving en plaatst op grond van de uitkomst daarvan enkele vraagtekens bij de inhoud van de inschrijving. De aanbesteder wil met het oog op de beantwoording van die vragen daarover met de betrokken inschrijver communiceren.

In de vierde plaats kan opnieuw worden gedacht aan de situatie dat bepaalde informatie reeds is geproduceerd en is overgedragen aan de ander, maar dat het doel van de daaropvolgende communicatie nu niet meer 'verduidelijken' maar 'onderhandelen' is. De ontvanger heeft geen vragen meer naar aanleiding van de inhoud van de ontvangen informatie: die is voor hem duidelijk. Hij zou echter graag zien dat de ander de inhoud van de informatie aanpaste door bepaalde beslissingen te herzien en wil daarover met die ander onderhandelen.

Voorbeeld

De aanbesteder heeft gekozen voor de bouworganisatievorm alliantie en een daarop afgestemde vraagspecificatie in de markt gezet. In het kader van de aanbestedingsprocedure is een aantal gegadigden uitgenodigd om inschrijvingen in te dienen. Eén van die inschrijvers kan echter niet leven met de op zich heldere eisen in de vraagspecificatie op het punt van de risicoverdeling. Alvorens in te schrijven, zou die inschrijver eerst met de aanbesteder willen onderhandelen over de mogelijkheid van de vraagspecificatie op het punt van de risicoverdeling.

Een marktpartij heeft deelgenomen aan een aanbestedingsprocedure en een inschrijving gedaan. Die inschrijving is voor de aanbesteder helder wat de inhoud betreft, maar vooralsnog niet acceptabel wat betreft de hoogte van een aantal daarin opgenomen eenheidsprijzen. De aanbesteder wil met de betreffende inschrijver onderhandelen over de verlaging van die eenheidsprijzen.

Opgemerkt dient te worden dat de situaties in het concrete geval soms ook in elkaar kunnen overlopen en daardoor ook niet altijd scherp van elkaar zullen zijn te onderscheiden.

Voorbeeld

Een aanbesteder kiest voor de bouworganisatievorm DBFM en zet een daarop afgestemde vraagspecificatie in de markt. Over de inhoud daarvan rijzen een aantal vragen bij een geïnteresseerde marktpartij. De aanbesteder en die marktpartij spreken daar met elkaar over. Dat gesprek gaat op zeker ogenblik niet alleen meer over onduidelijkheid bij de marktpartij is ontstaan ten aanzien van de door haar genoemde eisen in de vraagspecificatie. Het gesprek gaat ook over de onzekerheid die bij de aanbesteder in de loop van het gesprek is gegroeid over de (in)adequaatheid van een aantal andere eisen in de vraagspecificatie. Vanuit dat perspectief vloeit het gesprek vervolgens over in het onderwerp van een eventuele aanpassing van een aantal van die eisen. In dat kader worden ook de oplossingsrichtingen die de marktpartij overweegt aan te bieden in het gesprek betrokken.

Alle hierboven beschreven situaties zijn situaties waarin de aanbesteder enerzijds en een marktpartij, gegadigde of inschrijver anderzijds elkaar over en weer bevragen over belangrijke informatie die tussen partijen is overgedragen of op het punt staat overgedragen te worden. Het is dát proces dat in dit hoofdstuk wordt aangeduid als 'één-op-één communiceren'.

3 Waarom dient het één-op-één communiceren goed te zijn doordacht?

Het is van belang dat een aanbesteder zich afvraagt of en in hoeverre het doelmatig is om in een concreet geval één-op-één te communiceren met afzonderlijke deelnemers aan het aanbestedingsproces. In het verlengde daarvan zal hij zich dan moeten afvragen waarover hij precies zou willen communiceren, op welk moment in het proces hij dat zou willen doen, wat hij in dat kader precies van de markt verwacht en wat hij overigens met die communicatie precies wil bereiken. Zoals ook moge blijken uit de voorbeelden die in *par. 2* zijn besproken, kan bilaterale communicatie tussen een aanbesteder en een marktpartij, gegadigde of inschrijver verschillende doelen dienen. In de kern genomen gaat het in al die situaties echter telkens weer om hetzelfde belang: een deugdelijke en heldere vraagspecificatie met een naadloos daarop aansluitende adequate inschrijving.

Toelichting

Wanneer de vraagspecificatie en/of de inschrijving niet helder zijn en/of over en weer niet aan de wederzijdse verwachtingen beantwoorden, kan dat tot gevolg hebben dat vraagspecificatie en inschrijving niet goed op elkaar zijn afgestemd. Dat kan weer tot gevolg hebben dat de aanbesteder niet het resultaat bereikt dat hij met het bouwproces hoopte te bereiken en/of zou kunnen bereiken. Het bouwproject blijkt bijvoorbeeld duurder te worden dan verwacht, er wordt minder waarde voor de aanbesteder gecreëerd dan mogelijk zou zijn geweest door goed te communiceren, kansen op innovatie worden onvoldoende benut terwijl ook de bouwtijd onnodig veel tijd vergt. Zie ook hoofdstuk 1, par. 1.2, over het resultaat dat een aanbesteder met het bouwproces beoogt te bereiken en de verschillende accenten die hij wat dat betreft van geval tot geval zou kunnen leggen.

Bilaterale communicatie tijdens een aanbestedingsproces kan voor een aanbesteder dus een belangrijk middel zijn om tot de voor hem meest wenselijke uitkomst van het bouwproces te komen. In zoverre kan één-op-één communicatie als onderdeel worden gezien van de meeromvattende procesinrichting waarmee een aanbesteder dat resultaat hoopt te bereiken.

Toelichting

Andere belangrijke onderdelen van die procesinrichting kwamen eerder al aan bod: de keuze van de bouworganisatievorm (hoofdstuk 5, par. 3), de vraagspecificatie en met name de mate van oplossingsvrijheid die aan de markt wordt geboden (hoofdstuk 6, par. 3), de contractvorm (hoofdstuk 7, par. 3) en de aanbestedingsprocedure (hoofdstuk 8, par. 3).

Goed nadenken over de inrichting van de hierboven bedoelde communicatie is alleen al van belang vanuit de optiek van het met het bouwproces te bereiken resultaat. Maar het is ook belangrijk om dat te doen vanuit het perspectief van de consistente afstemming met de andere belangrijke onderdelen van de procesinrichting. In dit verband is het goed om er op te wijzen dat die onderdelen nauw met elkaar in verband staan. Dat houdt in dat wanneer de aanbesteder ten aanzien van het ene onderdeel bepaalde beslissingen neemt, dat consequenties zal moeten hebben voor beslissingen die hij ten aanzien van andere onderdelen neemt, en omgekeerd.

Toelichting

Zoals al werd toegelicht in hoofdstuk 8, par. 3 en par. 6.4, 'volgt' uit de keuze van een bepaalde aanbestedingsprocedure als het ware de juridisch toelaatbare ruimte om één-op-één te communiceren. Dat aspect komt hierna nog uitvoeriger aan de orde in par. 4. De beslissing ten aanzien van de te hanteren aanbestedingsprocedure is echter weer afhankelijk van de bouworganisatievorm die de aanbesteder in het concrete geval graag zou willen toepassen, gegeven de oplossingsvrijheid die hij met een bepaalde vraagspecificatie en de daarbij behorende contractvorm aan de markt zou willen geven. Zie over die samenhang opnieuw hoofdstuk 8, par. 3 en ook par. 6.2.

Een scharnierpunt in die onderlinge samenhang is uiteindelijk de mate van vrijheid die de aanbesteder aan de markt wil geven wat betreft de op te lossen eisen van de vraagspecificatie. Wanneer de aanbesteder alles afwegende besluit om een ruime mate van oplossingsvrijheid aan de markt toe te kennen, zal de inhoud van de vraagspecificatie noodzakelijkerwijs een hogere mate van abstractie kennen dan wanneer de markt slechts weinig oplossingsvrijheid wordt geboden.

Toelichting

Zie in dit verband hoofdstuk 6, par. 2. De overwegingen die aan zo'n besluit ten grondslag liggen, zijn dezelfde als die waarmee de aanbesteder zijn keuze voor de te hanteren bouworganisatievorm bepaalt . Zie daarover hoofdstuk 6, par. 5.3.

Hoe meer vrijheid de markt wordt geboden wat betreft de op te lossen eisen van de vraagspecificatie, hoe belangrijker het voor de aanbesteder wordt om de naadloze afstemming tussen een heldere vraagspecificatie en een duidelijke en adequate inschrijving te kunnen bewaken door middel van een proces van één-op-één communicatie.

Toelichting

Dat betekent dat voldoende mogelijkheden tot één-op-één communicatie met name gewenst zijn bij de varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm en bij alliantie. Bij de varianten van de traditionele bouworganisatievorm lijkt de noodzaak om één-op-één te kunnen communiceren wat minder groot, vooropgesteld dat de bij die varianten behorende technisch gedetailleerde vraagspecificaties voldoende helder en innerlijk consistent zijn.

Het is niet alleen vanuit een oogpunt van doelmatigheid dat een aanbesteder het één-op-één communiceren met afzonderlijke deelnemers aan het aanbestedingsproces goed moet doordenken. Zoals hierna namelijk nog verder zal worden toegelicht in *par. 4*, worden de mogelijkheden om via de band van die communicatie een zo doelmatig mogelijk bouwproces in te richten, begrensd door juridische randvoorwaarden.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 Vertrekpunt

Het één-op-één communiceren met een marktpartij, gegadigde of inschrijver, op enig moment tijdens een aanbestedingsproces, is toegestaan voorzover daar geen aanbestedingsrechtelijke bezwaren tegen bestaan. Het aanbestedingsrecht stelt dergelijke grenzen met name zodra kan worden gezegd dat een aanbestedings*procedure* van start is gegaan.

Toelichting

Het gaat hier om de in hoofdstuk 8, par. 4, besproken aanbestedingsprocedures waarbij de aanbesteder

concurrentie tussen een aantal marktpartijen oproept en die nader staan uitgewerkt in het ARW 2005: openbare procedure (par. 4.2); niet-openbare procedure (par. 4.3); concurrentiegerichte dialoog (par. 4.4); onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (par. 4.5); onderhandse procedure (par. 4.7); concessieovereenkomst voor openbare werken (par. 4.8); raamovereenkomst met meerdere ondernemers (par. 4.10).

De beperkingen die wet- en regelgeving in dat geval stellen aan de mogelijkheden tot het één-op-één communiceren, vloeien voort uit de beginselen van aanbestedingsrecht, meer in het bijzonder het beginsel van non-discriminatie. Het risico is immers aanwezig dat een aanbesteder door middel van één-op-één communicatie het vereiste 'level playing field' tussen de deelnemers aan die procedure als het ware doorbreekt.

Voorbeeld

Een provinciale aanbesteder besteedt met behulp van de niet-openbare procedure het groot onderhoud van een aantal gebouwen aan. Een ambtenaar van de aanbesteder wordt telefonisch door een gegadigde benaderd met het verzoek om nadere uitleg over de inhoud van een aantal door de aanbesteder verstrekte onderzoeksrapporten. Die rapporten bevatten een weergave van de staat van de gebouwen wordt beschreven. Er volgt een uitvoerig gesprek waarin de gegadigde aanvullende informatie van de ambtenaar verkrijgt die hem van pas komt bij het verder uitwerken van zijn inschrijving. Deze aanvullende informatie wordt echter niet aan de andere gegadigden verstrekt.

In dit verband kan ook worden gewezen op de eventuele relevantie van bepalingen in aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving die betrekking hebben op de mogelijke vertrouwelijkheid van informatie die wordt uitgewisseld tussen de aanbesteder en de deelnemers aan een aanbestedingsprocedure in het algemeen.

Toelichting

Zie bijvoorbeeld art. 6 Algemene Richtlijn, art. 13 lid 2 Richtlijn Nutssectoren, art. 6 Bao en art. 12 lid 2 Bass.

Art. 6 Algemene Richtlijn - Onverminderd het bepaalde in deze richtlijn, - Artikel 6, met name in artikel 35, lid 4 en artikel 41 over de plichten inzake de bekendmaking van gegunde overheidsopdrachten en informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers -, en met inachtneming van de nationale wetgeving waaronder hij valt, maakt een aanbestedende dienst de informatie die hem door een economisch subject als vertrouwelijk is verstrekt niet bekend; hieronder vallen met name fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijvingen.

Omdat het hier ook kan gaan om informatie die onderwerp is van één-op-één communicatie tussen de aanbesteder en de deelnemer die de betreffende informatie heeft verstrekt, zijn deze bepalingen ook voor die situatie van betekenis.

Toelichting

Wat die betekenis precies is, komt later in dit hoofdstuk nog aan de orde. Zie hierna par. 4.3.5.3 en par. 4.3.6.3.

In zijn algemeenheid kan dus worden gezegd dat het aanbestedingsrecht grenzen stelt aan de één-op-één communicatie tijdens een aanbestedingsprocedure. Die grenzen gelden allereerst wanneer een aanbesteder een aanbestedingsprocedure start op grond van verplichting die voortvloeit uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Toelichting

Zie hoofdstuk 8, par. 5.1.1.

Maar ook wanneer de aanbesteder om een andere reden besluit tot het gebruik van een in de Richtlijnen voorziene aanbestedingsprocedure, al dan niet met van toepassingverklaring van het ARW 2005, zullen binnen de kaders van die procedure dezelfde grenzen kunnen worden gesteld aan het één-op-één communiceren.

Toelichting

Hier valt allereerst te denken aan aanbesteders die verplicht zijn tot aanbesteden, niet omdat een Richtlijn van toepassing is, maar op grond van de jurisprudentie van het HvJ EG, zie hoofdstuk 8, par. 5.1.2. Ook kan worden gedacht aan aanbesteders die op grond van het BAW, een gemeentelijke of provinciale verordening of zelfs een binnen hun organisatie geldende beleidsrichtlijn verplicht zijn tot het gebruikmaken van een van de genoemde aanbestedingsprocedures, zie hoofdstuk 8, par. 5.1.3. Zelfs de aanbesteder die geheel vrijwillig kiest voor het hanteren van een aanbestedingsprocedure zoals die in het ARW 2005 is geregeld, krijgt te maken met grenzen die aan de mogelijkheid tot één-op-één communiceren worden gesteld.

Aanbesteders dienen zich er van bewust te zijn dat grenzen aan de mogelijkheid tot één-op-één communiceren tijdens een aanbestedingsprocedure niet zozeer voortvloeien uit het antwoord op de vraag óf er een verplichting tot (Europees) aanbesteden bestaat, maar uit de (al dan niet gedwongen) keuze voor gebruikmaking van een in de wet- en regelgeving voorziene aanbestedingsprocedure als zodanig. Met die keuze verplicht de aanbesteder zich immers tot inachtneming van de procedurevoorschriften waarin de wet- en regelgeving voorziet, waaronder dus ook de nader uitgewerkte grenzen die aan één-op-één communicatie worden gesteld.

De grenzen die het aanbestedingsrecht stelt aan het één-op-één communiceren met een marktpartij, zodra een aanbestedingsprocedure van start is gegaan, komen hierna meer uitvoerig aan de orde in *par. 4.3*.

Ook vóórdat een aanbesteder een aanbestedingsprocedure start, kan het aanbestedingsrecht hem beperken in zijn mogelijkheden tot één-op-één communicatie met een marktpartij.

Toelichting

Het gaat dan met name om één-op-één communicatie die plaatsvindt in het kader van (i) een zogenoemde marktconsultatie, (ii) het ontwikkelen van een vraagspecificatie of (iii) het bespreken van een zogenoemd Eigen Initiatief. Zie hierna ook par. 4.2.

Dat geldt met name wanneer de aanbesteder - nadat dergelijke één-op-één communicatie heeft plaatsgevonden - alsnog besluit een aanbestedingsprocedure te starten. Ook dan is immers denkbaar dat als gevolg van de voorafgaande één-op-één communicatie het vereiste 'level playing field' tussen de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure achteraf alsnog wordt doorbroken.

Voorbeeld

Een gemeente geeft aan een aannemer de opdracht om onderzoek te doen naar de staat waarin zich een deel van het gemeentelijk rioleringsstelsel bevindt en op basis daarvan een vraagspecificatie op te stellen voor de renovatie van dat stelsel. De gedetailleerde onderzoeksgegevens worden door de aannemer omgezet in een onderzoeksrapport. De gemeente besteedt de uitvoering van de renovatiewerkzaamheden

vervolgens aan op basis van de vraagspecificatie. Het onderzoeksrapport wordt bij die vraagspecificatie gehecht. De gedetailleerde onderzoeksgegevens worden door de gemeente echter niet bekend gemaakt.

De grenzen die het aanbestedingsrecht stelt aan het één-op-één communiceren met een marktpartij, *voorafgaande* aan de start van een aanbestedingsprocedure, komen hierna nog uitvoerig aan bod in *par. 4.2*.

4.2 Één-op-één communiceren voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure

4.2.1 Vertrekpunt

Alvorens een aanbesteder overgaat tot het starten van een aanbestedingsprocedure, kan hij de behoefte hebben om met een of meer marktpartijen één-op-één te communiceren.

Toelichting

De aanbestedingsprocedure die de aanbesteder eventueel na afronding van die communicatie zou willen starten, betreft één van de in hoofdstuk 8, par. 4, besproken procedures waarbij de aanbesteder concurrentie tussen een aantal marktpartijen oproept: openbare procedure (par. 4.2); niet-openbare procedure (par. 4.3); concurrentiegerichte dialoog (par. 4.4); onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (par. 4.5); onderhandse procedure (par. 4.7); concessieovereenkomst voor openbare werken (par. 4.8); raamovereenkomst met meerdere ondernemers (par. 4.10).

Één-op-één communicatie die voorafgaat aan de start van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (par. 4.6) of een raamovereenkomst met een enkele ondernemer (par. 4.9) kan in het navolgende buiten beschouwing blijven, aangezien slechts één marktpartij aan zo'n procedure deelneemt en in zoverre geen risico op doorbreking van het vereiste level playing field bestaat.

Aanbestedingsrechtelijk gezien is één-op-één communicatie voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure zoals gezegd niet zonder risico. Er zijn drie situaties die in dit verband nadere aandacht behoeven. In de eerste plaats is dat de situatie waarin de aanbesteder het voornemen heeft een bouwopdracht door middel van een aanbesteding in de markt te zetten, maar waarbij hij zich eerst wil oriënteren door een aantal mogelijke oplossingsrichtingen en ideeën bij de markt te toetsen door middel van een zogenoemde marktconsultatie (*par. 4.2.2)*. In de tweede plaats kan de situatie worden genoemd waarin de aanbesteder een marktpartij bij het opstellen van de vraagspecificatie betrekt en waarbij diezelfde marktpartij vervolgens deelneemt aan de aanbestedingsprocedure waarmee die vraagspecificatie in de markt wordt gezet *(par. 4.2.3)*. In de derde plaats kan worden gewezen op de situatie waarin een marktpartij - zonder daartoe door de aanbesteder te zijn verzocht - op eigen initiatief een voorstel aan de aanbesteder doet voor de oplossing van een specifiek probleem dat op het beleidsterrein van de betreffende aanbesteder ligt *(par. 4.2.4)*.

4.2.2 Marktconsultatie

Een marktconsultatie die aan een aanbestedingsprocedure voorafgaat, wordt vaak gebruikt om oplossingsrichtingen en ideeën van een aanbesteder te toetsen bij marktpartijen in een fase waarin deze informatie nog kan worden gebruikt in de besluitvorming.

Bron

Dit vraagt om het vroegtijdig, bijvoorbeeld voorafgaande aan een Tracébesluit, betrekken van marktpartijen. De overheid beoogt de kwaliteiten, kennis en ervaring van marktpartijen te benutten voor de verdere uitwerking van een idee of planinitiatief. Deze vroegtijdige betrokkenheid draagt bij aan het versterken van het samenspel tussen overheid en marktpartijen.

Uit: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Werkwijzer Marktconsultatie 2006, blz. 7.

Toelichting

Het begrip 'marktconsultatie' kan in de praktijk overigens een bredere lading dekken dan die welke de Leidraad op het oog heeft. De Leidraad beperkt zich tot de aan een aanbestedingsprocedure voorafgaande marktconsultatie die tot doel heeft oplossingsrichtingen en ideeën van een aanbesteder in de markt te toetsen.

De inzichten die de aanbesteder in het kader van een marktconsultatie verwerft, kunnen vervolgens van invloed zijn op een aantal onderling met elkaar verband houdende beslissingen terzake de bouworganisatievorm, de vraagspecificatie en de contractvorm. Door diens betrokkenheid bij de marktconsultatie kan een marktpartij invloed uitoefenen op die beslissingen. Het doel van eventuele één-op-één communicatie die in dit verband plaatsvindt is dus 'verkennen' met het oog op het verkrijgen van inzichten op basis waarvan vervolgbeslissingen kunnen worden genomen.

De te beantwoorden vraag is vervolgens hoe problematisch dat aanbestedingsrechtelijk is wanneer diezelfde marktpartij vervolgens deelneemt aan de aanbestedingsprocedure die volgt op de marktconsultatie. Vooropgesteld kan worden dat één-op-één communicatie tussen een aanbesteder en een marktpartij voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure in zijn algemeenheid niet is verboden, althans voor zover het gaat om oriënterend contact.

Bron

Zie Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 352. Zie eerder in dit verband hoofdstuk 6, par. 4.2.1.

Dit uitgangspunt geldt ook wanneer een aanbesteder één-op-één communiceert met een marktpartij in het kader van een marktconsultatie.

Toelichting

Dikwijls zal een proces van marktconsultatie overigens zodanig worden ingericht dat de aanbesteder met meerdere marktpartijen tegelijk van gedachten wisselt zodat alle betrokkenen ook op elkaar kunnen reageren (zie: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Werkwijzer Marktconsultatie 2006, blz. 29-30).

De grens ligt echter daar waar de aanbesteder, als gevolg van de inrichting van het proces van marktconsultatie, er in feite voor zorgt dat het vereiste level playing field tijdens de daaropvolgende aanbestedingsprocedure wordt verstoord. Dat risico verwezenlijkt zich met name wanneer de ene deelnemer aan de aanbestedingsprocedure, als gevolg van informatie die tijdens de marktconsultatie is verkregen, in een bevoordeelde positie komt te verkeren ten opzichte van andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure, ongeacht of die andere deelnemers wel of niet bij de voorafgaande marktconsultatie betrokken zijn geweest.

Voorbeeld

Een aanbesteder besteedt twee vergelijkbare projecten aan op ongeveer hetzelfde moment. Eén van de marktpartijen neemt enerzijds deel aan de marktconsultatie voor wat betreft het ene project en is anderzijds als inschrijver betrokken bij de aanbestedingsprocedure van het andere project.

Om te voorkomen dat dit risico zich verwezenlijkt, dient de aanbesteder maximale transparantie te betrachten, zowel wat betreft de inhoud van de informatie die hij in het kader van de marktconsultatie verstrekt als wat betreft de uitkomsten van die consultatie.

Bron

De crux zit in het openbaar maken van de uitkomsten van de marktconsultatie en in de openbaarheid van de informatie die de overheid tijdens de consultatie verstrekt. Dit borgt namelijk het nivelleren van de ongewenste verschillen in de beschikbaarheid en toegankelijkheid van informatie die tijdens de marktconsultatie naar voren is gekomen en die van belang is voor de vervolgstappen, met name van een mogelijke aanbesteding.

Uit: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Werkwijzer Marktconsultatie 2006, blz. 35-36.

Een aanbesteder die zich aan de hierboven beschreven regel houdt, kan tijdens een aan een aanbestedingsprocedure voorafgaande marktconsultatie in beginsel alle gewenste informatie uitwisselen, ook via één-op-één communicatie met een individuele marktpartij.

Een consequentie van de hierboven bedoelde regel is overigens dat een marktpartij, die in het kader van een marktconsultatie door middel van één-op-één communicatie zelf informatie aan de aanbesteder verstrekt, géén aanspraak kan maken op vertrouwelijke behandeling van die informatie.

Bron

Zie: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Werkwijzer Marktconsultatie 2006, blz. 36.

Het sluitstuk van de uitwerking van de hierboven bedoelde regel in het concrete geval is dat de informatie die in het kader van de marktconsultatie wordt gegenereerd en over en weer wordt gecommuniceerd, schriftelijk openbaar wordt gemaakt.

4.2.3 Potentiële inschrijver bij het opstellen van de vraagspecificatie betrekken

Één-op-één communicatie voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure is aanbestedingsrechtelijk niet zonder risico in de situatie waarin de aanbesteder een marktpartij bij het opstellen van de vraagspecificatie betrekt en waarbij diezelfde marktpartij vervolgens deelneemt aan de aanbestedingsprocedure waarmee die vraagspecificatie in de markt wordt gezet.

Toelichting

Deze situatie is reeds uitvoerig besproken in hoofdstuk 6, par. 4.2.2. Kortheidshalve wordt daar op deze plaats naar verwezen en wordt in deze paragraaf volstaan met een beknopte weergave.

Het is in beginsel niet verboden dat een marktpartij als inschrijver aan een aanbestedingsprocedure deelneemt en tegelijkertijd direct dan wel indirect in de voorbereiding van die procedure als adviseur betrokken is geweest bij het formuleren van de vraagspecificatie. Ook dan geldt echter de regel dat de betreffende inschrijver als gevolg van die betrokkenheid geen informatievoorsprong mag hebben gekregen op punten die wezenlijk zijn voor het formuleren van zijn inschrijving. Hier wordt dus van dezelfde regel uitgegaan als die waarmee de grens van het toelaatbare wordt getrokken bij één-op-één communicatie in het kader van een aan een aanbestedingsprocedure voorafgaande marktconsultatie.

Toelichting

Zie eerder par. 4.2.2.

Gesteld dat ongeoorloofde betrokkenheid van een inschrijver bij het formuleren van de vraagspecificatie inderdaad komt vast te staan, dan heeft de aanbesteder nog slechts de keuze uit twee opties. Hij zal er ófwel voor moeten zorgen dat de informatievoorsprong van de ene inschrijver ongedaan wordt gemaakt door ook de overige inschrijvers te voorzien van de betreffende informatie, ófwel moeten besluiten de betreffende inschrijver van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure uit te sluiten.

4.2.4 'Eigen Initiatief'

Een derde situatie van één-op-één communicatie voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure die mogelijk aanbestedingsrechtelijk kan worden geproblematiseerd, is die van het zogenoemde 'Eigen Initiatief'. Het betreft hier de situatie waarin een marktpartij - zonder daartoe door de aanbesteder te zijn verzocht - op eigen initiatief een voorstel aan de aanbesteder doet voor de oplossing van een specifiek probleem dat op het beleidsterrein van de aanbesteder ligt.

Toelichting

Ook deze situatie is reeds uitvoerig besproken in hoofdstuk 6, in het bijzonder in par. 4.2.3. Kortheidshalve wordt op deze plaats volstaan met een beknopte weergave van die paragraaf.

Er is aanbestedingsrechtelijk niets op tegen dat een aanbesteder ongevraagd kennis neemt van de in een Eigen Initiatief vervatte ideeën en plannen van een marktpartij en dat hij daarover één-op-één met die marktpartij communiceert. Het aanbestedingsrecht verhindert de aanbesteder evenmin om dergelijke ideeën en plannen als vertrekpunt te nemen bij het beschrijven van zijn behoefte aan de oplossing van een bepaald probleem in de eisen van een vraagspecificatie. Het is zelfs toegestaan dat de indiener van het Eigen Initiatief daar als adviseur bij wordt betrokken, al dan niet na de toepassing van een aanbestedingsprocedure voor het verstrekken van een adviseuropdracht.

Wanneer de indiener van het Eigen Initiatief vervolgens tevens zou willen deelnemen aan de aanbestedingsprocedure voor de bouwopdracht, wordt de regel die in *par. 4.2.3* is uitgewerkt echter weer relevant. Het is immers ook nu weer denkbaar dat de betrokkenheid van de indiener van het Eigen Initiatief bij het formuleren van de vraagspecificatie hem een ongeoorloofde informatievoorsprong heeft opgeleverd. Gesteld dat zo'n geval zich inderdaad voordoet, zal de aanbesteder er ófwel voor moeten zorgen dat die informatievoorsprong ongedaan wordt gemaakt, door ook de overige inschrijvers te voorzien van de betreffende informatie, ófwel moeten besluiten de indiener van het Eigen Initiatief van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure uit te sluiten.

4.3 Één-op-één communiceren tijdens een aanbestedingsprocedure

4.3.1 Vertrekpunt

In *par. 4.1* is opgemerkt dat het aanbestedingsrecht met name grenzen stelt aan één-op-één communicatie tijdens een aanbestedingsprocedure. De aanbestedingsprocedures die op dit moment in de aanbestedingspraktijk in de bouw voorhanden zijn, staan kort beschreven in *par. 4* van hoofdstuk 8.

Toelichting

Het betreft de aanbestedingsprocedures zoals die worden onderscheiden in de hoofdstukken van het ARW 2005: openbare procedure (hoofdstuk 2); niet-openbare procedure (hoofdstuk 3); concurrentiegerichte dialoog (hoofdstuk 4); onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (hoofdstuk 5); onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (hoofdstuk 6); onderhandse procedure (hoofdstuk 7); concessieovereenkomst (hoofdstuk 8); raamovereenkomst met een enkele ondernemer (hoofdstuk 9); raamovereenkomst met meerdere ondernemers (hoofdstuk 10).

Één-op-één communicatie zoals gedefinieerd in par. 2 van dit hoofdstuk zal hierna aanbestedingsrechtelijk worden geproblematiseerd voor alle voornoemde procedures, met uitzondering van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (hoofdstuk 8, par. 4.6) en de raamovereenkomst met een enkele ondernemer (hoofdstuk 8, par. 4.9). De reden om die laatste twee procedures buiten beschouwing te laten is dat slechts één marktpartij aan zo'n procedure deelneemt en in zoverre geen risico op doorbreking van het vereiste level playing field bestaat.

Hoofdstuk 8 is voorzien van een aantal bijlagen waarin het verloop van de hierboven genoemde aanbestedingsprocedures schematisch staat weergegeven. Daaruit kan worden afgeleid dat zich bij elke aanbestedingsprocedure een aantal belangrijke situaties van informatieoverdracht voordoen.

Toelichting

Het gaat in dit verband om de volgende situaties van informatieoverdracht:

(i) de bekendmaking (door de aanbesteder) van de uitsluitingsgronden, de kwalitatieve geschiktheidseisen, eventuele selectiecriteria en het gunningscriterium;
(ii) de aanmelding (door de marktpartijen) als gegadigde met als oogmerk tot het doen van een inschrijving te worden uitgenodigd;
(iii) de uitnodiging (door de aanbesteder) tot inschrijving en de toezending van de vraagspecificatie;
(iv) de inschrijving (door de marktpartijen).

Informatieoverdracht vindt voor wat de meeste aanbestedingsprocedures betreft plaats in de aangegeven volgorde: niet-openbare procedure; concurrentiegerichte dialoog; onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking; concessieovereenkomst (vooropgesteld dat die laatste procedure wordt geoperationaliseerd met behulp van een van de voornoemde procedures).

De onder (i) en (ii) genoemde situaties van informatieoverdracht vinden niet plaats binnen de onderhandse procedure en de raamovereenkomst met meerdere ondernemers. De onder (iii) en (iv) genoemde situaties wel. Het gunningscriterium wordt dan bekendgemaakt in het kader van (iii).

Bij de openbare procedure geldt een enigszins andere invulling wat betreft de onder (ii) en (iii) genoemde situaties van informatieoverdracht:

(ii) het verzoek (door de marktpartijen) tot toezending van de vraagspecificatie;
(iii) de toezending (door de aanbesteder) van de vraagspecificatie.

Zoals eerder in dit hoofdstuk is toegelicht in *par. 2*, kan de (voorgenomen) overdracht van informatie mogelijk het onderwerp vormen van één-op-één communicatie tussen de aanbesteder en een individuele marktpartij. De vraag die kan worden gesteld is of en - zo ja - onder welke juridische randvoorwaarden dat ook mogelijk is voor de hierboven opgesomde situaties van informatieoverdracht. Op die vraag zal worden ingegaan in *par. 4.3.2* t/m *4.3.6*.

4.3.2 Verduidelijken van de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen, eventuele selectiecriteria en het gunningscriterium

Voor een aantal aanbestedingsprocedures geldt dat de aanbesteder bij de start van die procedures de zogenoemde uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen, eventuele selectiecriteria en het gunningscriterium bekendmaakt.

Toelichting

Zie over de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria meer uitvoerig hoofdstuk 10, par. 4.1.3.3, par. 4.2.3 en par. 4.3.3. Het gaat hier om de volgende aanbestedingsprocedures: openbare procedure; niet-openbare procedure; concurrentiegerichte dialoog; onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking; concessieovereenkomst.

De bedoelde bekendmaking vindt dan plaats via de algemene aankondiging van de bouwopdracht. Dat gebeurt bij deze procedures ook voor wat betreft het gunningscriterium, zie meer uitvoerig hoofdstuk 11, par. 4.3.

Bij de onderhandse procedure en bij de raamovereenkomst met meerdere ondernemingen wordt alleen het gunningscriterium bekendgemaakt, niet door middel van een aankondiging maar bij de uitnodiging tot inschrijving.

De inhoud van deze gronden, eisen en criteria kan mogelijkerwijs aanleiding geven tot onduidelijkheid bij een marktpartij die voornemens is zich als gegadigde aan te melden of - in geval van de openbare procedure - een inschrijving in te dienen.

Voorbeeld

Een aanbesteder brengt een werk op de markt voor het bouw- en woonrijp maken van een terrein. Bijzonder hierbij is dat de toe te passen riolering uit gresbuizen bestaat. Als geschiktheidseis heeft de aanbesteder opgenomen dat een inschrijver in de afgelopen vijf jaren minimaal 3 werken heeft uitgevoerd en opgeleverd van vergelijkbare aard en omvang. Hoe strikt de eis 'vergelijkbare aard' moet worden gelezen, is niet duidelijk. Wordt van een inschrijver verwacht dat hij bijvoorbeeld ervaring heeft met de aanleg van riolering, of is er specifiek ervaring met het leggen van gresbuizen vereist? Een van de inschrijvers legt deze situatie voor aan de aanbesteder en vraagt hoe de zinsnede 'vergelijkbare aard' dient te worden uitgelegd.

In zo'n geval is het die marktpartij toegestaan om de aanbesteder te benaderen en kunnen partijen één-op-één met elkaar communiceren over de bij de marktpartij gerezen onduidelijkheid. Het doel van die communicatie is dan 'verduidelijken' van de inhoud van de bekendgemaakte gronden, eisen en/of criteria.

Toelichting

Dat de aanbesteder en een marktpartij één-op-één met elkaar kunnen communiceren over onduidelijkheden die bij de marktpartij zijn gerezen naar aanleiding van de bekendgemaakte uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen eventuele selectiecriteria en/of gunningscriterium, volgt overigens niet expliciet uit de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving (Europese aanbestedingsrichtlijnen, Bao, Bass, ARW 2005). Het volgt daarentegen indirect wel uit de inhoud van het model aankondiging dat moet worden gebruikt voor de aankondiging van de aanbesteding van de opdracht, zie daarover hoofdstuk 13, par. 4.2.

Op grond van het beginsel van non-discriminatie zal de aanbesteder verplicht zijn om de verduidelijkende informatie, die aan de betreffende marktpartij wordt verstrekt, ook te doen toekomen

aan de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure. Hij doet dat door middel van een zogenoemde schriftelijke nota van inlichtingen. De verplichting bestaat wanneer de 'onduidelijke' uitsluitingsgrond, kwalitatieve geschiktheidseis, selectiecriterium en/of gunningscriterium objectief bezien inderdaad voor meerdere uitleg vatbaar is. Dat behoeft natuurlijk niet in alle gevallen altijd zo te zijn.

Voorbeeld

Een aanbesteder heeft als geschiktheidseis bepaald dat een inschrijver in de afgelopen vijf jaren minimaal 3 werken heeft uitgevoerd en opgeleverd van vergelijkbare aard en omvang. Een van de inschrijvers heeft een referentiewerk uitgevoerd waarbij de levering van materialen geen onderdeel uitmaakte van de vraagspecificatie. Wat de omvang van de werkzaamheden betreft, voldoet het referentiewerk aan de gestelde eis. De aannemingssom van dat referentiewerk is door het ontbreken van de bedragen voor de leveranties echter beduidend lager dan nu wordt geëist. De inschrijver legt deze situatie voor aan de aanbesteder en vraagt hoe de zinsnede 'vergelijkbare (...) omvang' voor het betreffende referentiewerk dient te worden uitgelegd. Dit is een geval waarbij een vraag rijst als gevolg van de specifieke omstandigheden waarin deze ene inschrijver verkeert. Het is zeer onwaarschijnlijk dat andere inschrijvers met dezelfde vraag worstelen. De aanbesteder is dan ook niet verplicht om het antwoord dat hij de betreffende inschrijver geeft aan alle inschrijvers te verstrekken. Om het zekere voor het onzekere te nemen, doet hij er echter verstandig aan dat toch te doen.

De één-op-één communicatie die in deze situatie plaatsvindt, is niet aan vormvereisten gebonden. Partijen doen er echter verstandig aan de communicatie met het oog op verduidelijking zoveel mogelijk schriftelijk te laten verlopen.

4.3.3 Verduidelijken van de aanmelding als gegadigde

Voor een aantal aanbestedingsprocedures geldt dat de aanbesteder, nadat hij de procedures algemeen heeft bekendgemaakt, een of meer aanmeldingen van marktpartijen zal ontvangen waarmee elk van die marktpartijen te kennen geeft als gegadigde tot inschrijving uitgenodigd te willen worden. De aanbesteder zal vervolgens dienen te beoordelen of die gegadigden inderdaad tot inschrijving uitgenodigd kunnen worden in het licht van de door hem van toepassing verklaarde uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria.

Toelichting

Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 10, par. 4.2. Het gaat hier om de volgende aanbestedingsprocedures: niet-openbare procedure; concurrentiegerichte dialoog; onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking; concessieovereenkomst.

Ingeval van de openbare procedure zal de aanbesteder die beoordeling overigens uitvoeren gelijktijdig met de beoordeling van de ontvangen inschrijving op basis van het gunningscriterium, zie daarvoor hoofdstuk 8, par. 4.2 en hierna par. 4.6.1.

De inhoud van de aanmelding van een gegadigde kan vervolgens aanleiding geven tot onduidelijkheid bij de aanbesteder die de hierboven bedoelde beoordeling uitvoert.

Voorbeeld

Een inschrijver voegt bij zijn inschrijving een lijst met referentiewerken. Eén van deze werken is in combinatie uitgevoerd. Uit de inschrijvingsdocumenten blijkt niet wat het aandeel van de inschrijver in die combinatie was. De aanbesteder vraag om een toelichting over het aandeel van de inschrijver in de combinatie om te kunnen beoordelen of het referentiewerk voldoet aan de geschiktheidseis.

In zo'n geval mag de aanbesteder die gegadigde benaderen en kunnen partijen één-op-één met elkaar communiceren over de bij de aanbesteder gerezen onduidelijkheid. Het doel van die communicatie is dan 'verduidelijken' van de inhoud van de aanmelding als gegadigde.

Bron

Art. 51 Algemene Richtlijn - De aanbestedende dienst kan verlangen dat de ondernemers de uit hoofde van de artikelen 45 t/m 50 overgelegde verklaringen en bescheiden aanvullen of nader toelichten.

Zie in dit verband voorts art. 52 Bao en art. 2.13.1, art. 3.13.1, art. 4.14.1, art. 5.14.1 en art. 6.11 ARW 2005. De Richtlijn Nutssectoren alsook het Bass bevatten geen vergelijkbare regeling.

Het toepassingsgebied van deze bepaling beperkt zich naar de letter van de tekst overigens niet tot het moment waarop de aanbesteder positief oordeelt over toelating van de betreffende gegadigde tot inschrijving. Ook daarna kan de hier bedoelde informatie namelijk nog door hem worden verlangd.

Bron

Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 249.

Ook voor deze situatie geldt dat de één-op-één communicatie die plaatsvindt, niet aan vormvereisten is gebonden. Partijen doen er echter opnieuw verstandig aan de communicatie met het oog op verduidelijking zoveel mogelijk schriftelijk te laten verlopen.

4.3.4 Verduidelijken van de eisen in de vraagspecificatie

Voor alle aanbestedingsprocedures geldt dat de aanbesteder op enig moment tijdens die procedures de deelnemers in kennis stelt van de inhoud van de vraagspecificatie.

Toelichting

Het moment waarop dat precies gebeurt, is afhankelijk van de aanbestedingsprocedure die aan de orde is, zie par. 4.3.1. Het gaat hier om de volgende aanbestedingsprocedures: openbare procedure; niet-openbare procedure; concurrentiegerichte dialoog; onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking; onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking; onderhandse procedure; concessieovereenkomst; raamovereenkomst met een enkele ondernemer; raamovereenkomst met meerdere ondernemers.

De inhoud van de eisen in de vraagspecificatie kan in de eerste plaats aanleiding geven tot onduidelijkheid bij een marktpartij die voornemens is zich als gegadigde aan te melden of - in geval van de openbare procedure, een onderhandse procedure of een raamovereenkomst - een inschrijving in te dienen.

Voorbeeld

In de vraagspecificatie voor de reconstructie van een winkelstraat is als eis opgenomen dat de bereikbaarheid van de winkels gedurende de uitvoering dient te worden gegarandeerd. Een gegadigde vraagt zich of het garanderen van de bereikbaarheid alleen betrekking heeft op het winkelend publiek of dat de winkels ook middels deze straat bevoorraad worden.

In die situatie kunnen aanbesteder en marktpartij op initiatief van de laatste één-op-één met elkaar communiceren over de bij de marktpartij gerezen onduidelijkheid. Het doel van die communicatie is dan 'verduidelijken' van de inhoud van de eisen in de vraagspecificatie.

Toelichting

Voor wat betreft de openbare procedure kan in dit verband worden gewezen op art. 39 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 46 lid 2 Richtlijn Nutssectoren:

Art. 39 lid 2 Algemene Richtlijn - Nadere inlichtingen over het bestek en de aanvullende stukken worden, mits tijdig aangevraagd, uiterlijk zes dagen voor de uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen door de aanbestedende diensten of de bevoegde diensten verstrekt.

Zie in aansluiting op deze bepalingen ook art. 39 lid 2 Bao, art. 47 lid 2 Bass en art. 2.16.1 ARW 2005. Voor wat betreft de niet-openbare procedure, de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en - voorzover het de Algemene Richtlijn betreft - de concurrentiegerichte dialoog, voorzien art. 40 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 47 lid 3 Richtlijn Nutssectoren in een nagenoeg vergelijkbare regeling. Zie daarvoor ook art. 40 lid 5 Bao, art. 48 lid 5 Bass en art. 3.18.1, art. 5.18.1, art. 6.15.1, art. 7.8.1 en art. 8.3.5 ARW 2005.

De aanbesteder is vervolgens verplicht om de verduidelijkende informatie die hij via één-op-één communicatie aan de marktpartij heeft verstrekt, ook aan de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure te verstrekken. Hij doet dat door middel van een schriftelijke nota van inlichtingen.

Toelichting

Deze verplichting is in ieder geval opgenomen in de bepalingen van het ARW 2005, zie art. 2.16.2, art. 3.18.2, art. 5.18.2, art. 6.15.2, art. 7.8.2 en art. 8.3.5 ARW 2005. Deze bepalingen vormen een uitwerking van de hierboven genoemde algemene bepalingen in 39 lid 2 en art. 40 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 39 lid 2 en art. 40 lid 5 Bao.

4.3.5 Aanpassen van de eisen in de vraagspecificatie al dan niet in relatie tot een voorgenomen inschrijving

4.3.5.1 Vertrekpunt

Het is ook mogelijk dat de inhoud van de eisen in de vraagspecificatie volstrekt duidelijk is voor een marktpartij die deelneemt aan de aanbestedingsprocedure, maar dat die marktpartij graag zou willen aansturen op aanpassing van die eisen. De overwegingen die daaraan ten grondslag kunnen liggen, zullen er in de regel op neerkomen dat de betreffende marktpartij bij een aangepaste vraagspecificatie een voor de aanbesteder - en dus ook voor hemzelf - meer interessante inschrijving kan produceren dan wanneer de vraagspecificatie ongewijzigd zou blijven.

Voorbeeld

Een aanbesteder stelt in de vraagspecificatie eisen aan de milieuhygiënische kwaliteit van de toe te passen grond voor een geluidswal. Er dient schone grond toegepast te worden, zoals bedoeld in het bouwstoffenbesluit. Een inschrijver heeft een grote hoeveelheid categorie 1 grond die vrijkomt uit een nabijgelegen werk. Deze grond voldoet weliswaar aan de civieltechnische eisen uit de vraagspecificatie, maar niet aan de milieuhygiënische eisen. De inschrijver probeert de aanbesteder te bewegen de vraagspecificatie op dit punt aan te passen. Dit zal waarschijnlijk zijn concurrentiepositie verbeteren en leiden tot een beduidend lagere inschrijving.

Zo'n marktpartij zal mogelijk willen aansturen op het één-op-één communiceren met de aanbesteder, waarbij het doel van die communicatie dan is: onderhandelen met het oogmerk te proberen de aanbesteder de vraagspecificatie te laten herzien. In de navolgende paragrafen zal worden ingegaan op de vraag of en - zo ja - onder welke voorwaarden dat is toegestaan.

De hierboven geschetste situatie zal soms kunnen samenvallen met die waarin de aanbesteder er ook zelf prijs op stelt dat een marktpartij reflecteert op de inhoud van de eisen van de vraagspecificatie. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de aanbesteder zelf niet geheel overtuigd is van adequaatheid van de vraagspecificatie, gegeven het resultaat dat hij met het bouwproces voor ogen heeft.

Voorbeeld

Voor de aanleg van een provinciale weg heeft de aanbesteder in de vraagspecificatie een fundering van menggranulaat voorgeschreven. Hierop is de opbouw van de asfaltconstructie afgestemd. Toepassing van een cementgebonden fundering kan leiden tot een optimalisatie in de dikte en opbouw van de asfaltconstructie. De aanbesteder twijfelt of de in de vraagspecificatie voorgeschreven oplossing de meest optimale is.

In een dergelijke situatie zal ook de aanbesteder willen aansturen op het één-op-één communiceren met een of meer marktpartijen, waarbij het doel van die communicatie dan is: verkennen met het oog op het verkrijgen van inzichten teneinde tot een eventuele herziening van de vraagspecificatie te besluiten. Ook voor deze situatie zal in de navolgende paragrafen worden nagegaan welke ruimte tot één-op-één communiceren de aanbesteder in dit geval heeft.

De aanbesteder kan ook nog een ander motief hebben om één-op-één met een marktpartij te communiceren over de in de vraagspecificatie opgenomen eisen. Dat motief ligt overigens sterk in het verlengde van de eventuele behoefte om de markt op de vraagspecificatie te laten reflecteren. De aanbesteder kan in aanvulling daarop immers de behoefte hebben inzicht te krijgen in de oplossingsrichtingen die een marktpartij voornemens is in zijn inschrijving op te nemen.

Voorbeeld

Voor de realisatie van een kantoor op basis van D&B heeft de aanbesteder een vraagspecificatie in de markt gezet met veel ontwerpvrijheden ten aanzien van het aspect vormgeving. Er zijn abstracte eisen gesteld waarbinnen de inschrijver zijn aanbiedingsontwerp dient op te stellen. De aanbesteder heeft een sterke behoefte om ongewenste ontwerpoplossingen te voorkomen.

Ook over die mogelijke oplossingsrichtingen - gegeven de eisen in de vraagspecificatie - zal de aanbesteder wellicht één-op-één met een marktpartij willen communiceren. Het doel van die communicatie is dan eveneens: verkennen met het oog op het verkrijgen van inzichten, maar nu tevens met het doel te proberen die marktpartij te beïnvloeden wat betreft de inhoud van diens voorgenomen inschrijving. Ook voor deze situatie dient de vraag te worden beantwoord binnen welke juridische randvoorwaarden één-op-één communicatie tussen de aanbesteder en een individuele marktpartij mogelijk is.

De drie hierboven geschetste situaties liggen feitelijk sterk in elkaars verlengde. De centrale vraag die voor deze situaties gezamenlijk kan worden gesteld is of - en zo ja: onder welke voorwaarden - het is toegestaan dat een aanbesteder en een marktpartij één-op-één met elkaar communiceren over de inhoud van de vraagspecificatie - al dan niet in samenhang met de door die marktpartij

voorgenomen inschrijving - tegen de achtergrond van een mogelijke aanpassing van de vraagspecificatie en/of de voorgenomen inschrijving.

Toelichting

De vraag is dus niet of en onder welke voorwaarden een aanbesteder de eisen van de vraagspecificatie mag aanpassen. Die vraag komt aan de orde in hoofdstuk 6, par. 4.3.3.3. Het gaat evenmin om de vraag of en onder welke voorwaarden een gegadigde of inschrijver diens inschrijving mag aanpassen. Die vraag komt aan de orde in hoofdstuk 12, par. 4.2 en 4.3.

De vraag waar het in deze paragraaf om gaat, is of en onder welke voorwaarden de voorgenomen aanpassing van de vraagspecificatie en of de inschrijving die een marktpartij voornemens is in te dienen onderwerp mag zijn van bilaterale communicatie tussen aanbesteder en marktpartij.

Bij de beantwoording van de hierboven gestelde vraag wordt in de navolgende paragrafen een onderscheid gemaakt tussen de hoofdregel die voor nagenoeg alle aanbestedingsprocedures geldt *(par. 4.3.5.2)* en voor de uitzondering op die hoofdregel die geldt in geval gebruik wordt gemaakt van de concurrentiegerichte dialoog *(par. 4.3.5.3)*.

4.3.5.2 Hoofdregel

Voor alle aanbestedingsprocedures geldt - met uitzondering van de hierna nog te bespreken concurrentiegerichte dialoog - dat de aanbesteder voorafgaande aan de inschrijving niet zelf het initiatief mag nemen tot één-op-één communicatie over de inhoud van de eisen van de vraagspecificatie en of over de door een marktpartij voorgenomen inschrijving.

Toelichting

Het gaat in dit geval om de volgende aanbestedingsprocedures: openbare procedure; niet-openbare procedure; onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking; onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking; onderhandse procedure; concessieovereenkomst; raamovereenkomst met meerdere ondernemers.

Een aanbesteder zal bij deze procedures moeten afwachten of een dergelijk initiatief door een marktpartij wordt genomen, waarbij het die marktpartij overigens alleen is toegestaan om te vragen om verduidelijking van de inhoud van de vraagspecificatie.

Toelichting

Zie daarvoor meer uitvoerig par. 4.3.4.

Zo'n vraag van een marktpartij kan natuurlijk tot effect hebben dat een aanbesteder bepaalde inzichten verwerft over de inhoud van de eigen vraagspecificatie en dat hij op basis van die inzichten besluit tot aanpassing van de eisen van de vraagspecificatie.

Toelichting

Zie overigens hoofdstuk 6, par. 4.3.3.3, over de juridische randvoorwaarden die in het kader van zo'n aanpassing in acht moeten worden genomen. Die randvoorwaarden kwamen deels ook al kort aan de orde in par. 4.3.4 in het kader van de bespreking van het verschijnsel 'nota van inlichtingen'.

Dat effect kan zelfs in meer rechtstreekse zin optreden, wanneer een marktpartij niet alleen vraagt om verduidelijking van de inhoud van de vraagspecificatie, maar er bovendien expliciet bij de aanbesteder op aandringt dat de vraagspecificatie wordt aangepast.

De grens van het juridisch toelaatbare wordt echter bereikt zodra één-op-één communicatie over verduidelijking van de vraagspecificatie en/of over een eventuele aanpassing van de eisen van de vraagspecificatie plaatsvindt als onderdeel van een bredere gedachtewisseling die ook de inhoud van de door de marktpartij voorgenomen inschrijving behelst. Dat dit laatste aanbestedingsrechtelijk is verboden, kan worden afgeleid uit een gemeenschappelijke Verklaring van de Raad en de Commissie:

Bron

De Raad en de Commissie verklaren dat, bij openbare en niet-openbare procedures, onderhandelingen met gegadigden of inschrijvers over fundamentele punten van de opdrachten waarvan wijziging de mededinging kan vervalsen, en met name over prijzen, uitgesloten zijn; wel mogen er besprekingen met gegadigden of inschrijvers plaatsvinden, maar alleen met het oog op een verduidelijking of aanvulling van de inhoud van hun offerte, alsmede van de eisen van de aanbestedende diensten, en voor zover zulks geen discriminatie veroorzaakt.

Gemeenschappelijke Verklaring van de Raad en de Commissie bij art. 7 lid 4 Richtlijn 93/37/EG, de voorloper van de actuele Algemene Richtlijn.

Toelichting

Deze visie is uitgewerkt door Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 396.

Uit deze Verklaring kan echter wél worden afgeleid dat voorafgaande aan de inschrijving besprekingen met gegadigden en inschrijvers mogen plaatsvinden, met het oog op een verduidelijking of aanvulling van de eisen (in de vraagspecificatie) van de aanbesteder.

Toelichting

Terzijde kan hier worden opgemerkt dat uit de Verklaring bovendien blijkt dat besprekingen met gegadigden en inschrijvers mogen plaatsvinden, met het oog op een verduidelijking of aanvulling van hun inschrijving. Dat aspect komt hierna nog aan de orde in par. 4.3.6.

Dat betekent dat de Verklaring op dit punt strookt met de inhoud van de bepalingen die hierboven zijn besproken in *par. 4.3.4*.

Toelichting

Zie art. 39 lid 2 en art. 40 lid 4 Algemene Richtlijn jo. art. 39 lid 2 en art. 40 lid 5 Bao en art. 46 lid 2 en art. 47 lid 3 Richtlijn Nutssectoren jo. art. 47 lid 2 en art. 48 lid 5 Bass.

Díe bepalingen vormen zoals gezegd in de eerste plaats de grondslag voor de regeling in het ARW 2005 van een zogenoemde algemene inlichtingenronde, waarbij een marktpartij via één-op-één communicatie vragen aan de aanbesteder kan stellen over onduidelijkheden in de vraagspecificatie. Informatie die de aanbesteder in dat kader vervolgens aan de betreffende marktpartij verstrekt, moet ook worden verstrekt aan de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure. Dat gebeurt dan met behulp van een schriftelijke nota van inlichtingen.

Gegeven de ruimte die de Gemeenschappelijke Verklaring biedt, kunnen deze bepalingen echter óók als basis dienen voor een praktijk waarbij een marktpartij één-op-één vragen aan de aanbesteder stelt over de eisen van de vraagspecificatie, zelfs wanneer hij de aanbesteder daarmee inzicht geeft in de inhoud van zijn voorgenomen inschrijving, met name op het punt van de oplossingsrichting die hij voornemens is aan te bieden.

Voorbeeld

In de vraagspecificatie voor een wegreconstructie is een proceseis opgenomen die inhoudt dat 'gedurende de uitvoering de overlast voor omwonenden tot een minimum dient te worden beperkt'. Een inschrijver is voornemens een mobiele puinbreker op het werk te plaatsen. Het gebroken puin kan vervolgens als funderingsmateriaal dienen. De inschrijver verwacht hierdoor een scherpe inschrijving te kunnen doen. Keerzijde is dat deze wijze van uitvoering de nodige geluidshinder met zich meebrengt. De inschrijver vraagt wat in dit geval verstaan moet worden onder 'het beperken van de overlast tot een minimum'. Het is goed mogelijk dat de achtergrond van de proceseis het waarborgen van de bereikbaarheid van de woningen is geweest, of het beschermen van schoolgaande kinderen waarbij het toepassen van een mobiele puinbreker op een gedeelte van het werkterrein geen enkel probleem is. Voor de aanbesteder kan de gestelde vraag aanleiding zijn om ófwel aan te geven aan deze inschrijver dat het werken met een mobiele puinbreker binnen de wettelijke grenzen is toegestaan, ófwel de proceseis ten aanzien van de beperking van de overlast duidelijker te formuleren.

Door het stellen en beantwoorden van vragen over de inhoud van de vraagspecificatie, in het licht van de oplossingsrichting waarmee een marktpartij voornemens is in te schrijven, is het mogelijk om in het concrete geval tot een verbetering van de afstemming tussen vraagspecificatie en inschrijving te komen. Het is dan wel belangrijk om goed na te gaan hoe de één-op-één communicatie in dat kader precies verloopt en wat in dat verband wel en niet is toegestaan.

Toelichting

Het is de marktpartij die het proces van één-op-één communicatie opstart door vragen te stellen over de eisen van de vraagspecificatie. Daarbij kan hij dan aangeven, wat voor hem de relevantie van die vragen is in het licht van de oplossingsrichting waarmee hij voornemens is in te schrijven. Die vragen zullen in de regel betrekking hebben op de wijze waarop de eisen in de vraagspecificatie dienen te worden geïnterpreteerd. Gegeven het antwoord van de aanbesteder, kan de inschrijver vervolgens zelf nagaan of hij met zijn voorgenomen oplossingsrichting kan voldoen aan de eisen. Daarbij kan hij dan bijvoorbeeld tot het inzicht komen dat hij de oplossingsrichting op onderdelen anders zal dienen in te richten.

De aanbesteder beperkt zich in dit proces van één-op-één communicatie tot het geven van antwoorden op de gestelde vragen. Hij doet dat door aan te geven hoe een bepaalde eis in de vraagspecificatie dient te worden geïnterpreteerd. In dit verband moet worden opgemerkt dat het inherent is aan het beantwoorden van interpretatievragen dat daarbij voorbeelden aan de orde komen waarmee als het ware wordt geverifieerd of een eis met een bepaalde oplossing wel of niet mag worden opgelost gegeven de interpretatie die aan die eis moet worden gegeven. Dat is toegestaan, zo lang die voorbeelden maar vragenderwijs worden aangedragen door de marktpartij. De aanbesteder beantwoordt de interpretatievraag vervolgens door aan te geven of de in de voorbeelden voorgestelde wijze van oplossen past binnen de kaders van de in de vraagspecificatie gestelde eisen. De aanbesteder mag echter niet aangeven - voorzover dat al mogelijk is, bijvoorbeeld door het uiten van een kwaliteitsoordeel - in welke mate een voorgenomen oplossingsrichting van een marktpartij aan de gestelde eisen beantwoordt. Het is al helemaal niet toegestaan om de marktpartij te informeren hoe hij in de ogen van de aanbesteder diens voorgenomen oplossingsrichting het beste zou kunnen inrichten en/of aanpassen teneinde zo optimaal mogelijk te voldoen aan de eisen van de vraagspecificatie.

Dat het de aanbesteder niet is toegestaan de marktpartij actief te bewegen tot het aanbieden van een bepaalde oplossingsrichting, laat onverlet dat de hierboven geschetste gang van zaken de aanbesteder tot het inzicht kan brengen dat de vraagspecificatie op onderdelen dient te worden aangepast. Zoals eerder uit deze paragraaf bleek, blijft die mogelijkheid altijd bestaan zo lang maar een aantal randvoorwaarden in acht wordt genomen. Die randvoorwaarden kwamen deels ook al kort aan de orde in par. 4.3.4 in het kader van de bespreking van het verschijnsel 'nota van inlichtingen'. Zie in dit verband ook hoofdstuk 6, par. 4.3.3.3.

Voorbeeld

Een inschrijver vraagt of een gazon in een park, dat niet tot het werkterrein behoort, gebruikt mag worden om een tijdelijke weg aan te leggen gedurende de uitvoering van een werk. Hierdoor kan de inschrijver kostbare en ingrijpende omleidingsroutes vermijden. Het is de aanbesteder niet toegestaan alleen voor deze inschrijver de grenzen van het werkterrein uit te breiden. Omdat het een vraag betreft met een gerechtvaardigd commercieel belang is het evenmin toegestaan, zonder toestemming van de betreffende inschrijver, de door hem beoogde oplossing - het aanleggen van een tijdelijke weg door het park - als eis in de vraagspecificatie op te nemen. Het is de aanbesteder echter wel toegestaan de grenzen van het werkterrein uit te breiden zodat dat de door de inschrijver voorgenomen oplossingsrichting mogelijk wordt.

De hierboven beschreven toegestane praktijk, die is gebaseerd op de Gemeenschappelijke Verklaring in relatie tot de bepalingen in de Europese aanbestedingsrichtlijnen, het Bao en het Bass terzake het verstrekken van algemene inlichtingen tijdens een aanbestedingsprocedure, is nader uitgewerkt in het ARW 2005. Die regeling voorziet met name ook in de oplossing van het vertrouwelijkheidsdilemma dat zich voordoet wanneer een marktpartij vraagt om verduidelijking van de vraagspecificatie en dat doet in het licht van een specifieke oplossingsrichting waarmee hij voornemens is in te schrijven.

Bron

Art. 2.17.1 ARW 2005 - Een ondernemer die voornemens is in te schrijven kan de aanbesteder gemotiveerd verzoeken om nadere inlichtingen die niet worden opgenomen in de nota van inlichtingen. De aanbesteder kan dergelijke inlichtingen verstrekken voorzover het opnemen daarvan, naar het oordeel van de aanbesteder, in de nota van inlichtingen schade kan toebrengen aan de rechtmatige commerciële belangen van de ondernemer. De aanbesteder mag deze inlichtingen alleen geven indien deze dienen ter verduidelijking van de eisen die de aanbesteder in de aankondiging, het bestek en de nota van inlichtingen heeft gesteld. Het verstrekken van dergelijke inlichtingen mag niet leiden tot discriminatie van andere ondernemers die voornemens zijn in te schrijven.

Zie ook in vergelijkbare zin: art. 3.19.1, art. 5.19.1, art. 6.16.1 en art. 7.9.1 ARW 2005.

Ook in de toelichting op deze bepalingen van het ARW 2005 worden in lijn met de Gemeenschappelijke Verklaring de grenzen aangegeven die een aanbesteder in acht moet nemen wanneer hij één-op-één communiceert over de eisen van de vraagspecificatie tegen de achtergrond van een door de marktpartij voorgenomen inschrijving:

Bron

De aanbesteder kan dergelijke inlichtingen op verzoek van een gegadigde aan hem verstrekken als deze, naar het oordeel van de aanbesteder terecht, aangeeft dat hij een rechtmatig commercieel belang heeft bij vertrouwelijkheid. Een dergelijk rechtmatig commercieel belang zou zich vooral voor kunnen doen bij het aanbesteden van geïntegreerde contracten, zoals Design and Construct, en in het geval de gegadigde van

plan is om een variant in te dienen. In zulke gevallen zullen vragen om verduidelijking vaak gerelateerd zijn aan de oplossing of het ontwerp dat de gegadigde voor ogen staat en diens vragen kunnen zijn oplossing of ontwerp voortijdig onthullen. Het bekend worden van zijn vraag tijdens de aanbesteding bij zijn concurrenten zou daardoor kunnen leiden tot schade voor de gegadigde en vervalsing van de mededinging. (...)

De nadere inlichtingen hebben betrekking op de eisen van de aanbesteder en mogen alleen worden verstrekt om deze eisen te verduidelijken. Het verstrekken van de inlichtingen mag ten slotte niet leiden tot discriminatie. Met betrekking tot nadere inlichtingen in geval van een gerechtvaardigd commercieel belang volgt het ARW 2005 deze verklaring van de Raad.

Het voorgaande houdt dus in dat de aanbesteder mag afwijken van de regel dat verduidelijkend informatie, die in het kader van gevraagde inlichtingen aan de ene marktpartij is verstrekt, via een schriftelijke nota van inlichtingen ook aan de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure moet worden verstrekt. Het is aan de aanbesteder om te bepalen of in het concrete geval van die regel kan worden afgeweken. Hij moet echter vasthouden aan die regel wanneer de marktpartij, voorafgaande aan het stellen van de verduidelijkingsvragen, niet heeft aangegeven dat hij van mening is een rechtmatig commercieel belang bij vertrouwelijkheid te hebben. Maar ook wanneer de marktpartij dat vooraf wél heeft aangegeven en de aanbesteder - de verduidelijkingsvraag gehoord hebbende - van mening is dat zo'n belang in zijn ogen ontbreekt, dient hij vast te houden aan de regel dat de verduidelijkende informatie die vervolgens wordt verstrekt ook aan de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure moet worden verstrekt.

Voorbeeld

Een inschrijver stelt een vraag over de begaanbaarheid van het werkterrein langs een kanaal. Dit is relevant voor de keuze voor de inzet van materieel. Het antwoord op deze vraag gaat alle inschrijvers aan omdat zij met dezelfde problematiek van doen hebben. Hier is geen sprake van een gerechtvaardigd commercieel belang.

Voorbeeld

Bij de inschrijving op het ontwerp en de aanleg van een woonwijk dient de inschrijver onder andere een voorstel in voor een speelvoorziening voor kinderen. De inschrijver denkt aan een zogenoemd 'speelbos' waarin kinderen ouderwets hutten kunnen bouwen, in bomen klimmen en slootje springen. De inschrijver twijfelt of de aanbesteder erg enthousiast zal zijn over het voorstel en wil daarover een verduidelijkingsvraag stellen. Dit is een vraag waarbij de inschrijver een gerechtvaardigd commercieel belang heeft, nu er direct relatie bestaat met zijn oplossingsrichting. Het is de aanbesteder in zo'n geval niet toegestaan om aan alle inschrijvers kenbaar te maken dat een 'speelbos' ook is toegestaan. Dit dient de aanbesteder in een proces-verbaal vast te leggen. Overigens is het de aanbesteder niet toegestaan om in reactie op de gestelde verduidelijkingsvraag aan te geven dat een 'speelbos' meer of minder goed gewaardeerd zal worden.

Tot slot dient de aanbesteder zich nog te realiseren dat het in deze paragraaf besproken proces van één-op-één communicatie weliswaar vormvrij kan plaatsvinden maar dat de verduidelijkingsvragen die de marktpartij stelt alsook de antwoorden die op die vragen door de aanbesteder worden gegeven, in een door de aanbesteder op te stellen proces-verbaal dienen te worden vastgelegd.

Bron

Zie art. 2.17.3, art. 3.19.3, art. 5.19.3, art. 6.16.3 en art. 7.9.3 ARW 2005.

4.3.5.3 Uitzondering: concurrentiegerichte dialoog

Binnen de concurrentiegerichte dialoog heeft een aanbesteder méér juridische ruimte om één-op-één met een gegadigde te kunnen communiceren over de onderlinge afstemming van de eisen van de vraagspecificatie en de door die gegadigde voorgenomen inschrijving dan bij de andere aanbestedingsprocedures.

Toelichting

Zie voor de juridische ruimte die er bij die andere procedures bestaat de voorafgaande par. 4.3.5.2.

Het belangrijkste verschil is allereerst dat de aanbesteder bij de concurrentiegerichte dialoog niet langer afhankelijk is van het initiatief dat bij de andere procedures door de marktpartij dient te worden genomen via het stellen van verduidelijkingsvragen. Dat komt doordat de regeling van de concurrentiegerichte dialoog expliciet voorziet in een aan de inschrijving voorafgaande dialoogronde, waarbij het initiatief tot het opstarten van zo'n dialoog door de aanbesteder zelf wordt genomen.

Toelichting

Zie hierover ook hoofdstuk 8, par. 4.4.

Een tweede verschil betreft de inhoud van hetgeen onderwerp van die dialoog mag zijn. Bij de andere aanbestedingsprocedures is het zo dat alleen de marktpartij vragen stelt ter verduidelijking van de eisen in de vraagspecificatie en dat de aanbesteder die vragen vervolgens beantwoordt. De aanbesteder stelt bij die andere procedures geen vragen, nóch om inzicht te krijgen in de visie van de gegadigde op de eisen van de vraagspecificatie, nóch om inzicht te krijgen in de door die gegadigde voorgenomen oplossingsrichting, nóch om inzicht te krijgen in de afstemming tussen vraagspecificatie en voorgenomen oplossingsrichting.

Toelichting

Voor het verkrijgen van dergelijke inzichten zal de aanbesteder bij die andere procedures afhankelijk zijn van de vragen die door de marktpartij worden gesteld, al dan niet op basis van antwoorden die de aanbesteder op eerder gestelde vragen heeft gegeven.

Bij de concurrentiegerichte dialoog ligt dat anders. Tijdens de dialoogronde is het de aanbesteder namelijk wel toegestaan om vragen te stellen aan de gegadigde met het doel de hierboven beschreven inzichten te verkrijgen.

Bron

Art. 29 lid 3 Algemene Richtlijn - (...). Tijdens deze dialoog kunnen zij met de geselecteerde gegadigden alle aspecten van de opdracht bespreken. Tijdens de dialoog waarborgen de aanbestedende diensten de gelijke behandeling van alle inschrijvers. Met name geven zij geen - discriminerende - informatie die sommige inschrijvers kan beoordelen boven andere. (...)
Zie ook art. 29 lid 4 en lid 5 Bao en art. 4.18.2 en art. 4.18.3 ARW 2005.

Tijdens de dialoogronde is het dus toegestaan over en weer alle aspecten van de vraagspecificatie, de voorgenomen inschrijving alsook de onderlinge afstemming tussen vraagspecificatie en inschrijving te bespreken. Een harde randvoorwaarde die de aanbesteder echter in acht moet nemen is dat het verstrekken van (discriminerende) informatie aan één of meer gegadigden boven andere gegadigden niet is toegestaan.

Voorbeeld

De werkzaamheden omvatten het ontwerp, de aanleg en het meerjarig onderhoud van een provinciale weg gedurende 25 jaar. In de vraagspecificatie is als eis opgenomen dat er gestreefd dient te worden naar uniformiteit van wegbeeld met vergelijkbare aansluitende provinciale wegen. De aansluitende wegen zijn aangelegd in (zwart) asfalt. Een inschrijver is voornemens een oplossing in doorgaand gewapend (grijs) beton aan te bieden. De inschrijver vraagt of de grijze kleur van de betonweg in de ogen van de aanbesteder afbreuk doet aan de uniformiteit van het wegbeeld. De aanbesteder mag het antwoord op deze vraag zonder meer verstrekken en tevens vragen stellen over de gefaseerde uitvoering die de aanleg in beton met zich meebrengt. Ook kan hij vragen stellen over de stroefheid van beton en hoe de inschrijver die gedurende het meerjarig onderhoud denkt te waarborgen. Het is echter niet toegestaan de eisen met betrekking tot de uniformiteit van het wegbeeld alleen voor deze inschrijver te laten vervallen en ze onverkort voor de andere inschrijvers te handhaven.

Het is de aanbesteder evenmin toegestaan om oplossingsrichtingen die een gegadigde tijdens de dialoogronde voorstelt en/of vertrouwelijke inlichtingen die hij in dat kader aan de aanbesteder verstrekt, ook aan de andere gegadigden te verstrekken zonder toestemming van die gegadigde.

Bron

Art. 29 lid 3 Algemene Richtlijn - (...). De aanbestedende diensten mogen de voorgestelde oplossingen of andere door een deelnemer aan de dialoog verstrekte vertrouwelijke inlichtingen niet aan de andere deelnemers bekendmaken zonder de instemming van eerstgenoemde deelnemer.

Zie ook art. 29 lid 4 en lid 6 Bao en art. 4.18.5 ARW 2005. Deze specifieke verplichting tot het inachtnemen van vertrouwelijkheid is in feite een nadere uitwerking van art. 6 van de Algemene Richtlijn. Zie daarover ook par. 4.1 hierboven.

Het feit dat een aanbesteder tijdens een dialoogronde een bepaalde oplossingsrichting heeft vernomen van een gegadigde, betekent niet dat zo'n oplossingsrichting om die enkele reden nooit met andere gegadigden tijdens andere dialoogrondes besproken zou kunnen worden. Zeker wanneer een andere gegadigde tijdens een andere dialoogronde dezelfde oplossingsrichting ter sprake brengt, staat het de aanbesteder vrij daar met die andere gegadigde over van gedachten te wisselen. Maar onder omstandigheden kan de aanbesteder dat óók doen wanneer die andere gegadigde níet zelf op het idee komt om die oplossingsrichting ter sprake te brengen, maar wel op dat idee had kúnnen komen.

Toelichting

Dat zal met name het geval zijn naarmate de bedachte oplossingsrichting algemeen van aard is, in de zin dat zij objectief bezien ook bedacht had kunnen worden zonder de specifieke kennis en vaardigheden van de gegadigde die de aanbesteder als eerste over deze oplossingsrichting heeft geïnformeerd. Overigens is het zo dat wanneer de aanbesteder op grond van het voorgaande besluit een oplossingsrichting tijdens een met andere gegadigde te voeren dialoog te bespreken, hij dat met alle andere gegadigden zal moeten doen.

Voorbeeld

De werkzaamheden omvatten het ontwerp, de aanleg en het meerjarig onderhoud van een provinciale weg gedurende 25 jaar. Uit de vraagspecificatie blijkt dat er een kruispuntoplossing moet komen voor de kruising van de provinciale weg met een gemeentelijke gebiedsontsluitingsweg. Een inschrijver heeft een bijzondere variant van een turborotonde in de dialoogronde voorgelegd aan de aanbesteder. Het is de aanbesteder in zo'n geval toegestaan de mogelijkheid van een rotonde als kruispuntoplossing te bespreken met andere inschrijvers. Het is niet toegestaan de variant van de turborotonde als mogelijkheid te bespreken met andere inschrijvers, tenzij zo'n andere inschrijver die oplossing zelf ter sprake brengt.

In dezelfde lijn kan ook de vraag worden beantwoord in welke gevallen een gegadigde zich op het standpunt mag stellen dat bepaalde door hem tijdens de dialoogronde verstrekte inlichtingen niet aan andere gegadigden mogen worden vertrekt, op grond van het vermeende vertrouwelijke karakter van die inlichtingen. Wanneer inlichtingen informatie bevatten die in feite tot het publieke domein behoort en objectief kan worden vastgesteld dat ook een ander die informatie had kunnen vergaren, behoeft een aanbesteder de aan hem verstrekte inlichtingen niet als vertrouwelijk te beschouwen en mag hij deze inlichtingen ook aan andere gegadigden verstrekken. Als hij besluit dat te doen, zal hij die inlichtingen overigens aan alle andere gegadigden moeten verstrekken.

Voorbeeld

Een inschrijver attendeert de aanbesteder erop dat door een uitbreiding van het verhardingsoppervlak de bestaande riolering niet meer zal voldoen. De inschrijver toont dit aan door middel van een berekening. De inschrijver stelt voor het probleem op te lossen door middel van infiltratievoorzieningen. In zo'n geval is het toegestaan dat de aanbesteder ook andere inschrijvers attendeert op de consequenties van hun ontwerp op de hemelwaterafvoer. Het is echter niet toegestaan om zonder toestemming de conclusies van de door de ene inschrijver uitgevoerde berekening aan de andere inschrijvers mee te delen.

Het proces van één-op-één communiceren dat tijdens een dialoogronde plaatsvindt, kan vormvrij plaatsvinden. Dat laat onverlet dat het proces alsook de uitkomsten daarvan uiteindelijk wel door de aanbesteder in een proces-verbaal moeten worden vastgelegd.

Bron

Zie art. 4.18.4 ARW 2005.

Dat proces-verbaal wordt door de aanbesteder alleen toegestuurd aan de gegadigde met wie de in het proces-verbaal vastgelegde dialoog heeft plaatsgevonden.

4.3.6 Verduidelijken en aanpassen van de inschrijving

4.3.6.1 Vertrekpunt

Uiteindelijk geldt voor alle aanbestedingsprocedures dat de aanbesteder een of meer inschrijvingen van inschrijvers zal ontvangen. De aanbesteder zal vervolgens dienen te beoordelen welke van die inschrijvingen op grond van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus komt.

Toelichting

Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 11, par. 4.5. Ingeval van de openbare procedure zal die beoordeling overigens samenlopen met de beoordeling van de kwaliteit van de inschrijver zelf in het licht van de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria. Zie daarvoor hoofdstuk 8, par. 4.2 alsook eerder in dit hoofdstuk par. 4.3.3.

Met die inschrijvingen kunnen vanuit de optiek van de aanbesteder vervolgens verschillende dingen aan de hand zijn. Allereerst is het mogelijk dat de inhoud van een bepaalde inschrijving aanleiding geeft tot onduidelijkheid bij de aanbesteder.

Voorbeeld

De aanbesteder heeft de uitvoeringsduur als criterium gesteld in het kader van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving. In de concept-overeenkomst is tevens een korting opgenomen ingeval sprake is van te late oplevering. Een inschrijver schrijft in met een zeer korte uitvoeringsduur. De aanbesteder twijfelt over de haalbaarheid van de realisatie van het project binnen de aangeboden uitvoeringsduur en vraagt de inschrijver om een verduidelijking.

In een dergelijke situatie zal de aanbesteder er mogelijk behoefte aan hebben één-op-één met de betreffende inschrijver te communiceren over de bij de aanbesteder gerezen onduidelijkheid. Het doel van die communicatie is dan 'verduidelijken' van de inhoud van de inschrijving.

Het is ook mogelijk dat de inhoud van een - overigens geldige - inschrijving volstrekt duidelijk is voor de aanbesteder, maar dat hij zich in die inhoud niet kan vinden en graag zou willen aansturen op aanpassing van die inschrijving.

Voorbeeld

In het kader van de aanbesteding van de nieuwbouw van een stadskantoor, dient een inschrijver een voorlopig ontwerp in. Dat voldoet weliswaar aan de in de vraagspecificatie gestelde eisen, maar de door de inschrijver aangeboden kleur van de metselsteen valt niet in de smaak van de aanbesteder. Hij wil dan ook dat de inschrijver een andere kleur metselsteen aanbiedt.

In dat geval zal de aanbesteder mogelijk willen aansturen op het één-op-één communiceren met de inschrijver, waarbij het doel van die communicatie dan is: onderhandelen met het oogmerk te proberen de inschrijver zijn inschrijving te laten herzien.

In de navolgende paragrafen zal worden ingegaan op de vraag of en - zo ja - onder welke juridische randvoorwaarden aan de hiervoor beschreven behoefte tot één-op-één communiceren kan worden voorzien. Bij de beantwoording van die vraag wordt in de navolgende paragrafen een onderscheid gemaakt tussen de hoofdregel die voor bijna alle aanbestedingsprocedures geldt *(par. 4.3.6.2)* en voor de uitzondering op die hoofdregel die geldt in geval gebruik wordt gemaakt van een van de onderhandelingsprocedures *(par. 4.3.6.3)*.

4.3.6.2 Hoofdregel

Voor alle aanbestedingsprocedures geldt dat de aanbesteder na ontvangst van de inschrijving het initiatief mag nemen tot één-op-één communicatie met een inschrijver over de inhoud van diens inschrijving. Voor alle aanbestedingsprocedures - met uitzondering van de hierna nog te bespreken onderhandelingsprocedures, die ruimere mogelijkheden biedt - geldt echter dat die communicatie alleen kan plaatsvinden met het doel tot een verduidelijking van de inhoud van de inschrijving te komen, alsook tot een eventuele aanvulling daarvan. Dat dit aanbestedingsrechtelijk is toegestaan, kan worden afgeleid uit de Gemeenschappelijke Verklaring van de Raad en de Commissie:

Bron

(...) wel mogen er besprekingen met gegadigden of inschrijvers plaatsvinden, maar alleen met het oog op een verduidelijking of aanvulling van de inhoud van hun offerte, alsmede van de eisen van de aanbestedende diensten, en voor zover zulks geen discriminatie veroorzaakt.
Gemeenschappelijke Verklaring van de Raad en de Commissie bij art. 7 lid 4 Richtlijn 93/37/EG, de voorloper van de actuele Algemene Richtlijn.

Toelichting

Wat onder een 'verduidelijking' of 'aanvulling' van een inschrijving moet worden verstaan, komt meer uitvoerig aan de orde in hoofdstuk 12, par. 4.2.1. Op deze plaats wordt volstaan met de vaststelling dat de inhoud van een inschrijving in beginsel onderwerp mag zijn van één-op-één communicatie tussen de aanbesteder en de indiener van die inschrijving.

Een ingangsvoorwaarde die aan deze wijze van communiceren wordt gesteld, is dat sprake is van een geldige inschrijving die is ingediend door een gekwalificeerde inschrijver. Is daar namelijk geen sprake van, dan is het niet toegestaan één-op-één over de inschrijving te communiceren met het oog op 'verduidelijking' of 'aanvulling' daarvan.

Voorbeeld

Bij een aanbesteding van een RAW-bestek wordt een variant ingediend. Varianten zijn echter niet toegelaten. Het is de aanbesteder in zo'n geval niet toegestaan verduidelijking of aanvulling te vragen aangezien de inschrijving op voorhand al ongeldig is.

Voorbeeld

Bij een openbare aanbesteding waarbij gegund word op basis van de laagste prijs, blijkt de laagste inschrijver niet in staat de gevraagde referenties van uitgevoerde werken te kunnen overleggen. Het is de aanbesteder in zo'n geval niet toegestaan verduidelijking of aanvulling te vragen, aangezien de inschrijving van een niet gekwalificeerde inschrijver terzijde moet worden gelegd.

Is aan de gestelde ingangsvoorwaarden voldaan, dan geldt bovendien dat de communicatie met het oog op 'verduidelijking' of 'aanvulling' er niet toe mag leiden dat de inschrijving op fundamentele punten inhoudelijk wordt gewijzigd. Ook dat verbod vloeit voort uit de Gemeenschappelijke Verklaring.

Bron

De Raad en de Commissie verklaren dat, bij openbare en niet-openbare procedures, onderhandelingen met gegadigden of inschrijvers over fundamentele punten van de opdrachten waarvan wijziging de mededinging kan vervalsen, en met name over prijzen, uitgesloten zijn; (...)

Gemeenschappelijke Verklaring van de Raad en de Commissie bij art. 7 lid 4 Richtlijn 93/37/EG, de voorloper van de actuele Algemene Richtlijn. Zie ook art. 2.26.1, art. 3.28.1, art. 7.18.1, art. 10.6.1 ARW 2005

Het voorgaande betekent allereerst dat het 'aanvullen' van een op zichzelf reeds geldige inschrijving dus niet mag worden opgevat als 'aanpassen', 'herzien' of 'veranderen' van de inschrijving op fundamentele punten, maar dat het moet worden begrepen als 'concretiseren' van de inhoud daarvan. Een oplossingsrichting kan in een inschrijving volstrekt duidelijk zijn omschreven, zodat geen nadere verduidelijking nodig is, maar zich tegelijkertijd op een bepaald abstractieniveau bevinden. Zonder de kaders van de aangeboden oplossingsrichting te verlaten, is het de aanbesteder dan toegestaan om de inschrijver te vragen om - door aanvulling - die oplossingsrichting nader uit te werken.

Toelichting

Zie ook hoofdstuk 12, par. 4.2.1.

Voorbeeld

Bij de aanbesteding voor het ontwerp en de aanleg van een bergbezinkbassin geeft een inschrijver in zijn plan van aanpak aan dat hij deze van beton zal vervaardigen in het werk gestort. Hierdoor zal gedurende langere tijd grondwater onttrokken worden. In de vraagspecificatie is een eis opgenomen ten aanzien van de maximaal toegestane grondwaterverlaging. De aanbesteder mag de inschrijver vragen hoe deze aan de laatstbedoelde eis denkt te kunnen voldoen. Hierdoor krijgt de aanbesteder de zekerheid dat het werk ook conform de gestelde eisen uitvoerbaar is. Het is niet toegestaan het ontwerp aan te passen zodat aan de eis van maximaal toegestane grondwaterverlaging wordt voldaan.

De Gemeenschappelijke Verklaring ziet overigens niet op het één-op-één communiceren na ontvangst van de inschrijvingen in de context van een concurrentiegerichte dialoog. Toch geldt het uitgangspunt van die Verklaring ook voor die situatie.

Bron

Art. 29 lid 7 Algemene Richtlijn - Op verzoek van de aanbestedende dienst kan de inschrijver die is aangewezen als de economisch voordeligste verzocht worden aspecten van zijn inschrijving te verduidelijken of in de inschrijving vervatte verbintenissen te bevestigen, op voorwaarde dat dit de inhoudelijke aspecten van de inschrijving of van de oproep tot mededinging ongewijzigd laat en niet dreigt te leiden tot concurrentievervalsing of discriminatie.

Zie ook art. 29 lid 14 Bao en art. 4.29.3 jo. 4.27.1 ARW 2005.

Overigens is het zo dat er verschil bestaat tussen de Gemeenschappelijke Verklaring en art. 29 lid 7 Algemene Richtlijn, in de zin dat die bepaling zich vooral lijkt te beperken tot het bieden van de mogelijkheid via één-op-één communicatie tot een 'verduidelijking' van de inschrijving te komen en die verduidelijking bovendien alleen maar mag worden gevraagd van de inschrijver wiens inschrijving is aangewezen als de economisch meest voordelige. Art. 4.27.1 ARW 2005 brengt het met art. 29 lid 7 Algemene Richtlijn overeenstemmende art. 4.29.3 ARW 2005 overigens nagenoeg in lijn met de inhoud van de Gemeenschappelijke Verklaring.

Op grond van het voorafgaande kan worden geconcludeerd dat bij de in deze paragraaf besproken aanbestedingsprocedures het een aanbesteder is toegestaan om één-op-één te communiceren met het oog op een verduidelijking en/of een nadere uitwerking van de inhoud van een ontvangen inschrijving. Het is in dat verband echter verboden om een inschrijver in staat te stellen de kaders van diens op zichzelf genomen geldige inschrijving te verlaten.

4.3.6.3 Uitzondering: onderhandelingsprocedures

Ook ingeval de aanbesteder gebruik maakt van de onderhandelingsprocedures, kan hij na ontvangst van de inschrijving het initiatief nemen tot één-op-één communicatie met een inschrijver over de inhoud van diens inschrijving. Het verschil met de andere aanbestedingsprocedures is echter dat die communicatie nu niet meer alleen in het teken behoeft te staan van een verduidelijking of nadere uitwerking van de inhoud van de inschrijving. Het doel van de communicatie mag nu namelijk ook zijn: onderhandelen met het oogmerk te proberen de inschrijver zijn inschrijving te laten herzien.

Bron

Art. 30 lid 2 Algemene Richtlijn - In de in lid 1 bedoelde gevallen onderhandelen de aanbestedende diensten met de inschrijvers over de door de inschrijvers ingediende inschrijvingen, teneinde deze aan te passen aan de eisen die zij in de aankondiging van de opdracht, het bestek en de eventuele aanvullende documenten hebben gesteld, en teneinde het beste bod in de zin van art. 53, lid 1, te zoeken.

Zie ook art. 30 lid 3 Bao, art. 5.29.1 en art. 6.26.1 ARW 2005

Het is uiteindelijk zelfs toegestaan een inschrijver door middel van het voeren van onderhandelingen te bewegen tot het wijzigen van diens inschrijving op fundamentele punten, in de zin dat de kaders van de oorspronkelijke inschrijving als het ware worden verlaten. De juridische grens ligt uiteindelijk natuurlijk bij de kaders die door de eisen van de vraagspecificatie worden gesteld. De onderhandelingen over de wijziging van de inschrijving mogen er immers niet toe leiden dat buiten die kaders wordt getreden.

Voorbeeld

Bij de aanbesteding van een DBFMO-contract voor een stationsgebouw krijgt de markt veel vrijheid ten aanzien van de vormgeving van het gebouw. 'Architectonische en ruimtelijke kwaliteit geldt als een belangrijk criterium in het kader van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Eén van de inschrijvingen betreft een gebouw met glazen wandpanelen hetgeen de aanbesteder bijzonder aanspreekt. De plaatsing van de kolommen staat de aanbesteder echter niet aan. Hij probeert vervolgens de inschrijver via onderhandelingen te bewegen tot aanpassing van zijn ontwerp zodat er geen kolommen in de ontvangsthal zullen staan. In zo'n geval is het niet toegestaan de eisen in de vraagspecificatie zodanig aan te passen dat het plaatsen van kolommen in de ontvangsthal niet (meer) is toegelaten.

Doordat de één-op-één onderhandelingen de aanbesteder en de marktpartij in staat stellen te onderhandelen over de eventuele wijziging van de inschrijving, hebben zij daarmee tevens de gelegenheid die inschrijving goed af te stemmen op de inhoud van de eisen van de vraagspecificatie. Een onwrikbare randvoorwaarde waar de aanbesteder zich echter aan moet houden, is dat hij de inschrijvers gelijkelijk behandelt door alle inschrijvers tijdens de bilaterale onderhandelingen te voorzien van dezelfde informatie.

Bron

Art. 30 lid 3 Algemene Richtlijn - Tijdens de onderhandelingen waarborgen de aanbestedende diensten de gelijke behandeling van alle inschrijvers. Met name geven zij geen - discriminerende - informatie die sommige inschrijvers kan bevoordelen boven andere.

Zie ook art. 30 lid 4 Bao, art. 5.29.3 en art. 6.26.2 ARW 2005

Voorbeeld

Bij de aanbesteding van een DBFMO-contract voor een stationsgebouw attendeert de aanbesteder een van de inschrijvers op het feit dat zich regelmatig gevallen van vandalisme voordoen in de omgeving van het huidige stationsgebouw. Vandalisme is een risico voor het type glazen wandpanelen zoals voorzien in de inschrijving van de betreffende inschrijver. Door middel van onderhandelingen probeert de aanbesteder - binnen de kaders van de vraagspecificatie - met de inschrijver tot keuzes te komen waarmee het risico van beschadiging van de glazen wandpanelen als gevolg van vandalisme zoveel mogelijk kan worden beheerst. De informatie terzake het risico van vandalisme dient ook aan andere inschrijvers te worden medegedeeld. Het bij de uiteindelijke contractpartij van de aanbesteder te leggen exploitatierisico brengt immers met zich mee dat die informatie relevant is voor alle inschrijvers. Het is echter niet toegestaan om het type glazen wandpaneel te communiceren naar andere inschrijvers.

In het verlengde van het voorafgaande ligt de verplichting van de aanbesteder om zich te onthouden van het verstrekken van informatie, die hij enkel en alleen kan hebben verworven op basis van (onderhandelingen die zijn gevoerd over) de ene inschrijving, aan een andere inschrijver in het kader van de onderhandelingen die hij met die ander voert.

Toelichting

Art. 6 Algemene Richtlijn - Onverminderd het bepaalde in deze richtlijn, - Artikel 6, met name in artikel 35, lid 4 en artikel 41 over de plichten inzake de bekendmaking van gegunde overheidsopdrachten en informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers -, en met inachtneming van de nationale wetgeving waaronder hij valt, maakt een aanbestedende dienst de informatie die hem door een economisch subject als vertrouwelijk is verstrekt niet bekend; hieronder vallen met name fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijvingen.

Zie ook art. 13 lid 2 Richtlijn Nutssectoren, art. 6 Bao en art. 12 lid 2 Bass. Zie eerder ook par. 4.1 hierboven.

Het feit dat een aanbesteder tijdens de onderhandelingen met de ene inschrijver bepaalde inzichten heeft verworven op grond van informatie die hij heeft verkregen van die inschrijver, betekent overigens niet dat hij die inzichten niet zou kunnen gebruiken bij het voeren van onderhandelingen met een andere inschrijver. De juridische grens wordt echter overschreden daar waar het delen van die inzichten met een andere inschrijver er de facto toe zou leiden dat die ander de beschikking krijgt over informatie die als vertrouwelijk moet worden beschouwd.

Voorbeeld

In het kader van de aanbesteding van een DBFMO-contract voor een sporthal wordt door een van de inschrijvers een inschrijving ingediend die er in voorziet dat het dak van de sporthal aan een uitwendige staalconstructie zal komen te hangen, zodat er geen kolommen in de hal komen te staan. Dit spreekt de aanbesteder om meerdere redenen bijzonder aan. Het is in zo'n geval toegestaan dat de aanbesteder met andere inschrijvers onderhandelt over de mogelijkheid van een uitwendige staalconstructie voorzover dit een gebruikelijke oplossing is. Het is echter niet toegestaan het specifieke type ophangconstructie dat de ene inschrijver voor ogen heeft, met andere inschrijvers te delen.

Het onderhandelingsproces kan vormvrij geschieden, maar dat proces alsook de uitkomsten daarvan moeten wel door de aanbesteder in een proces-verbaal worden vastgelegd.

Bron

Zie art. 5.29.4 en art. 6.26.3 ARW 2005.

Dat proces-verbaal wordt door de aanbesteder alleen toegestuurd aan de gegadigde met wie de in het proces-verbaal vastgelegde onderhandelingen hebben plaatsgevonden.

5 Doelmatig één-op-één communiceren

5.1 Vertrekpunt

Binnen de juridische randvoorwaarden zoals die staan omschreven in par. 4 is de aanbesteder vrij om tijdens een aanbestedingsproces één-op-één te communiceren met individuele marktpartijen, gegadigden of inschrijvers. De te beantwoorden vervolgvraag is nu, hoe de aanbesteder binnen die juridische kaders het beste te werk zou kunnen gaan vanuit een oogpunt van doelmatigheid.

Toelichting

\Een vraag die hier niet aan de orde komt, is welke mogelijkheden tot één-op-één communiceren de aanbesteder in het concrete geval eigenlijk zou moeten willen om tot een zo optimaal mogelijke procesinrichting te komen. Die vraag moet namelijk worden beantwoord in wisselwerking met de beantwoording van vragen als: welke bouworganisatievorm zou de aanbesteder het beste kunnen hanteren?; welke mate van oplossingsvrijheid zou hij in het verlengde daarvan via de vraagspecificatie aan de markt dienen te verlenen?; welke contractvorm sluit daar het beste bij aan?; welke aanbestedingsprocedure is om die reden geïndiceerd? Zie in dit verband met name hoofdstuk 8, par. 6.2 en par. 6.4. De mogelijkheden die een aanbesteder uiteindelijk tot zijn beschikking heeft wat betreft het één-op-één communiceren met een individuele marktpartij, gegadigde of inschrijver vanaf het moment dat de aanbestedingsprocedure is gestart, hangt uiteindelijk sterk af van het type procedure dat wordt gehanteerd.

De vraag naar doelmatig één-op-één communiceren zal in *par. 5.2* worden beantwoord voor zover dergelijke communicatie plaatsvindt voorafgaande aan de start van een aanbestedingsprocedure. In *par. 5.3* komt vervolgens aan bod hoe het proces van één-op-één communicatie vanuit een optiek van doelmatigheid het beste zou kunnen worden ingericht tijdens de aanbestedingsprocedure.

5.2 Doelmatig één-op-één communiceren voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure

Een aanbesteder kan er vanuit een oogpunt van doelmatigheid belang bij hebben in een zo vroeg mogelijk stadium van het aanbestedingsproces - nog voordat de aanbestedingsprocedure formeel van start gaat en soms zelfs voordat hij een aantal belangrijke keuzes heeft gemaakt, bijvoorbeeld ten aanzien van de te hanteren bouworganisatievorm - met één of meer marktpartijen te communiceren over de voorgenomen bouwopdracht. Dat is een uitgangspunt dat hier niet ter discussie staat: binnen de grenzen van hetgeen aanbestedingsrechtelijk toelaatbaar is, zou een aanbesteder zoveel mogelijk moeten proberen te organiseren dat hij input vanuit de markt ontvangt teneinde het aanbestedingsproces vooraf zo doelmatig mogelijk te kunnen inrichten.

Toelichting

Uiteindelijk komt het neer op het adagium: "Twee weten meer dan een". Door de kennis en ervaring van de markt reeds in de voorfase te betrekken, kan de aanbesteder in de eerste plaats zijn eigen oplossingsrichtingen en ideeën toetsen bij marktpartijen in een fase waarin deze informatie nog kan worden gebruikt in de besluitvorming. Hij kan daarnaast ook op nieuwe en betere ideeën worden gebracht. Voorts is het zo dat het uitwisselen van informatie vóórdat de aanbestedingsprocedure wordt gestart, vragen en onduidelijkheden tijdens de procedure zelf kan wegnemen.

Er zijn verschillende modaliteiten denkbaar om de markt reeds voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure bij het aanbestedingsproces te betrekken.

Toelichting

Zie allereerst de in par. 4.2.2 t/m 4.2.4 besproken modaliteiten: (i) marktconsultatie; (ii) een marktpartij bij het opstellen van de vraagspecificatie betrekken; (iii) Eigen Initiatief. Daarnaast zou ook kunnen worden gedacht aan een zogenoemde ideeëncompetitie of aan andere vormen van prijsvragen.

Al deze modaliteiten zijn in principe uitstekend geschikt om de aanbesteder in het concrete geval in staat te stellen het aanbestedingsproces nog doelmatiger in te richten dan hij zou kunnen doen wanneer hij de markt niet reeds in de voorfase zou betrekken.

Toelichting

Van geval tot geval zal overigens moeten worden nagegaan welke specifieke modaliteit het beste aansluit bij de behoeften van de aanbesteder in het concrete geval. Zo zou een aanbesteder bijvoorbeeld met behulp van de criteria die staan opgenomen in de 'Werkwijzer Marktconsultatie' kunnen nagaan of het uitvoeren van een marktconsultatie een voor het concrete geval geschikte modaliteit is (zie: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Werkwijzer Marktconsultatie 2006, blz. 8 e.v.).

Wat een aanbesteder zich echter zal moeten realiseren wanneer hij gebruik maakt van een van de genoemde modaliteiten, is het volgende. Één-op-één communiceren met een marktpartij voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure kan onder omstandigheden tot gevolg hebben dat die marktpartij moet worden uitgesloten van deelname aan de uiteindelijke aanbestedingsprocedure.

Toelichting

Zie in dit verband par. 4.2.2 t/m 4.2.4 hierboven. Dat zal in beginsel moeten gebeuren wanneer zo'n marktpartij als gevolg van informatie, die hij in de voorfase heeft verkregen, in een bevoordeelde positie komt te verkeren ten opzichte van andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure. De enige manier om dit te voorkomen, is de informatievoorsprong van de betreffende marktpartij te neutraliseren. Dat kan gebeuren door de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure (alsnog) van dezelfde informatie te voorzien als die welke de marktpartij met de kennisvoorsprong tijdens de voorfase heeft verkregen.

In sommige gevallen zal dat niet problematisch zijn, wanneer de aanbesteder en de betrokken marktpartij er niet van uit zijn gegaan dat de marktpartij zou deelnemen aan de aanbestedingsprocedure.

Voorbeeld

De aanbesteder schakelt in de voorfase een adviseur in bij het opstellen van de vraagspecificatie. De adviseur is zelf helemaal niet geoutilleerd om de bouwopdracht uit te voeren en partijen zijn er dan ook stilzwijgend van uitgegaan dat de adviseur niet aan de aanbestedingsprocedure zou deelnemen.

Maar in andere gevallen zal een marktpartij juist wel de intentie hebben om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure en tegen die achtergrond betrokken willen worden in de voorfase. Ook voor de aanbesteder zelf kan dat uiteindelijk voordelig zijn.

Voorbeeld

Een aanbesteder schakelt een installatiebedrijf in voor advisering over varianten op een revisieplan van bedrijfsgebonden installaties. Dit installatiebedrijf is vanzelfsprekend ook in staat om de uiteindelijke installatiewerkzaamheden uit te voeren.

Teneinde geen enkel misverstand te laten bestaan over de intenties van alle betrokkenen, doet de aanbesteder er dan ook verstandig aan om voorafgaande aan de start van het communicatieproces te bewerkstelligen dat de positie van de deelnemende marktpartijen helder wordt. Het is onverstandig om dat communicatieproces 'open' in te gaan, waardevolle informatie uit de markt te halen om vervolgens de marktpartijen te verrassen met de mededeling dat alle resultaten van het communicatieproces openbaar zullen worden gemaakt. Vooraf dient duidelijk te zijn of een marktpartij die in de voorfase wordt betrokken de handen vrij wil hebben om later aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen. Als dat namelijk de positie is die zo'n marktpartij wenst in te nemen, dan moet het communicatieproces daar vervolgens op worden afgestemd.

Toelichting

In de kern komt het dan neer op een adequate schriftelijke verslaglegging van de inhoud van de informatie die aanbesteder en marktpartij met elkaar hebben uitgewisseld en openbaarmaking van die verslaglegging ten behoeve van alle marktpartijen die in de bouwopdracht zijn geïnteresseerd.

Ook overigens geldt voor alle modaliteiten dat een goede voorbereiding het halve werk is. Dat betekent dat de aanbesteder niet alleen voor zichzelf, maar ook voor de marktpartijen die deelnemen aan het communicatieproces vooraf duidelijk zal moeten maken hoe hij voornemens is het communicatieproces te organiseren en wat de doelstellingen van dat proces zijn.

Voorbeeld

Voorafgaande aan een marktconsultatie doet de aanbesteder er verstandig aan een plan van aanpak te formuleren, waarin staat uitgewerkt:

- *aanleiding en achtergrond van de marktconsultatie;*
- *doel van de marktconsultatie;*
- *aanpak van de marktconsultatie;*
- *planning en eventuele fasering;*
- *projectorganisatie van de marktconsultatie;*
- *verwachte inspanningen bij aanbesteder en marktpartijen (tijd en kosten);*
- *verdere procedure na afronding;*
- *communicatie rond de marktconsultatie;*
- *wijze van evalueren.*

Zie: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Werkwijzer Marktconsultatie 2006, blz. 18. e.v.

De onderwerpen waarover vervolgens inhoudelijk van gedachten wordt gewisseld en de wijze waarop dat in het concrete geval het beste kan gebeuren, hangen sterk af van het doel dat de aanbesteder met het communicatieproces voor ogen heeft gegeven de fase waarin het aanbestedingsproces zich bevindt.

Toelichting

Bevindt het proces zich in een al wat verder gevorderd stadium en gaat het de aanbesteder er vooral om zijn eigen oplossingsrichtingen en ideeën te toetsen bij de markt? Of is er nog ruimte om mogelijke oplossingsrichtingen en ideeën mee te nemen die de markt zelf zou kunnen aandragen? Of is het vooral de bedoeling om bij wijze van laatste check de concept-vraagspecificatie aan de markt voor te leggen met de bedoeling vragen en onduidelijkheden over de daarin opgenomen eisen tijdens de aanbestedingsprocedure zoveel mogelijk te voorkomen?

Afhankelijk van deze en andere omstandigheden van het geval kan het geëigend zijn om soms met meerdere marktpartijen tegelijk van gedachten te wisselen, terwijl er ook gevallen denkbaar zijn waarin het meer voor de hand ligt om slechts met één partij te communiceren.

Voorbeeld

Een aanbesteder is voornemens een innovatieve manier van wegbewijzering aan te besteden. Voordat hij dat gaat doen, wil hij eerst de visie van een aantal marktpartijen horen ten aanzien van zijn voornemen.

Voorbeeld

Een aanbesteder speelt met de gedachte een bestaande installatie uit te breiden. Hij besluit de leverancier - tevens installateur - van de bestaande installatie in dat kader om informatie te vragen.

Aanbevolen wordt om bij de inrichting en uitvoering van het communicatieproces binnen de verschillende modaliteiten zoveel mogelijk gebruik te maken van de daarvoor ontwikkelde leidraden en standaarden.

Toelichting

Bij het inrichten en uitvoeren van een marktconsultatie kan het beste zoveel mogelijk gebruik worden gemaakt van de 'Werkwijzer Marktconsultatie' (zie: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Werkwijzer Marktconsultatie 2006, blz. 15. e.v.). Voor wat betreft het communicatieproces in het kader van een Eigen Initiatief kan het beste gebruik worden gemaakt van: Unsollicited Proposals. Handleiding voor Eigen Initiatieven in de bouw in het (semi-)publieke domein, Gouda: Regieraad Bouw 2006.

5.3 Doelmatig één-op-één communiceren tijdens een aanbestedingsprocedure

5.3.1 Verduidelijken van de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen, eventuele selectiecriterium, het gunningscriterium en de eisen van de vraagspecificatie

De bekendgemaakte uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen, eventuele selectiecriteria, het gunningscriterium alsook de eisen van de vraagspecificatie kunnen mogelijk aanleiding geven tot onduidelijkheid bij een marktpartij die voornemens is zich als gegadigde aan te melden of een inschrijving in te dienen. In zo'n geval is het toegestaan dat de marktpartij de aanbesteder benadert met de vraag of de bekendgemaakte gronden, eisen en/of criteria kunnen worden verduidelijkt. Juridisch gezien zijn er geen beletselen voor de aanbesteder om die vragen te beantwoorden, vooropgesteld dat hij de gestelde vragen en de antwoorden ook doet toekomen aan de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure en de antwoorden niet leiden tot (wezenlijke) wijzigingen.

Toelichting

Zie eerder par. 4.3.2 en par. 4.4.4.

Een aanbesteder doet er verstandig aan de door een marktpartij gestelde vragen duidelijk en adequaat te beantwoorden in een nota van inlichtingen.

Voorbeeld

Een aanbesteder heeft een uit verschillende documenten bestaande vraagspecificatie door middel van een aanbesteding in de markt gezet. In het ene document staat dat van een maatvoering moet worden uitgegaan die niet consistent is met de in een ander document genoemde maatvoering. Hier is sprake van een kennelijke vergissing. Een van de inschrijvers vraagt de aanbesteder van welke maatvoering moet worden uitgegaan. In zo'n geval kan niet worden volstaan met het antwoord dat de inschrijver de keuze terzake de maatvoering maar zelf moet maken, of met het antwoord dat de vraagspecificatie duidelijk is. De aanbesteder zal moeten aangeven welke van de twee in de vraagspecificatie aangegeven maatvoeringen gehandhaafd blijft en welke als vervallen kan worden beschouwd.

Duidelijke en adequate antwoorden zijn in de eerste plaats in het belang van de marktpartij, die immers een voldoende geïnformeerde beslissing moet kunnen nemen over de verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure. Daarmee is ook het belang van de aanbesteder zelf gediend. Het door de marktpartij kunnen nemen van een geïnformeerde beslissing tot deelname draagt er in de regel immers toe bij dat het verdere verloop van het aanbestedingsproces zo veel mogelijk in de lijn van de verwachtingen van alle betrokkenen zal kunnen plaatsvinden.

5.3.2 Verduidelijken van de aanmelding als gegadigde

Marktpartijen die zich als gegadigde aanmelden voor een aanbestedingsprocedure, moeten in dat kader informatie overleggen ten einde de aanbesteder in staat te stellen een beoordeling uit te voeren op basis van de vooraf gestelde uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria.

Toelichting

Zie in dit verband hoofdstuk 10, par. 4.1.4, par. 4.2.5 en par. 4.3.5.

De inhoud van de in dat kader door een gegadigde overlegde informatie kan vervolgens aanleiding geven tot onduidelijkheid bij de aanbesteder die de hierboven bedoelde beoordeling uitvoert. In zo'n geval mag is het de aanbesteder toegestaan die gegadigde te vragen die onduidelijkheid op te helderen.

Toelichting

Zie eerder par. 4.3.3.

Een aanbesteder doet er verstandig aan doelmatig gebruik te maken van deze mogelijkheid en alleen díe verduidelijkende informatie te vragen die echt nodig is om de beoordeling in het licht van de gestelde uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria te faciliteren.

Voorbeeld

Het door een aanbesteder navragen bij een gegadigde of inschrijver of ook echt alle referentiewerken zijn opgegeven, ziet op informatie die niet nodig is voor verduidelijking.

Voorbeeld

Een voorbeeld van het opvragen van informatie die nodig kan zijn voor verduidelijking betreft het opvragen van ontbrekende of slecht leesbare bladzijden van selectiestukken die voor herstel vatbaar zijn, zoals het uittreksel van de Kamer van Koophandel, een jaarverslag etcetera.

Het vragen van andere - onnodige - informatie leidt tot een onnodige verzwaring van de met het aanbestedingsproces gemoeide administratieve lasten. Dat doet uiteindelijk afbreuk aan de belangen van alle bij het aanbestedingsproces betrokken partijen.

5.3.3 Aanpassen van de eisen in de vraagspecificatie al dan niet in relatie tot een voorgenomen inschrijving

5.3.3.1 Hoofdregel

Het één-op-één communiceren tussen aanbesteder en een marktpartij, met het oog op een verduidelijking van de eisen in de vraagspecificatie, kwam hierboven reeds aan de orde in *par. 5.3.1*. De drie hierboven geschetste situaties liggen feitelijk sterk in elkaars verlengde. Partijen kunnen echter ook andere motieven hebben om voorafgaande aan de inschrijving met elkaar te communiceren.

Toelichting

Zie voor deze motieven par. 4.3.5.1. In die paragraaf zijn wat dat betreft een aantal in elkaars verlengde liggende situaties onderscheiden, waarvoor vervolgens de vraag is gesteld - en beantwoord in par. 4.3.5.2 en par. 4.3.5.3 - of het is toegestaan dat een aanbesteder en een marktpartij één-op-één met elkaar communiceren over de inhoud van de vraagspecificatie - al dan niet in samenhang met de door die marktpartij voorgenomen inschrijving - tegen de achtergrond van een mogelijke aanpassing van de vraagspecificatie en/of de voorgenomen inschrijving.

Voor alle aanbestedingsprocedures - met uitzondering van de concurrentiegerichte dialoog - geldt echter dat de communicatiemogelijkheden juridisch beperkt zijn tot het stellen van vragen door de marktpartij over de eisen van de vraagspecificatie en dat de aanbesteder in dat verband niet meer mag doen dan het beantwoorden van die vragen.

Toelichting

Het is vooral belangrijk dat aanbesteders zich realiseren dat zij in hun antwoorden op de gestelde vragen er geen blijk van mogen geven in welke mate een voorgenomen oplossingsrichting van een marktpartij aan de gestelde eisen beantwoordt. Het is al helemaal niet toegestaan om de marktpartij te informeren hoe hij in de ogen van de aanbesteder diens voorgenomen oplossingsrichting het beste zou kunnen inrichten en/of aanpassen teneinde zo optimaal mogelijk te voldoen aan de eisen van de vraagspecificatie.

In p*ar. 4.3.5.2* is echter uitvoerig toegelicht en geïllustreerd dat deze beperkingen er niet aan in de weg behoeven te staan dat de aanbesteder en een individuele marktpartij voorafgaande aan de inschrijving een verbetering van (de afstemming tussen) de vraagspecificatie en de voorgenomen inschrijving kunnen bewerkstelligen. Die communicatie dient dan echter wel op gang te worden gebracht door de marktpartij door het stellen van vragen.

Aanbesteders worden sterk geadviseerd de marktpartijen die deelnemen aan een aanbestedingsprocedure nadrukkelijk te wijzen op het gebruik van de mogelijkheid tot het stellen van vragen als instrument om tot de hierboven bedoelde verbeteringen te komen. Dat is vanuit een oogpunt van doelmatigheid met name wenselijk wanneer de aanbestedingsprocedure wordt gebruikt voor het in de markt zetten van een vraagspecificatie die de markt een ruime mate van oplossingsvrijheid geeft en die geënt is op een variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm (D&B, DBM, DBFM, DBFMO) of de alliantievorm.

Bron

Zie hierover ook hoofdstuk 8, par. 6.4.

In die gevallen kunnen zowel de aanbesteder als de betrokken marktpartij zoals gezegd voordelen proberen te behalen door over de eisen van de vraagspecificatie te communiceren - op de aangegeven wijze - in het licht van de oplossingsrichting waarmee de marktpartij voornemens is in te schrijven.

Voorbeeld

De mogelijkheid om vertrouwelijk nadere inlichtingen te vragen bevordert innovatie, omdat de gegadigde nadere inlichtingen kan vragen over zijn innovatieve oplossing zonder het risico te lopen dat zijn concurrenten daar ten onrechte van profiteren (zie: Toelichting op art. 3.19.1, art. 5.19.1, art. 6.16.1 en art. 7.9.1 ARW 2005).

Het operationeel maken van het communicatieproces is niet eenvoudig, met name omdat de aanbesteder zich strikt moet beperken tot het beantwoorden van vragen die door de marktpartij worden gesteld. Het communicatieproces kan daardoor een statisch en onnatuurlijk karakter krijgen. Om toch het maximale resultaat uit dat proces te halen, wordt geadviseerd dat proces te faciliteren door gebruik te maken van de Leidraad Aanbesteden van Geïntegreerde Contracten, in het bijzonder door bijlage 7 van die Leidraad ('Protocol individuele informatie-uitwisseling'). Een goede illustratie biedt art. 3 lid 1 van dat protocol:

Bron

3.1. De individuele informatie-uitwisseling moet een optimale afstemming tussen inschrijving en vraagspecificatie mogelijk maken. De informatie-uitwisseling wordt evenwel beperkt tot het volgende:

a. de interpretatie van de vraagspecificatie/ aanbestedingstukken: een abstracte formulering van de vraagspecificatie en het stellen van functionele eisen kan met zich meebrengen dat de inschrijver en de aanbesteder de vraagspecificatie verschillend kunnen interpreteren. Gesignaleerde onduidelijkheden worden door de aanbesteder aan alle gegadigden kenbaar gemaakt (dit wordt vermeld in het verslag onder algemene informatie).

b. kenbaar maken van risico's:
   1. benoemen van risico's ten behoeve van de verdeling van die risico's. De aanbesteder dient de risico's te benoemen die voortkomen uit de (risicovolle) interacties tussen vraagspecificatie en omgevingsfactoren en heeft deze kenbaar gemaakt aan alle gegadigden (opgenomen in de desbetreffende Annex/ vraagspecificatie). Eventuele onvolledigheden in deze aan de vraag gerelateerde risico's moet de inschrijver melden en worden door de aanbesteder alsnog aan de andere gegadigden kenbaar gemaakt (dit wordt vermeld in het verslag onder algemene informatie);
   2. de inschrijver moet vanuit eigen deskundigheid de risicoinventarisatie completeren met de risico's die samenhangen met de door hem gekozen oplossingsrichting (risicovolle interacties tussen aanbieding en omgevingsfactoren) en deze kenbaar maken. Deze informatie wordt door de aanbesteder vertrouwelijk behandeld en niet kenbaar gemaakt aan de andere gegadigden. De aanbesteder kan aangeven dat - gegeven het project - bepaalde risico's niet acceptabel zijn.

c. globaal inzicht geven van de oplossingsrichtingen door gegadigde; de aanbesteder krijgt hiermee een indruk van mogelijke oplossingsrichtingen. Oplossingsrichtingen die voor de aanbesteder 'niet haalbaar' zijn, zullen als zodanig worden gekenmerkt door de aanbesteder. Deze informatie wordt door de aanbesteder vertrouwelijk behandeld en niet kenbaar gemaakt aan de andere gegadigden.

5.3.3.2 Uitzondering: concurrentiegerichte dialoog

In afwijking op de in *par. 5.3.3.1* besproken hoofdregel bestaat er binnen de dialoogronde(s) van de concurrentiegerichte dialoog een (nog) ruimere mogelijkheid voor de aanbesteder om met een individuele marktpartij één-op-één te communiceren over de eisen van de vraagspecificatie, de voorgenomen inschrijving en hun onderlinge afstemming. De aanbesteder mag nu ook zelf het initiatief daartoe nemen en behoeft zich daarenboven niet meer te beperken tot het beantwoorden van vragen.

Toelichting

Zie hierboven ook par. 4.3.5.3.

Voorzover de aanbesteder in het concrete geval gebruik mag maken van de concurrentiegerichte dialoog, wordt sterk aanbevolen dat hij de maximale communicatiemogelijkheden benut die binnen een dialoogronde bestaan om tot een zo optimaal mogelijke afstemming tussen de eisen van de vraagspecificatie en de voorgenomen inschrijving te komen.

Toelichting

Zie overigens hoofdstuk 8, par. 5.2.2 voor wat betreft de mogelijkheden tot toepassing van de concurrentiegerichte dialoog.

De aanbesteder doet er bovendien verstandig aan, niet alleen voor zichzelf maar ook voor de gegadigden die deelnemen aan de dialoogrondes, vooraf duidelijk te maken hoe hij voornemens is het communicatieproces tijdens die dialoogrondes te organiseren en aan te geven welke doelstellingen hij daarmee wil realiseren.

5.3.4 Verduidelijken en wijzigen van de inschrijving

5.3.4.1 Hoofdregel

Indien de aanbesteder een inschrijving ontvangt die op onderdelen onduidelijk is, heeft hij juridisch gezien de ruimte om de betreffende inschrijver te vragen die onduidelijkheid op te helderen.

Toelichting

Zie par. 4.3.6.2 hierboven.

Een aanbesteder doet er verstandig aan doelmatig gebruik te maken van deze mogelijkheid en alleen díe verduidelijkende informatie te vragen die echt nodig is om de beoordeling van de inschrijving in het licht van het gunningscriterium mogelijk te maken.

Voorbeeld

Van informatie die niet nodig is voor verduidelijking is bijvoorbeeld sprake ingeval van het opvragen door de aanbesteder van de offerte van een toeleverancier, terwijl de inschrijving is opgesteld op basis van een gedetailleerde vraagspecificatie.

Voorbeeld

Wanneer een aanbesteder een abstracte vraagspecificatie in de markt heeft gezet, kan het geëigend zijn om te vragen of de output specificatie van het door een inschrijver voorgestelde installatieonderdeel voldoet aan de in vraagspecificatie gestelde eisen.

Het vragen van andere - onnodige - informatie leidt tot een onnodige verzwaring van de met het aanbestedingsproces gemoeide administratieve lasten en wordt dan ook ten stelligste afgeraden. Het risico bestaan namelijk dat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de belangen van alle bij het aanbestedingsproces betrokken partijen.

Behalve dat de aanbesteder mag vragen om verduidelijking, is het in het verlengde daarvan ook toegestaan de inschrijver te verzoeken diens inschrijving op onderdelen nader te concretiseren, zonder dat daarbij overigens de kaders van de inschrijving mogen worden verlaten.

Toelichting

Zie ook hier par. 4.3.6.2 hierboven.

Het vragen van deze concretisering kán nodig zijn om de inschrijving beter te kunnen beoordelen in het licht van het gestelde gunningscriterium, doch dat behoeft niet altijd het geval te zijn.

Voorbeeld

Dat is bijvoorbeeld niet nodig wanneer een aanbesteder in het kader van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving een bepaald gewicht toekent aan het criterium 'bouwtijdverkorting' en de inschrijver met zijn inschrijving laat zien tot een versnelling van de bouwtijd te kunnen komen zonder dat de inschrijving daarmee 'abnormaal' wordt. In zo'n geval is het voor de beoordeling van de inschrijving niet relevant te vragen hoe inschrijver de aangeboden verkorting van de bouwtijd precies denkt te behalen.

Voorbeeld

Het vragen om concretisering van de inschrijving in het licht van de beoordeling daarvan kan weer wel nodig zijn in het volgende geval. In het kader van de renovatie van het liftsysteem van een gebouw voorziet het plan van aanpak van een inschrijver er in dat de in totaal beschikbare liftcapaciteit in de periode van maandag t/m vrijdag tussen 07.30 tot 18.30 uur voor 50% benut zal kunnen blijven worden. Het te renoveren gebouw bevat 6 liften. De aanbesteder vraagt zich af of de inschrijver het voornemen heeft om elke dag gedurende de aangegeven periode maximaal 3 liften buiten werking te stellen, of dat het plan de ruimte biedt om op sommige momenten de liftengroep volledig buiten werking te stellen en op andere momenten weer volledig in werking te stellen. Hij zou de inschrijver kunnen vragen diens plan van aanpak op dit punt te concretiseren.

Ook hier past onder omstandigheden dus terughoudendheid van de aanbesteder. Het binnen de kaders van een inschrijving nader laten uitwerken van die inschrijving vergt extra investeringen. Die investeringen behoeven niet altijd een toegevoegde waarde op te leveren wat betreft het doel dat de inschrijving in deze fase van het aanbestedingsproces in de eerste plaats heeft: de aanbesteder in staat te stellen diens beoordeling van de inschrijvingen op basis van het gestelde gunningscriterium uit te voeren.

Behalve het vragen om een verduidelijking en een eventuele uitwerking van de inhoud van een inschrijving, is verdere één-op-één communicatie over de inschrijving niet mogelijk.

Voorbeeld

Zie voor een uitzondering hierna par. 5.3.4.2 waarin de onderhandelingsprocedures aan bod komen.

Dat betekent dat een aanbesteder die niet tevreden is over het inschrijvingsresultaat, in beginsel geen andere keuze heeft dan de bouwopdracht hetzij te gunnen aan de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen, hetzij de aanbestedingsprocedure te annuleren en eventueel een gewijzigde bouwopdracht opnieuw aan te besteden of - ingeval zich tevens het geval voordoet dat de aanbesteder alleen maar onregelmatige, onaanvaardbare of ongeschikte inschrijvingen heeft ontvangen - over te stappen op een van de onderhandelingsprocedures. Het antwoord op de vraag welke optie in het concrete geval voor hem het meest doelmatig zal uitpakken, gegeven de beslissingen hij in die context eventueel verder nog kan nemen, komt nog meer uitvoerig ter sprake in hoofdstuk 12.

5.3.4.2 Uitzondering: onderhandelingsprocedures

Anders dan bij de andere aanbestedingsprocedures, behoeft de één-op-één communicatie over de inschrijving bij de onderhandelingsprocedures niet meer alleen in het teken te staan van een verduidelijking of nadere uitwerking van de inhoud van de inschrijving. Het doel van de communicatie mag nu namelijk ook zijn: onderhandelen, eventueel met een wijziging van de inschrijving tot gevolg. Een belangrijke juridische randvoorwaarde is echter dat de kaders van de vraagspecificatie niet mogen worden verlaten.

> ***Toelichting***
>
> *Zie par. 4.3.6.3.*

Het moge duidelijk zijn dat aanbesteder en inschrijver hier een grote mate van ruimte hebben om één-op-één met elkaar te communiceren na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen. Voorzover de aanbesteder in het concrete geval gebruik mag maken van een van de onderhandelingsprocedures, wordt sterk aanbevolen dat hij die ruimte maximaal benut om tot een zo optimaal mogelijke afstemming van de inschrijving op de eisen van de vraagspecificatie te komen.

> ***Toelichting***
>
> *Zie overigens hoofdstuk 8, par. 5.2.3 en 5.2.4 voor wat betreft de mogelijkheden tot toepassing van de onderhandelingsprocedures.*

Het wordt sterk aanbevolen dat de aanbesteder vooraf duidelijk maakt voor zichzelf en voor de inschrijvers hoe hij voornemens is het communicatieproces tijdens de onderhandelingen na de inschrijving te organiseren gegeven de doelstellingen die hij daarmee wil realiseren.

Hoe de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectie-criteria te formuleren, bekend te maken en toe te passen?

10

Managementsamenvatting

Wat is het doel van dit hoofdstuk?

- **Voor de meeste aanbestedingsprocedures geldt dat aanbesteders uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventueel ook de selectiecriteria zullen hanteren. Het doel van dit hoofdstuk is aanbesteders te helpen bij de in dat kader te nemen beslissingen .**

Wat wordt verstaan onder 'uitsluitingsgronden', 'geschiktheidseisen' en 'selectiecriteria'?

- **Uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria zijn alle te beschouwen als maatstaven die betrekking hebben op de kwalitatieve beoordeling en selectie van gegadigden en inschrijvers die aan een aanbestedingsprocedure deelnemen.**
- **Uitsluitingsgronden zien op omstandigheden die de (persoon van de) gegadigde of inschrijver betreffen en die diens uitsluiting van deelname aan een aanbestedingprocedure *in het algemeen* kunnen rechtvaardigen. In de context van de Europese aanbestedingsrichtlijnen wordt een onderscheid gemaakt tussen de zogenoemde 'dwingende' en 'facultatieve' uitsluitingsgronden. Dwingende uitsluitingsgronden zien op de professionele integriteit van de gegadigden of inschrijvers die aan een aanbestedingsprocedure (willen) deelnemen en hebben betrekking op zeer ernstige vormen van economische criminaliteit. Facultatieve uitsluitingsgronden hebben betrekking op de kredietwaardigheid en professionele integriteit van gegadigden en inschrijvers, op de nakoming van hun verplichtingen uit hoofde van fiscale en sociale zekerheidswetgeving en op hun betrouwbaarheid in het algemeen.**
- **Kwalitatieve geschiktheidseisen zijn eisen van kwalitatieve aard waaraan een gegadigde of inschrijver *ten minste* moet voldoen om voor (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure *in het concreet voorliggende geval* in aanmerking te komen.**
- **Het gebruik van selectiecriteria kan vervolgens aan de orde zijn bij aanbestedingsprocedures andere dan de openbare procedure, wanneer de aanbesteder de omvang van het aantal tot de inschrijving uit te nodigen *gegadigden* wenst te beperken tot een bepaald maximum.**
- **Uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria moeten worden onderscheiden van de in hoofdstuk 11 nog te bespreken 'gunningscriteria'. Gunningscriteria hebben betrekking op de eigenschappen van de inschrijving, terwijl de in dit hoofdstuk te bespreken uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria betrekking hebben op de eigenschappen van de gegadigde of inschrijver.**

Aan welke juridische randvoorwaarden is een aanbesteder gebonden bij het hanteren van uitsluitingsgronden?

- **Een aanbesteder die een aanbestedingsprocedure moet volgen op grond van een Europese aanbestedingsrichtlijn *moet* in dat geval de dwingende uitsluitingsgronden hanteren. Hij *mag* dat doen ten aanzien van de zogenoemde facultatieve uitsluitingsgronden. Heeft een aanbesteder eenmaal in de aankondiging van de opdracht bekendgemaakt dat hij voornemens is een of meer van de facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren, dan moet hij die vervolgens ook daadwerkelijk toepassen. Zonder zo'n voorafgaande aankondiging mag hij ze niet toepassen. Eenmaal bekendgemaakte facultatieve uitsluitingsgronden kunnen tussentijds niet worden gewijzigd wanneer de aanbesteder inmiddels kennis heeft genomen van de identiteit van een of meer van de marktpartijen die aan de aanbestedingsprocedure (willen) deelnemen.**
- **Een aanbesteder moet zich voor wat betreft de formulering van de te hanteren uitsluitingsgronden houden aan de in de Richtlijnen gebruikte formuleringen. Binnen de te onderscheiden facultatieve uitsluitingsgronden mag hij wel een aantal van de daarin gebruikte open begrippen - zoals 'delict in strijd met zijn beroepsgedragsregels' en 'nadere fout' - nader invullen. Het gebruik van deze bevoegdheid wordt echter begrensd door de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.**
- **Om te kunnen beoordelen of een gegadigde of inschrijver in het licht van de gestelde uitsluitingsgronden van (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure moet worden uitgesloten, mag de aanbesteder alleen die bewijsmiddelen van gegadigden of inschrijvers verlangen die staan vermeld in de Richtlijnen, het Bao en het ARW 2005.**
- **Voor Rijksdiensten die op grond van de Algemene Richtlijn tot aanbesteden verplicht zijn, geldt een bijzondere regeling op grond van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren van 2004, zoals gewijzigd in 2005. Zij moeten namelijk - naast de dwingende uitsluitingsgronden - ook de 'facultatieve' uitsluitingsgronden van toepassing verklaren wanneer zij op grond van de Algemene Richtlijn tot aanbesteden verplicht zijn. In de BIBOB-Beleidsregels is bovendien dwingend vastgelegd hoe zij dan de in de facultatieve uitsluitingsgronden gebruikte open begrippen - zoals 'delict in strijd met zijn beroepsgedragsregels' en 'nadere fout' - nader moeten invullen. Voor hen geldt voorts nog de verplichting om in het kader van de beoordeling op basis van de uitsluitingsgronden eerst een zogenoemde 'eigen verklaring' van gegadigden of inschrijvers te vragen, alvorens zij van gegadigden of inschrijvers mogen verlangen de hierboven genoemde bewijsmiddelen over te leggen. Gesteld dat zij vervolgens op basis van een beoordeling van de overlegde bewijsmiddelen aanwijzingen hebben dat een gegadigde of inschrijver mogelijk moet worden uitgesloten, maar zij over onvoldoende informatie beschikken om die conclusie te kunnen onderbouwen, zijn zij verplicht om een advies te vragen aan het Bureau BIBOB. Hij kan dat advies vervolgens laten meewegen in zijn beslissing of de betreffende gegadigde of inschrijver wordt uitgesloten.**

- **Wanneer een aanbesteder niet tot aanbesteden verplicht is of wanneer zo'n verplichting niet uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen voortvloeit en de aanbesteder toch de dwingende en/of facultatieve uitsluitingsgronden zou willen hanteren, dan mag hij dat alleen doen nadat hij dat voornemen vooraf in de aankondiging van de opdracht heeft bekendgemaakt.**

Welke aanbevelingen kunnen vanuit een oogpunt van doelmatigheid worden gedaan wat betreft het hanteren van uitsluitingsgronden?

- **Wanneer een aanbesteder een aanbestedingsprocedure volgt en hij niet verplicht is dwingende en/of facultatieve uitsluitingsgronden te hanteren, zal hij er soms verstandig aan doen die gronden toch van toepassing te verklaren. De Leidraad bevat op dit punt een aantal gezichtspunten die een aanbesteder in zo'n geval in zijn overwegingen zou kunnen betrekken.**
- **Aanbesteders die de facultatieve '(c)-grond' en '(d)-grond' van toepassing verklaren, doen er uit een oogpunt van doelmatigheid - standaardisatie, kostenefficiency - verstandig aan de in die gronden gebruikte begrippen 'delict in strijd met zijn beroepsgedragsregels' en 'ernstige fout' zoveel mogelijk in te vullen met behulp van de artikelen 5 en 6 van de BIBOB-Beleidsregels. Rijksaanbesteders die een bouwopdracht op grond van de Algemene Richtlijn moeten aanbesteden, zijn al verplicht dat te doen.**
- **Andere aanbesteders dan Rijksaanbesteders worden bovendien ten zeerste geadviseerd in hun aanbestedingsbeleid zoveel mogelijk aan te sluiten bij de regeling in de BIBOB-Beleidsregels wat betreft de praktijk van het vragen om 'eigen verklaringen'. Ook zouden zij alleen nadere bewijsmiddelen moeten vragen van de vijf gegadigden of inschrijvers die het meest in aanmerking komen voor uitvoering van de bouwopdracht respectievelijk een uitnodiging tot inschrijving te krijgen.**
- **Of het voor andere aanbesteders verstandig is gebruik te maken van het (alleen voor Rijksaanbesteders verplichte) BIBOB-instrumentarium, kunnen zij van geval tot geval nagaan via de website van het Ministerie van Justitie.**

Aan welke juridische randvoorwaarden is een aanbesteder gebonden bij het hanteren van kwalitatieve geschiktheidseisen?

- **Een aanbesteder is niet verplicht tot het hanteren van geschiktheidseisen: Hij kan dat doen, maar het hoeft niet.**
- **Aanbesteders die verplicht zijn tot het volgen van een aanbestedingsprocedure op grond van de Algemene Richtlijn, of die om een andere reden verplicht dan wel onverplicht besluiten het ARW 2005 op een door hen te volgen aanbestedingsprocedure van toepassing te verklaren, mogen in dat kader alleen maar geschiktheidseisen stellen ten aanzien van de economische en financiële draagkracht en ten aanzien van de technische en/of de beroepsbekwaamheid.**
- **Wat betreft de inhoud van de door een aanbesteder te stellen geschiktheidseisen, gelden de navolgende juridische randvoorwaarden. De geschiktheidseisen moeten op een begrijpelijke en eenduidige wijze zijn geformuleerd. Bovendien moet de aanbesteder het proportionaliteitsbeginsel in acht nemen en mogen er alleen geschiktheidseisen worden gesteld voorzover die verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Een aanbesteder mag met de formulering van een geschiktheidseis een gegadigde of inschrijver voorts niet beperken in zijn mogelijkheden om een beroep te doen op de draagkracht en bekwaamheid van andere natuurlijke of rechtspersonen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die natuurlijke of rechtspersonen. In het verlengde hiervan mag een aanbesteder evenmin een gegadigde of inschrijver die uit een samenwerkingsverband van ondernemingen bestaat beperken in zijn mogelijkheden om een beroep te doen op de draagkracht en bekwaamheid van de ondernemingen die tot het samenwerkingsverband behoren.**

- **Het is een aanbesteder niet toegestaan de geschiktheidseisen nog te wijzigen of aan te vullen na de aankondiging, wanneer hij eenmaal kennis heeft genomen van de identiteit van een of meer van de marktpartijen die aan de aanbestedingsprocedure willen deelnemen.**
- **Om te kunnen beoordelen of een gegadigde of inschrijver in het licht van de gestelde geschiktheidseisen van (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure moet worden uitgesloten, mag de aanbesteder alleen die bewijsmiddelen van gegadigden of inschrijvers verlangen die staan vermeld in de Richtlijnen, het Bao en het ARW 2005.**

Welke aanbevelingen kunnen vanuit een oogpunt van doelmatigheid worden gedaan wat betreft het hanteren van geschiktheidseisen?

- **Aanbesteders zijn niet verplicht kwalitatieve geschiktheidseisen van toepassing te verklaren, maar zij doen er verstandig aan dat toch zoveel mogelijk te doen. Dat sluit ook aan bij de huidige aanbestedingspraktijk in de bouw.**
- **Daarbij geldt dan overigens als uitgangspunt dat het er uiteindelijk om gaat dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over het stellen van geschiktheidseisen en dat hij zich daarbij met name dient te realiseren wat nu eigenlijk de voor de realisatie van het concrete project benodigde kerncompetenties (zouden moeten) zijn.**
- **Het is in zijn algemeenheid niet mogelijk om op voorhand zeer concrete regels aan aanbesteders mee te geven met behulp waarvan zij geschiktheidseisen zouden kunnen formuleren die per definitie proportioneel zijn. Het lijkt echter wel mogelijk - zij het in zeer algemene zin - om aan te geven in welke gevallen een aanbesteder zich in de regel in de 'veilige zone' zal bevinden met de door hem gestelde geschiktheidseisen.**
- **Als mogelijk te hanteren gezichtspunten kunnen in dit verband de volgende worden genoemd. Als regel zal de hoogte van een referentiewerk mogen worden vastgesteld op maximaal 60% van de raming van de aanbestede opdracht. Een omzeteis die zich bevindt binnen de bandbreedte 0%-200% zal in de regel als proportioneel mogen worden beschouwd. Wat betreft het stellen van ervaringseisen ligt de grens in de jurisprudentie op dit moment bij drie referentiewerken. Het vragen om minder dan drie referenties wordt over het algemeen in de jurisprudentie als proportioneel beschouwd.**
- **De voorgaande gezichtspunten zijn niet meer en niet minder dan gezichtspunten. Aanbesteders kunnen vanzelfsprekend tot een afwijkend beleidsoordeel komen wanneer zij daarvoor goede redenen hebben. Of een geschiktheidseis proportioneel is, hangt uiteindelijk immers af van de specifieke kenmerken van de aanbestede bouwopdracht en van het doel dat de aanbesteder met het stellen van de eis voor ogen heeft.**
- **Het vragen om eigen verklaringen in het licht van de toepassing van door de aanbesteder gestelde (en bekendgemaakte) kwalitatieve geschiktheidseisen wordt door aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving niet verplicht. Aanbesteders worden echter uit een oogpunt van doelmatigheid ten zeerste geadviseerd om in hun aanbestedingsbeleid zoveel mogelijk uit te gaan van de praktijk van het gebruik van eigen verklaringen.**

Aan welke juridische randvoorwaarden is een aanbesteder gebonden bij het hanteren van selectiecriteria?

- **Een aanbesteder is bevoegd - niet verplicht - om bij aanbestedingsprocedures andere dan de openbare procedure tot een selectie van het aantal tot inschrijving - of, ingeval van de concurrentiegerichte dialoog: tot deelname aan de dialoogronde - uit te nodigen gegadigden over te gaan.**
- **Wanneer een aanbesteder van die bevoegdheid gebruik maakt, is hij verplicht de selectie uit te voeren op basis van objectieve en niet-discriminerende criteria of regels.**
- **Er bestaan verschillende mogelijkheden om tot selectie te komen. Welke methode een aanbeste-**

der uiteindelijk ook kiest, hij is verplicht die methode en de in dat verband eventueel te gebruiken selectiecriteria op een begrijpelijke en eenduidige wijze te formuleren. De toets die de criteria en de methode moeten kunnen doorstaan, is dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden of inschrijvers voorafgaande aan hun besluit tot deelname aan de aanbestedingsprocedure in staat zijn die criteria en methode op dezelfde wijze te interpreteren.

- **Een aanbesteder *moet* vooraf het minimumaantal geschikte gegadigden vaststellen dat hij ten minste zou willen uitnodigen. Hij *mag* vooraf een maximum vaststellen, maar is dat niet verplicht. Op grond van de toepasselijke aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving kunnen overigens grenzen zijn gesteld aan het minimumaantal dat de aanbesteder mag stellen.**
- **Een aanbesteder kan de selectiemethode, de selectiecriteria en het gestelde minimum- en maximumaantal niet meer wijzigen wanneer de gegadigden zich hebben aangemeld en hun identiteit bij de aanbesteder bekend is.**
- **Wanneer blijkt dat het aantal geschikte gegadigden lager ligt dan het minimumaantal dat de aanbesteder vooraf heeft gesteld, mag hij dat lagere aantal uitnodigen zelfs wanneer er maar één geschikte gegadigde blijkt te zijn.**
- **Wanneer de aanbesteder vooraf een minimumaantal uit te nodigen gegadigden heeft gesteld doch geen maximumaantal en er blijken zich meer geschikte gegadigden te hebben gemeld dan het gestelde minimumaantal, moet hij alle geschikte gegadigden uitnodigen.**
- **Wanneer de aanbesteder vooraf wél een maximumaantal uit te nodigen gegadigden heeft gesteld - naast een minimumaantal - en het aantal daadwerkelijk geschikte gegadigden blijkt hoger te liggen dan dat maximumaantal, is hij verplicht met behulp van de gestelde selectiecriteria en selectiemethode het aantal uit te nodigen geschikte gegadigden te 'shortlisten' tot het gestelde maximumaantal. Niet meer en niet minder.**
- **Wanneer het aantal daadwerkelijk geschikte gegadigden hoger blijkt te liggen dan het vooraf gestelde minimumaantal, doch lager dan het vooraf gestelde maximumaantal, is de aanbesteder verplicht alle geschikte gegadigden uit te nodigen.**

Welke aanbevelingen kunnen vanuit een oogpunt van doelmatigheid worden gedaan wat betreft het hanteren van selectiecriteria?

- **De beslissing van de aanbesteder om tot een nadere selectie te komen van de uit te nodigen gegadigden hangt nauw samen met zijn beslissing om hetzij voor de openbare, hetzij voor gebruikmaking van één van de niet-openbare procedures te kiezen. In hoofdstuk 8, *par. 6.5* staat aangegeven door welke overwegingen een aanbesteder zich in dat kader het beste zou kunnen laten leiden.**
- **Er bestaan zoals gezegd verschillende methoden om tot nadere selectie te komen. De in de praktijk meest gebruikte methode is die waarbij de aanbesteder eerst een beoordeling uitvoert op basis van kwalitatieve geschiktheidseisen als afzonderlijke minimumeisen. Indien er dan meer geschikte gegadigden overblijven dan het in de aankondiging aangegeven maximumaantal, gaat de aanbesteder bij deze methode over tot een nadere selectie op basis van *inhoudelijke* selectiecriteria waarmee hij een rangorde kan vaststellen - in afnemende volgorde van geschiktheid - van alle gegadigden die geschikt blijken te zijn.**
- **De mogelijkheid van loten is juridisch dus weliswaar toegestaan, maar valt in de praktijk vaak af als een minder gewaardeerde methode. Een in de praktijk meer gewaardeerde methode is die waarbij een nadere selectie plaatsvindt op basis van de mate waarin wordt voldaan aan de gestelde geschiktheidseisen ten aanzien van de voor het project benodigde competenties.**

1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt tot uitgangspunt genomen dat de aanbesteder bepaalde beslissingen heeft genomen - dan wel overweegt die te nemen - met betrekking tot:

- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm;
- de aankondiging;
- de aanbestedingsprocedure;
- het gunningscriterium.

Voor de meeste aanbestedingsprocedures geldt dat de aanbesteder in aansluiting op en in samenhang met deze beslissingen ook beslissingen nemen ten aanzien van de uitsluitingsgronden, de kwalitatieve geschiktheidseisen en eventueel ook de selectiecriteria.

Toelichting

Met behulp van de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria wordt in het kader van de niet-openbare aanbestedingsprocedures vastgesteld welke gegadigden voor het doen van een inschrijving of - ingeval van de concurrentiegerichte dialoog - tot de zogenoemde dialoogronde worden uitgenodigd. Zie voor een korte beschrijving van die aanbestedingsprocedures hoofdstuk 8, par. 4.3 (niet-openbare procedure), par. 4.4 (concurrentiegerichte dialoog), par. 4.5 (onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking) en par. 4.8 (concessieovereenkomst voor openbare werken).

Bij de openbare procedure vindt een vergelijkbare beoordeling - maar dan ten aanzien van de inschrijvers - alleen plaats op basis van de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve geschiktheidseisen, zie hoofdstuk 8, par. 4.2. Alleen de inschrijvingen van de inschrijvers die niet worden uitgesloten en die zich kwalificeren, komen vervolgens in aanmerking voor beoordeling in het licht van het gestelde gunningscriterium, zie ook hoofdstuk 11, par. 4.5.1. Bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (hoofdstuk 8, par. 4.6) hebben de uitsluitingsgronden en kwalitatieve geschiktheidseisen een enigszins vergelijkbare functie. Bij de onderhandse procedure (hoofdstuk 8, par. 4.7) hebben de uitsluitingsgronden die functie ook.

Bij de overige aanbestedingsprocedures is het nemen van beslissingen in het kader van de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria niet aan de orde, par. 4.9 (raamovereenkomst met een enkele ondernemer) en par. 4.10 (raamovereenkomst met meerdere ondernemers).

De vraag welke uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria de aanbesteder het beste zou kunnen kiezen en hoe hij bij de uitwerking en toepassing daarvan overigens te werk moet te gaan, dient te worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daarbij zal dan ook moeten worden gelet op de beslissingen die de aanbesteder heeft genomen of overweegt te nemen ten aanzien van andere belangrijke aspecten van het aanbestedingsproces. Zie hierna ook par. 3.

Het doel van dit hoofdstuk is aanbesteders te helpen bij het nemen van die beslissingen. Daartoe zal eerst duidelijk worden gemaakt wat in de Leidraad wordt verstaan onder de begrippen 'uitsluitingsgronden', 'geschiktheidseisen' en 'selectiecriteria' en hoe die begrippen zich tot elkaar verhouden gegeven hun functie in de context van een aanbestedingsprocedure *(par. 2)*. Vervolgens komt de vraag aan de orde waarom het belangrijk is dat een aanbesteder zijn beslissingen terzake uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria in het concrete geval goed doordenkt *(par. 3)*.

Daarna wordt ingegaan op de juridische randvoorwaarden waarbinnen hij dat zal moeten doen (*par. 4)* en door welke overwegingen van doelmatigheid hij zich binnen het kader van die randvoorwaarden overigens nog zou moeten laten leiden bij het nemen van zijn beslissingen *(par. 5)*.

2 Wat zijn 'uitsluitingsgronden', 'geschiktheidseisen' en 'selectiecriteria'?

Uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria zijn alle te beschouwen als maatstaven die betrekking hebben op de kwalitatieve beoordeling en selectie van gegadigden en inschrijvers die aan een aanbestedingsprocedure deelnemen.

Bron

Zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 215.

Uitsluitingsgronden zien op omstandigheden die de (persoon van de) gegadigde of inschrijver betreffen en die diens uitsluiting van deelname aan aanbestedingprocedures *in het algemeen* kunnen rechtvaardigen.

Voorbeeld

Een voorbeeld van zo'n omstandigheid treft men aan in art. 45 lid 1 sub a van de Algemene Richtlijn. Het betreft hier de omstandigheid dat tegen een bepaalde inschrijver bij onherroepelijk vonnis een veroordeling is uitgesproken vanwege deelname aan een criminele organisatie in de zin van art. 2, lid 1, van Gemeenschappelijk Optreden 98/773/JBZ van de Raad (PB 1998, L 351/1). Deze omstandigheid diskwalificeert de betreffende inschrijver niet alleen van deelname aan de aanbestedingsprocedure in het concrete geval, maar van deelname aan alle aanbestedingsprocedures die op grond van de Richtlijn plaatsvinden.

Kwalitatieve geschiktheidseisen zijn eisen van kwalitatieve aard waaraan een gegadigde of inschrijver *ten minste* moet voldoen om voor (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure *in het concreet voorliggende geval* in aanmerking te komen. In zoverre kan worden gezegd dat het gaat om *minimumeisen*.

Toelichting

Die minimumeisen zien dan bijvoorbeeld op de economische en financiële draagkracht waarover een gegadigde of inschrijver ten minste dient te beschikken. Die minimumeisen kunnen ook betrekking hebben op de technische en/of de beroepsbekwaamheid waarover een gegadigde of inschrijver in ieder geval moet beschikken, teneinde aan de procedure te kunnen blijven deelnemen. Zie hierover meer uitvoerig par. 4.2.

Voldoet een gegadigde of inschrijver vervolgens niet aan een of meer van deze minimumeisen, dan is hij niet geschikt voor de bouwopdracht *in het concreet* voorliggende geval en kwalificeert hij zich niet voor verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Toelichting

Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat hij eveneens ongeschikt is voor andere bouwopdrachten die onderwerp vormen van andere aanbestedingsprocedures. In zoverre onderscheiden kwalitatieve geschiktheidseisen zich van de in de vorige paragraaf besproken uitsluitingsgronden. Het niet voldoen aan kwalitatieve geschiktheidseisen houdt geen algemene diskwalificatie in van de betreffende gegadigde of inschrijver, maar heeft 'slechts' consequenties voor diens verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure in het concrete geval.

Het gebruik van selectiecriteria kan vervolgens aan de orde zijn wanneer de aanbesteder de omvang van het aantal tot de inschrijving uit te nodigen *gegadigden* wenst te beperken tot een bepaald maximum.

Toelichting

Zoals hierboven reeds bleek - en zoals hierna nog nader zal worden toegelicht in par. 4.3 - is het gebruik van selectiecriteria alleen mogelijk bij de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Aangezien geïnteresseerde marktpartijen zich bij die procedures eerst als gegadigden moeten aanmelden, worden selectiecriteria dus alleen gehanteerd om te bepalen of een gegadigde (verder) mag deelnemen aan de aanbestedingsprocedure in het concreet voorliggende geval. Nadere selectie van inschrijvers in het kader van een openbare procedure of enige andere aanbestedingsprocedure is niet mogelijk.

Voor de uitvoering van zo'n selectie worden in de praktijk verschillende methoden gebruikt. Bij de in de praktijk het meest gebruikte selectiemethode voert de aanbesteder eerst een beoordeling uit op basis van kwalitatieve geschiktheidseisen als afzonderlijke minimumeisen, zoals hierboven bedoeld. Indien er dan meer geschikte gegadigden overblijven dan het in de aankondiging aangegeven maximumaantal, gaat hij bij deze methode over tot een *nadere* selectie op basis van selectiecriteria. Dat zijn criteria aan de hand waarvan hij een rangorde kan vaststellen - in afnemende volgorde van geschiktheid - van alle gegadigden die geschikt blijken te zijn en die om die reden voor nadere selectie in aanmerking komen. Na toepassing van de nadere selectiecriteria nodigt de aanbesteder het aantal meest geschikte gegadigden uit tot inschrijving, corresponderend met het vooraf aangekondigde aantal.

Uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en selectiecriteria moeten worden onderscheiden van de in hoofdstuk 11 nog te bespreken 'gunningscriteria'. Gunningscriteria hebben betrekking op de eigenschappen van de inschrijving, terwijl de in dit hoofdstuk te bespreken uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en selectiecriteria betrekking hebben op de eigenschappen van de gegadigde of inschrijver.

Toelichting

Zie ook hoofdstuk 11, par. 4.2.1.2.

Een aanbesteder neemt in het kader van een aanbestedingsproces een aantal beslissingen ten aanzien van uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en soms ook ten aanzien van selectiecriteria. Hij zal zich bijvoorbeeld moeten afvragen of hij de omvang van het aantal inschrijvingen op voorhand tot een bepaald maximum zou willen beperken. Ook zal hij zich moeten beraden over de inhoud van de te hanteren uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en selectiecriteria en de wijze waarop hij die tijdens de aanbestedingsprocedure zal bekend maken en toepassen. Op elk van deze beslissingen zal in dit hoofdstuk worden ingegaan.

3 Waarom dienen beslissingen met betrekking tot uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria goed te zijn doordacht?

Het is al eerder opgemerkt dat een aanbesteder een bouwproces initieert met het oog op het bereiken van een bepaald resultaat. Om tot dat resultaat te komen, zal hij voor een bepaalde procesinrichting kiezen.

Toelichting

Zie hierover met name par. 2.1 en par. 3 van hoofdstuk 5. Het te bereiken resultaat kan worden omschreven in termen van kwaliteit, kosten en tijd, waarbij het ene aspect soms wat belangrijker voor de aanbesteder zal zijn dan het andere, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Het is bovendien al eerder gesignaleerd dat de aanbesteder daarbij met name goed zal moeten nadenken over de keuze van de bouworganisatievorm, de bijbehorende vraagspecificatie en de toe te passen contractvorm in het licht van de doelstellingen die hij voor ogen heeft.

Toelichting

Zie hoofdstuk 5, par. 2.1 en par. 3.1, hoofdstuk 6, par. 3 en hoofdstuk 7, par. 3. Zie daarnaast ook hoofdstuk 3, par. 2.10.

Beslissingen die de aanbesteder neemt met betrekking tot bouworganisatievorm, vraagspecificatie en contractvorm dienen onderling goed op elkaar te zijn afgestemd. Maar die beslissingen moeten ook goed zijn afgestemd op keuzes die de aanbesteder verder maakt ten aanzien van andere aspecten van het aanbestedingsproces. In dit hoofdstuk wordt dan met name gedacht aan de maatstaven die de aanbesteder wil hanteren in het kader van de kwalitatieve beoordeling en selectie van gegadigden en inschrijvers die aan een aanbestedingsprocedure deelnemen. Het is niet verstandig die maatstaven ondoordacht te bepalen. Gegeven de keuzes die zijn gemaakt met betrekking tot bouworganisatievorm, vraagspecificatie en contractvorm, zal de aanbesteder zich met name moeten afvragen wat nu eigenlijk de voor de realisatie van het concrete project benodigde kerncompetenties (zouden moeten) zijn. De uitkomst van die analyse zal uiteindelijk immers moeten worden vertaald in een aantal maatstaven die de aanbesteder vervolgens kan hanteren in het kader van de kwalitatieve beoordeling en selectie van gegadigden en inschrijvers.

Een andere reden om vooraf goed na te denken over de hiervoor bedoelde maatstaven voor de kwalitatieve beoordeling en selectie is dat het aanbestedingsrecht grenzen stelt aan het gebruik daarvan. Onduidelijke en/of disproportionele maatstaven kunnen strijdigheid opleveren met aanbestedingsrechtelijke beginselen en om die reden zelfs onderuit worden gehaald in een juridische procedure. Dat kan ertoe leiden dat de aanbesteder de aanbestedingsprocedure zal moeten annuleren en tot heraanbesteding van de bouwopdracht zal moeten overgaan, met alle onwenselijke gevolgen van dien. Dergelijke problemen kunnen meestal niet worden voorkomen door de maatstaven nog tijdens de aanbestedingsprocedure bij te stellen. Alle reden dus om die maatstaven voorafgaande aan de start van de procedure al goed te doordenken.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 Uitsluitingsgronden

4.1.1 Vertrekpunt

Uitsluitingsgronden hebben betrekking op omstandigheden die de (persoon van de) gegadigde of inschrijver betreffen en die zijn uitsluiting van deelname aan aanbestedingprocedures in het algemeen kunnen rechtvaardigen.

Bron

Zie par. 2 hierboven.

In de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving wordt een onderscheid gemaakt tussen zogenoemde 'dwingende' en 'facultatieve' uitsluitingsgronden. Dat onderscheid is afkomstig uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Een aanbesteder die een aanbestedingsprocedure toepast op grond van een verplichting die is gebaseerd op een Europese aanbestedingsrichtlijn moet de dwingende uitsluitingsgronden toepassen en mag dat doen ten aanzien van de facultatieve uitsluitingsgronden.

In *par. 4.1.2* volgt een korte toelichting op de verplichting van aanbesteders tot het gebruik van dwingende uitsluitingsgronden, terwijl in *par. 4.1.3* de juridische randvoorwaarden zullen worden verklaard. In *par. 4.1.4* zal vervolgens worden ingegaan op de juridische randvoorwaarden die aanbesteders in acht moeten nemen bij het feitelijk toepassen van zowel dwingende als facultatieve uitsluitingsgronden.

4.1.2 Dwingende uitsluitingsgronden

4.1.2.1 Overzicht

Dwingende uitsluitingsgronden zien op de professionele integriteit van de gegadigden of nschrijvers die aan een aanbestedingsprocedure (willen) deelnemen en hebben betrekking op zeer ernstige vormen van economische criminaliteit.

Bron

Art. 45 lid 1 Algemene Richtlijn verplicht de aanbesteder om iedere gegadigde of inschrijver uit te sluiten jegens wie bij een onherroepelijk vonnis een veroordeling om een of meer van de hieronder opgegeven redenen is uitgesproken, waarvan hij kennis heeft:

(a) deelneming aan een criminele organisatie in de zin van artikel 2, lid 1, van Gemeenschappelijk Optreden 98/773/JBZ van de Raad;

(b) omkoping in de zin van artikel 3, van het besluit van de Raad van 26 mei 1997, respectievelijk artikel 3 lid 1 van Gemeenschappelijk Optreden 98/742/JBZ van de Raad;

(c) fraude in de zin van artikel 1 van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap;

(d) witwassen van geld in de zin van artikel 1 van Richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.

Vergelijk ook art. 45 lid 1 Bao, dat aansluiting zoekt bij de bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht waarin de hierboven genoemde delicten zijn geregeld. Het ARW 2005 noemt zowel de delicten zoals ze staan opge-

somd in de Algemene Richtlijn, als hun Nederlandse 'vertaling' uit het Wetboek van Strafrecht, zie: art. 2.7.1 jo. 2.7.2, art. 3.7.1 jo. 3.7.2, art. 4.8.1 jo. 4.8.2, art. 5.8.1 jo. 5.8.2 en art. 6.5.1 jo. 6.5.2 ARW 2005.

Voor Rijksdiensten vloeit de verplichting tot het toepassen van de dwingende uitsluitingsgronden ook nog voort uit art. 2 van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren van 2004, zoals gewijzigd in 2005.

Een *verplichting* tot het hanteren van *dwingende* uitsluitingsgronden bestaat overigens alleen wanneer de aanbestedingsplicht voortvloeit uit de Algemene Richtlijn.

Toelichting

Zie in dit verband ook art. 54 lid 4 Richtlijn Nutssectoren en art. 55 lid 4 Bass, dat een aanbesteder de bevoegdheid geeft om de dwingende uitsluitingsgronden van de Algemene Richtlijn te hanteren.

De verplichting bestaat dus niet wanneer een aanbesteder een aanbestedingsprocedure hanteert op grond van een aanbestedingsplicht die enkel voortvloeit uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG of uit nationale wet- en regelgeving, zoals het BAW 2005 of een gemeentelijke dan wel provinciale verordening.

Toelichting

Voor Rijksdiensten vloeit zo'n verplichting in die situaties evenmin voort uit art. 2 van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren, omdat deze Beleidsregels voor het Rijk alleen van toepassing zijn wanneer de aanbestedingsplicht in het concrete geval voortvloeit uit de Algemene Richtlijn.

De aanbesteder *mag* de 'dwingende' uitsluitingsgronden in dergelijke situaties - facultatief - natuurlijk best gebruiken, maar hij zal zich dan vooraf moeten realiseren dat het ARW 2005 daar niet in voorziet, gesteld dat hij het ARW in zo'n geval verplicht dan wel vrijwillig op de aanbestedingsprocedure van toepassing verklaart.

Toelichting

In zo'n geval zal de aanbesteder dus vooraf een aanvullende regeling in de aanbestedingsdocumenten moeten treffen zodat een of meer van de dwingende uitsluitingsgronden ook kunnen worden gebruikt in situaties waarin de toepassing van een aanbestedingsprocedure niet voortvloeit uit een aanbestedingsplicht krachtens de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Voorbeeld

Een gemeente wenst onder toepasselijkheid van het ARW 2005 een werk openbaar aan te besteden waarvan de waarde ligt beneden het drempelbedrag van de Europese aanbestedingsrichtlijn. Zij wil bedrijven kunnen uitsluiten die zich schuldig hebben gemaakt aan omkoping. Omdat het ARW voor opdrachten beneden de drempel een veroordeling wegens omkoping niet als uitsluitingsgrond noemt, zal de gemeente de uitsluitingsgrond omkoping (met verwijzing naar het desbetreffende wetsartikel) afzonderlijk in de aankondiging moeten vermelden.

De dwingende uitsluitingsgronden vormen een gesloten stelsel. Dat betekent dat wanneer de aanbestedingsplicht van de aanbesteder voortvloeit uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen, hij geen andere dan de hierboven opgesomde dwingende uitsluitingsgronden mag hanteren.

Voorbeeld

Een provincie besteedt de verbreding en herinrichting van een weg aan, waarvan de waarde ruim boven het in de Algemene Richtlijn genoemde drempelbedrag ligt. Een groot deel van de toe te passen bouwstoffen worden aan de aannemer ter beschikking gesteld en vertegenwoordigen een behoorlijke waarde. Het is de provincie echter niet toegestaan om een gegadigde uit te sluiten die in het verleden veroordeeld is geweest voor verduistering. Dat delict is immers niet opgenomen in de opsomming van dwingende uitsluitingsgronden in de Algemene Richtlijn.

4.1.2.2 Afwijken van de verplichting tot gebruik dwingende uitsluitingsgronden

De verplichting tot het gebruik van dwingende uitsluitingsgronden zoals bedoeld in de vorige paragraaf, is niet absoluut. Het is de aanbesteder toegestaan af te wijken van die verplichting op grond van dwingende redenen van algemeen belang.

Bron

Zie art. 45 lid 1, derde alinea, Algemene Richtlijn en art. 45 lid 2 Bao. Zie ook art. 2.7.3, art. 3.7.3, art. 4.8.3, art. 5.8.3 en art. 6.5.3 ARW 2005.

Het gaat hier om het uitzonderlijke en daardoor tamelijk hypothetische geval dat voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure al duidelijk is dat een of meer dwingende uitsluitingsgronden van toepassing zijn op alle ondernemingen binnen een bepaalde sector. Dat zou dan als consequentie hebben dat al die ondernemingen uitgesloten zouden moeten worden als gevolg waarvan de aanbesteder in het concrete geval geen mogelijkheid zou hebben de bouwopdracht door middel van een aanbesteding op de markt te brengen.

Bron

Zie Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 219.

Voorbeeld

Stel dat de bedrijven, waaraan de NMa wegens hun betrokkenheid bij de zogenaamde bouwaffaire een boete oplegde, alle ook strafrechtelijk zouden zijn veroordeeld voor fraude (hetgeen in werkelijkheid niet het geval is). Een aanbesteder die een werk aanbesteedt, waarvan de waarde boven het drempelbedrag uit de Algemene Richtlijn ligt, zou om die reden echter nog niet kunnen afwijken van de verplichte toepassing van de dwingende 'fraude-uitsluitingsgrond'. Omdat lang niet alle bouwbedrijven immers zijn beboet en wegens fraude veroordeeld, mag worden aangenomen dat er voldoende concurrentie overblijft.

Aanbesteders zullen zich moeten realiseren dat van de bevoegdheid tot afwijking van de verplichte toepassing van dwingende uitsluitingsgronden in de praktijk niet snel gebruik zal kunnen worden gemaakt.

4.1.3 Facultatieve uitsluitingsgronden

4.1.3.1 Overzicht

Facultatieve uitsluitingsgronden hebben betrekking op de kredietwaardigheid en professionele integriteit van gegadigden en inschrijvers, op de nakoming van hun verplichtingen uit hoofde van fiscale en sociale zekerheidswetgeving en op hun betrouwbaarheid in het algemeen.

Bron

Art. 45 lid 2 Algemene Richtlijn, art. 45 lid 3 Bao, art. 2.7.4, art. 3.7.4, art. 4.8.4, art. 5.8.4, art. 6.5.4 en art. 7.3.1 ARW 2005 geven de aanbesteder de bevoegdheid om een gegadigde of inschrijver uit te sluiten:

(a) die in staat van faillissement of van liquidatie verkeert, wiens werkzaamheden zijn gestaakt, jegens wie een surséance van betaling of een akkoord geldt of die in een andere vergelijkbare toestand verkeert ingevolge een soortgelijke procedure die voorkomt in de op hem van toepassing zijnde wet- of regelgeving;
(b) wiens faillissement of liquidatie is aangevraagd of tegen wie een procedure van surséance van betaling of akkoord dan wel een andere soortgelijke procedure die voorkomt in de op hem van toepassing zijnde wet- of regelgeving, aanhangig is gemaakt;
(c) jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de op hem van toepassing zijnde wet- of regelgeving is gedaan, waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels;
(d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op een grond die de aanbesteder aannemelijk kan maken;
(e) die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van de sociale zekerheidsbijdragen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij is gevestigd of van Nederland;
(f) die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van zijn belastingen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij gevestigd is of van Nederland;
(g) die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die ingevolge aanbestedingsprocedures kunnen worden verlangd of die inlichtingen niet heeft verstrekt.

Zie ook art. 54 lid 4 Richtlijn Nutssectoren en art. 55 lid 4 Bass, dat een aanbesteder eveneens de bevoegdheid geeft om de facultatieve uitsluitingsgronden van de Algemene Richtlijn te hanteren. Art 54 lid 4 Richtlijn Nutssectoren verwijst weliswaar niet naar lid 2 van art. 45 lid 2 van de Algemene Richtlijn, maar dat is het gevolg van een kennelijke verschrijving gelet op de Engelse en Franse taalversie van de Richtlijn (zie: Zie Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 224).
De uitsluitingsgronden sub (a) en (b) hebben betrekking op de kredietwaardigheid, terwijl de gronden sub (c) en (d) zien op de professionele integriteit van gegadigden en inschrijvers. De gronden sub (e) en (f) houden verband met hun verplichtingen uit hoofde van fiscale en sociale zekerheidswetgeving, terwijl de uitsluitingsgrond sub (g) ziet op hun betrouwbaarheid in het algemeen. De sub (g) bedoelde 'inlichtingen die ingevolge aanbestedingsprocedure kunnen worden verlangd' ziet met name op inlichtingen die een gegadigde of inschrijver aan de aanbesteder moet verstrekken en die de aanbesteder in staat stellen de voor de toepassing van de (overige) uitsluitingsgronden, de kwalitatieve geschiktheidseisen en de eventuele selectiecriteria benodigde beoordelingen uit te voeren.

Wanneer een aanbesteder verplicht is een aanbestedingsprocedure te volgen op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, heeft hij in beginsel de bevoegdheid om de hierboven genoemde facultatieve uitsluitingsgronden te hanteren. Dat beginsel geldt overigens niet voor Rijksdiensten. Zij zijn namelijk verplicht om die 'facultatieve' uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren, althans wanneer het volgen van een aanbestedingsprocedure voor hen verplicht is op grond van de Algemene Richtlijn.

Bron

Zie art. 2 van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren van 2004, zoals gewijzigd in 2005.

Voor de hierboven bedoelde situatie dat een Rijksaanbesteder verplicht is de 'facultatieve' uitsluitingsgronden toe te passen - maar ook alleen voor die situatie - staan de eerder weergegeven facultatieve uitsluitingsgronden sub (c) en sub (d) nader uitgewerkt in de art. 5 en 6 van de Beleidsregels.

Op grond van art. 5 van de Beleidsregels zal dan sprake zijn van "strijd met de beroepsgedragsregels" ingeval van een of meer van de volgende delicten:
- *schending van geheimen als bedoeld in de artt. 272 en 273 WvSr;*
- *afpersing of afdreiging als bedoeld in de artt. 317 en 318 WvSr;*
- *oplichting al bedoeld in art. 326 WvSr;*
- *bedrog bij de bouw als bedoeld in art. 331 WvSr.*

Op grond van art. 6 van de Beleidsregels zal dan sprake zijn van een "ernstige fout" ingeval van een of meer van de volgende feiten:
- *het doen van een gift of belofte of het aanbieden van een dienst indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daarmee wordt beoogd iemand iets te laten doen wat in strijd is met zijn plicht;*
- *het vervalsen of valselijk opmaken van een geschrift dat bestemd is om tot bewijs van enig feit te dienen;*
- *het verstrekken van onjuiste gegevens of het ten onrechte niet verstrekken van juiste gegevens, indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daarmee wordt beoogd financieel voordeel te behalen;*
- *het handelen of nalaten waardoor de lichamelijke integriteit van werknemers of andere personen ernstig in gevaar wordt gebracht;*
- *het opgelegd hebben gekregen van een boete of last onder dwangsom in de zin van art. 56, lid 1, van de Mededingingswet;*
- *het in het kader van de uitvoering van een opdracht hebben begaan van een onrechtmatige daad waaruit ernstige schade is voortgevloeid;*

De in art. 6 opgesomde gedragingen moeten dan overigens wel plaatsvinden in het kader van de beroepsuitoefening om als een "ernstige fout" te kunnen worden gekwalificeerd.

Wanneer een aanbesteder facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing verklaart in het kader van een verplichte aanbestedingsprocedure op grond van een Europese aanbestedingsrichtlijn, mag hij geen andere facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing verklaren dan die welke in de Algemene Richtlijn staan. In die context vormen de facultatieve uitsluitingsgronden namelijk een gesloten stelsel.

Bron

Zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 220. Zie ook HvJ EG 9 februari 2006, zaken C-226/04 en C-228/04 (La Cascina), r.o. 22.

Voorbeeld

Bij de openbare aanbesteding van een werk, waarvan de waarde boven het drempelbedrag ligt van de Algemene Richtlijn, neemt de aanbestedende gemeente in de aankondiging op dat uitgesloten zullen worden die bedrijven die in strijd hebben gehandeld met een aan hen verleende milieuvergunning (er even van uitgaan de dat een dergelijke overtreding niet kan worden aangemerkt als een handelen in strijd met de beroepsgedragsregels, dan wel als een ernstige fout).

Het staat een aanbesteder natuurlijk vrij om facultatieve uitsluitingsgronden ook van toepassing te verklaren op een aanbestedingsprocedure, in die gevallen waarin hij zo'n procedure volgt zonder

dat een verplichting daartoe uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen volgt. Hier kan met name worden gedacht aan gevallen waarin een aanbestedingsprocedure wordt gevolgd op grond van een aanbestedingsplicht die voortvloeit uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG of op grond van nationale wet- en regelgeving.

Wanneer in die gevallen - verplicht dan wel onverplicht - ook het ARW 2005 van toepassing wordt verklaard op de aanbestedingsprocedure, mag de aanbesteder vervolgens geen andere facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing verklaren dan die welke in het ARW 2005 staan opgesomd.

Toelichting

Het ARW 2005 sluit op dit punt voor de 'nationale aanbestedingen' aan bij de lijst van facultatieve uitsluitingsgronden die ook mogen worden toegepast indien de aanbestedingsplicht voortvloeit uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Bij de onderhandse procedure is het overigens zo dat de bevoegdheid op grond van het ARW 2005 niet bestaat wanneer sprake is van een 'Europese aanbesteding', zie art. 7.3.1 ARW 2005.

Wanneer een Rijksdienst een bouwopdracht aanbesteedt anders dan op grond van een uit de Algemene Richtlijn voortvloeiende aanbestedingsplicht, zijn de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren niet van toepassing. Dat betekent dat in zo'n geval ook de nadere uitwerking die de artikelen 5 en 6 van de Beleidsregels geven aan de begrippen "delict in strijd met zijn beroepsgedragsregels" en aan "ernstige fout", niet van toepassing is.

Wanneer de aanbesteder in de hierboven geschetste gevallen echter besluit het ARW 2005 niet van toepassing te verklaren, kan hij in het concrete geval zelf bepalen of en welke facultatieve uitsluitingsgronden hij in het kader van de aanbestedingsprocedure gebruikt.

4.1.3.2 Formuleren van facultatieve uitsluitingsgronden

De vraag aan welke juridische randvoorwaarden uitsluitingsgronden inhoudelijk moeten voldoen, is in beginsel alleen relevant voorzover het om *facultatieve* uitsluitingsgronden gaat. Voor wat betreft de dwingende uitsluitingsgronden biedt de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving namelijk geen ruimte om voor een andere formulering te kiezen dan die welke de regels zelf bieden.

Bron

Zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 218.

Ten aanzien van de formulering van *facultatieve* uitsluitingsgronden bestaat die ruimte evenmin indien de aanbesteder een Rijksdienst is die op grond van de Algemene Richtlijn verplicht is een aanbestedingsprocedure te volgen.

Toelichting

In zo'n geval is een Rijksaanbesteder op grond van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren immers verplicht tot toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden zoals die staan omschreven in de Algemene Richtlijn en zoals die op onderdelen nader zijn uitgewerkt in de artikelen 5 en 6 van de Beleidsregels. Zie hiervoor ook par. 4.1.3.1.

Een aanbesteder heeft in een aantal gevallen echter wel enige ruimte om zelf de inhoudelijke formulering vast te stellen van de door hem van toepassing te verklaren facultatieve uitsluitingsgronden.

Toelichting

Zoals hierna nog in de hoofdtekst zal worden uitgewerkt, is die ruimte binnen bepaalde randvoorwaarden aanwezig in de volgende gevallen:

(i) op een aanbesteder - niet zijnde een Rijksdienst - rust een verplichting tot aanbesteden op grond van een Europese aanbestedingsrichtlijn. Wanneer die aanbesteder gebruik maakt van diens bevoegdheid een of meer van de facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren, zal hij zich moeten houden aan de formulering van die gronden zoals die staan opgenomen in de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving. Hij mag echter een aantal voor meerdere uitleg vatbare begrippen die in de facultatieve uitsluitingsgronden worden gebruikt, nader invullen;

(ii) op een aanbesteder - waarbij het óók om een Rijksdienst kan gaan - rust een verplichting tot aanbesteden. Die verplichting vloeit echter niet voort uit een Europese aanbestedingsrichtlijn. Wanneer die aanbesteder tevens verplicht is tot toepassing van het ARW 2005 - of wanneer hij daar vrijwillig voor kiest - heeft hij de bevoegdheid een of meer facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren. Wanneer hij van die bevoegdheid gebruik maakt, zal hij zich moeten houden aan de formulering van de gronden zoals die staan opgenomen in het ARW 2005. Ook in dat geval mag hij echter een aantal voor meerdere uitleg vatbare begrippen die in de facultatieve uitsluitingsgronden worden gebruikt, nader invullen.

In deze gevallen bestaat die ruimte er uit dat de aanbesteder zelf tot een nadere invulling mag komen van een aantal voor meerdere uitleg vatbare begrippen. Die begrippen worden gebruikt in de door hem van toepassing verklaarde facultatieve uitsluitingsgronden zoals die zijn vastgelegd in de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving. Het gaat hier met name om de begrippen 'delict in strijd met zijn beroepsgedragsregels' en 'ernstige fout'.

Bron

Zie ook Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 221-222.

Het gaat hier om begrippen die worden gebruikt in de facultatieve uitsluitingsgronden sub (c) en sub (d) van de volgende bepalingen: Art. 45 lid 2 Algemene Richtlijn, art. 45 lid 3 Bao, art. 2.7.4, art. 3.7.4, art. 4.8.4, art. 5.8.4, art. 6.5.4 en art. 7.3.1 ARW 2005.

Toelichting

De ruimte om die begrippen zelf door de aanbesteder te laten invullen is er, nu op dit moment immers geen nationale wet- en regelgeving bestaat die de in de facultatieve uitsluitingsgronden gebezigde begrippen nader invult. Regelgeving bestaat op dit punt zoals gezegd alleen ten aanzien van Rijksdiensten - in de vorm van Beleidsregels - voor de gevallen waarin zij moeten aanbesteden op grond van de Algemene Richtlijn.

Vooropgesteld dient te worden dat een aanbesteder, bij het nader invullen van deze begrippen, niet zodanig te werk mag gaan dat daardoor als het ware een nieuwe uitsluitingsgrond wordt gecreëerd. Dat zou immers strijdig zijn met het in *par. 4.1.3.1* besproken principe dat het stelsel van de facultatieve uitsluitingsgronden in de genoemde gevallen een gesloten stelsel is.

Voorbeeld

Een aanbesteder neemt in de aankondiging op dat ook die bedrijven zullen worden uitgesloten waarvan de directie onder andere bestaat uit een persoon die eerder directeur was van een bedrijf dat failliet is gegaan.

De bevoegdheid van de aanbesteder om de bedoelde begrippen nader in te vullen, wordt bovendien begrensd door de algemene beginselen van non-discriminatie en transparantie. Dat betekent dat de aanbesteder de begrippen reeds in de aankondiging van de bouwopdracht zodanig zal moeten invullen dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden of inschrijvers voorafgaande aan hun besluit tot deelname aan de aanbestedingsprocedure in staat zijn die begrippen op dezelfde wijze te interpreteren.

Voorbeeld

Een provincie houdt een openbare aanbesteding voor de aanleg aan van een vuilstortplaats, waarbij zij geen gebruik maakt van het ARW 2005. Toegestaan is dat zij in de aankondiging vermeldt dat van deelneming zullen worden uitgesloten bedrijven die in de uitoefening van hun beroep een ernstige fout hebben begaan, waar onder verstaan moet worden het door de NMa opgelegd hebben gekregen van een boete op grond van artikel 56, lid 1 van de Mededingingswet.

Voorbeeld

Niet toegestaan, want onduidelijk, is daarentegen het bij de bovengenoemde aanbesteding aangeven dat elke onderneming zal worden uitgesloten die bij de uitvoering van werken van de vraagspecificaties is afgeweken, dan wel op andere manier een bouwfout heeft begaan.

De aanbesteder zal bovendien het proportionaliteitsbeginsel in acht moeten nemen en de begrippen niet zodanig mogen invullen dat daardoor als het ware de mogelijkheid wordt gecreëerd een gegadigde of inschrijver uit te sluiten op grond van een omstandigheid die irrelevant moet worden beschouwd in het kader van de aanbestede bouwopdracht.

Voorbeeld

Toegestaan lijkt een uitsluitingsgrond die inhoudt dat van deelneming wordt uitgesloten een bedrijf dat in de afgelopen drie jaar een zodanige bouwfout heeft begaan dat daardoor werknemers of andere personen zijn overleden of gewond geraakt, dan wel dat als gevolg van die fout hun lichamelijke integriteit ernstig in gevaar is gebracht.

Voorbeeld

Niet toegestaan, want onvoldoende verband houdende met de aard van opdracht, is dat een aanbestedende dienst bepaalt dat van deelneming van de aanbesteding voor het uitvoeren van een werk worden uitgesloten bedrijven waarvan de directie in het verleden veroordeeld is geweest ter zake van een zedenmisdrijf.

Er kan tot slot nog één geval worden genoemd waarin een aanbesteder over een aanzienlijke ruimte beschikt om zelf de aard en inhoud van de van toepassing te verklaren facultatieve uitsluitingsgronden vast te stellen.

Toelichting

Het gaat hier om het volgende geval. Op een aanbesteder - niet zijnde een Rijksdienst - rust een verplichting tot aanbesteden. Die verplichting vloeit echter niet voort uit een Europese aanbestedingsrichtlijn. De aanbesteder is niet verplicht tot toepassing van het ARW 2005 en kiest daar ook vrijwillig niet voor. Deze aanbesteder is vrij om een of meer facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren en heeft in beginsel de vrijheid om zelf te bepalen hoe hij die formuleert.

Ook in dit specifieke geval zal de aanbesteder die overgaat tot het formuleren van uitsluitingsgronden zich moeten houden aan de hierboven geformuleerde aanbestedingsrechtelijke uitgangspunten. Dat houdt in dat hij de uitsluitingsgronden zodanig moet formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden of inschrijvers voorafgaande aan hun besluit tot deelname aan de aanbestedingsprocedure in staat zijn die begrippen op dezelfde wijze te interpreteren. Daarenboven zullen de uitsluitingsgronden moeten voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel.

4.1.3.3 Bekendmaken van facultatieve uitsluitingsgronden

Wanneer de aanbesteder verplicht is tot toepassing van de zogenoemde *dwingende* uitsluitingsgronden, behoeft hij de voorgenomen toepassing van die gronden niet vooraf bekend te maken.

Toelichting

Zie voor deze uitsluitingsgronden par. 4.1.2.1 hierboven. Alleen wanneer de aanbesteder de toepasselijkheid van dwingende uitsluitingsgronden zou willen uitsluiten - zie par. 4.1.2.2 - zal hij dat in de aankondiging van de aanbestedingsprocedure bekend moeten maken.

Een aanbesteder die een of meer *facultatieve* uitsluitingsgronden van toepassing wil verklaren in het kader van een aanbestedingsprocedure, is verplicht dat bekend te maken - onder verwijzing naar die gronden - in de aankondiging van de bouwopdracht.

Bron

Zie Bijlage VII A Algemene Richtlijn, onder nr. 17 alsook Bijlage 4, onderdeel A, Bao, eveneens onder nr. 17. Zie daarnaast Bijlage XIII A (onder nr. 15), B (onder nr. 14) of C (onder nr. 13) Richtlijn Nutssectoren en Bijlage 2, onderdeel A, onder 1O (nr. 15), 2O (nr. 14) of 3O (nr. 13) Bass. Zie ook Model B, sub III.1.4, behorende bij het ARW 2005.

In de gevallen waarin deze regels niet van toepassing zijn, vloeit de verplichting voort uit de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.
De verplichting tot bekendmaking vooraf geldt ook voor de Rijksdiensten die op grond van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren verplicht zijn tot toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden zoals die staan omschreven in de Algemene Richtlijn. Het bestaan van die verplichting neemt de verplichting tot bekendmaking vooraf dus niet weg.

Voorbeeld

De gemeente die, gegeven de omvang van uitgevoerde werk, tot Europese aanbesteding verplicht is, heeft in de aankondiging correct aangegeven dat zij alle uitsluitingsgronden zal hanteren zoals opgesomd in artikel 45, lid 3 van het Bao.

Voorbeeld

De in het vorige voorbeeld genoemde gemeente heeft verzuimd om de daar omschreven bepaling in de aankondiging op te nemen en wenst de bij de openbare aanbesteding als laagste geëindigde inschrijver uit te sluiten omdat die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van zijn belastingen overeenkomstig de wettelijke Nederlandse bepalingen. Uitsluiting is in dit geval echter niet toegestaan.

Als het om facultatieve uitsluitingsgronden gaat, moeten gegadigden of inschrijvers aan het begin van de aanbestedingsprocedure immers weten waar ze aan toe zijn en niet voor verrassingen

komen te staan wanneer zij eenmaal te kennen hebben gegeven aan de aanbestedingsprocedure te willen deelnemen. De verdere consequentie hiervan is dat wanneer een aanbesteder een of meer facultatieve uitsluitingsgronden niet van toepassing verklaart in de aankondiging, die gronden in beginsel vervolgens ook niet van toepassing zijn.

4.1.3.4 Wijzigen of aanvullen van facultatieve uitsluitingsgronden

Kan de aanbesteder reeds bekendgemaakte facultatieve uitsluitingsgronden nog op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure wijzigen of aanvullen?

> ***Voorbeeld***
>
> *Te denken valt aan de situatie dat een gemeentelijke aanbesteder in de aankondiging van een openbare procedure waarop het ARW 2005 van toepassing is verklaard, bekend heeft gemaakt dat (alleen) de facultatieve uitsluitingsgrond van art. 2.7.4 sub (e) ARW 2005 van toepassing is. Na die aankondiging komt de aanbesteder als gevolg van voortschrijdend inzicht tot de conclusie dat in plaats van - of in aanvulling op - die uitsluitingsgrond (ook) die van art. 2.7.4 sub (f) ARW 2005 van toepassing verklaard had moeten worden. Een andere mogelijkheid is dat de aanbesteder in het geschetste geval weliswaar alle facultatieve uitsluitingsgronden van art. 2.7.4 ARW 2005 van toepassing heeft verklaard, maar dat hij na de aankondiging tot de conclusie komt dat de nadere invulling die hij heeft gegeven aan het begrip "ernstige fout" als bedoeld in art. 2.7.4 sub (d) minder gelukkig is gekozen.*

Op grond van het beginsel van non-discriminatie en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel, is het de aanbesteder in ieder geval niet toegestaan de facultatieve uitsluitingsgronden nog te wijzigen of aan te vullen wanneer hij eenmaal kennis heeft genomen van de identiteit van een of meer van de marktpartijen die aan de aanbestedingsprocedure (willen) deelnemen.

> ***Voorbeeld***
>
> *De gemeentelijke aanbesteder uit het vorige voorbeeld heeft dus de mogelijkheid om een in de aankondiging opgenomen facultatieve uitsluitingsgrond te wijzigen of aan te vullen, indien een openbare procedure is toegepast en de inschrijving nog niet heeft plaatsgevonden. Hetzelfde geldt wanneer een niet-openbare procedure zou zijn toegepast en het tijdstip nog niet is aangebroken waarop ondernemingen zich als gegadigden dienen aan te melden.*

> ***Voorbeeld***
>
> *Het is diezelfde gemeentelijke aanbesteder echter niet toegestaan om een eerder in de aankondiging opgenomen facultatieve uitsluitingsgrond te wijzigen of aan te vullen, indien een niet openbare procedure is toegepast en de gegadigden zich inmiddels hebben aangemeld.*

De consequentie van het voorafgaande is dat een aanbesteder die een facultatieve uitsluitingsgrond wil wijzigen, nadat zich gegadigden hebben aangemeld of - ingeval van een openbare procedure - nadat de inschrijvingen zijn ontvangen, dat alleen kan doen door de aanbestedingsprocedure af te breken en een nieuwe aanbestedingsprocedure te beginnen.

> ***Toelichting***
>
> *Zie voor de juridische randvoorwaarden die overigens in acht moeten worden genomen indien de aanbesteder de heraanbesteding van een bouwopdracht overweegt na annulering van een eerdere aanbestedingsprocedure: hoofdstuk 12, par. 4.2.9 en par. 4.2.10.*

4.1.4 Toepassen van dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden

4.1.4.1 Vertrekpunt

In die gevallen waarin een aanbesteder de dwingende uitsluitingsgronden verplicht moet toepassen, zal hij op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure daadwerkelijk moeten gaan beoordelen of een gegadigde of inschrijver moet worden uitgesloten op basis van zo'n uitsluitingsgrond. Hij zal dat ook moeten doen wanneer hij er voor kiest in de aankondiging van de bouwopdracht één of meer facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren op de aanbestedingsprocedure.

> ***Toelichting***
>
> *Indien de aanbesteder de openbare procedure toepast, zal hij deze beoordeling uitvoeren nadat hij de inschrijvingen van de inschrijvers heeft ontvangen. Bij alle andere aanbestedingsprocedures die algemeen bekend worden gemaakt, vindt die beoordeling plaats nadat de gegadigden zich hebben aangemeld. Een en ander laat overigens onverlet dat een gegadigde of inschrijver, ook nadat die beoordeling heeft plaatsgevonden, nog altijd kan worden uitgesloten op grond van een dwingende uitsluitingsgrond indien op een later tijdstip tijdens de aanbestedingsprocedure mocht blijken dat hij daarvoor in aanmerking komt. De aanbesteder is overigens verplicht de dwingende en de van toepassing verklaarde facultatieve uitsluitingsgronden op objectieve en uniforme wijze toe te passen op alle gegadigden of inschrijvers die deelnemen aan de aanbestedingsprocedure. Dat houdt tevens in dat hij een bepaalde uitsluitingsgrond gedurende alle stadia van de aanbestedingsprocedure telkens op dezelfde manier uitlegt en toepast.*
>
> *Voor de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden geldt dat de aanbesteder niet eerst in de aankondiging melding mag maken van het feit dat hij voornemens is een of meer van de facultatieve uitsluitingsgronden toe te passen, om dat vervolgens achterwege te laten indien blijkt dat een gegadigde of inschrijver voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van een van die uitsluitingsgronden. Ook het omgekeerde is het geval: wanneer een aanbesteder in de aankondiging van de aanbesteding géén melding maakt van het feit dat hij voornemens is een of meer van de facultatieve uitsluitingsgronden te gaan hanteren, kan hij lopende de aanbestedingsprocedure niet alsnog overgaan tot het toepassen van een of meer van die gronden, zie ook par. 4.1.3.4.*

Om de hierboven bedoelde beoordeling te kunnen uitvoeren, zal de aanbesteder over informatie moeten beschikken. In de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving is vastgelegd welke informatie de aanbesteder van de gegadigden of inschrijvers mag vragen om die beoordeling te faciliteren. Daarbij moet dan een onderscheid worden gemaakt tussen Rijksaanbesteders die verplicht zijn tot toepassing van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren *(par. 4.1.4.3)* en aanbesteders op wie die verplichting niet rust *(par. 4.1.4.2)*. Zoals in het navolgende nog zal blijken, gelden voor de Rijksaanbesteders in dit verband strengere verplichtingen dan voor de andere aanbesteders.

4.1.4.2 Aanbesteders in het algemeen

Een aanbesteder kan met het oog op de beoordeling van de toepasselijkheid van de dwingende en de facultatieve uitsluitingsgronden (die laatste alleen voor zover op de aanbestedingsprocedure van toepassing verklaard) de in het navolgende overzicht vermelde informatie verlangen van gegadigden of inschrijvers.

Toelichting

Ten aanzien van de dwingende uitsluitingsgronden mag een aanbesteder (alleen) verlangen dat een gegadigde of inschrijver een door de Minister van Justitie op grond van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens afgegeven verklaring omtrent gedrag (VOG-rechtspersoon) overlegt.

Het overleggen van zo'n VOG-rechtspersoon mag een aanbesteder ook verlangen in het kader van de facultatieve uitsluitingsgrond die betrekking heeft op de professionele integriteit van gegadigden of inschrijvers: de "(c)-grond".

Ten aanzien van de facultatieve uitsluitingsgronden die betrekking hebben op de kredietwaardigheid van gegadigden of inschrijvers - de "(a)-grond" en de "(b)-grond" - mag de aanbesteder een gegadigde of inschrijver vragen om een verklaring van de griffier van de rechtbank die op grond van de Faillissementswet bevoegd is tot het uitspreken van de faillietverklaring van de betreffende gegadigde of inschrijver of tot het op die gegadigde of inschrijver van toepassing verklaren van de schuldsanering natuurlijke personen.

Ten aanzien van de facultatieve uitsluitingsgronden die betrekking hebben op de verplichtingen van gegadigden of inschrijvers uit hoofde van fiscale en sociale zekerheidswetgeving - de "(e)-grond" en de "(f)-grond" - mag de aanbesteder een gegadigde of inschrijver vragen om een verklaring van de ontvanger onder wie de gegadigde of inschrijver ressorteert voor de inning van belastingen.

Bron

Zie voor de bewijsmiddelen die een aanbesteder mag vragen in het kader van de dwingende uitsluitingsgronden: art. 45 lid 1, laatste alinea jo. lid 3 aanhef en sub (a) en lid 4 Algemene Richtlijn en art. 45 lid 4 jo. art. 46 lid 2 Bao. Het ARW 2005 bevat op dit punt geen regeling.

Zie voor de bewijsmiddelen die hij mag vragen met het oog op de beoordeling in het licht van de facultatieve uitsluitingsgronden: art. 45 lid 3 en lid 4 Algemene Richtlijn en art. 45 lid 4 jo. art. 46 Bao. Zie ook art. 2.7.5, art. 3.7.5, art. 4.8.5, art. 5.8.5, art. 6.5.5 en art. 7.3.2 ARW 2005.

Wanneer een gegadigde of inschrijver - desgevraagd - niet een of meer van de hierboven besproken bewijsmiddelen overlegt die de aanbesteder van hem mag verlangen, moet de aanbesteder die gegadigde of inschrijver uitsluiten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Ten aanzien van het verzoek van de aanbesteder een VOG-rechtspersoon over te leggen, kunnen nog de volgende opmerkingen worden gemaakt.

Indien de aanbesteder verlangt dat een gegadigde of inschrijver een VOG-rechtspersoon overlegt, zal die gegadigde of inschrijver een aanvraag tot afgifte van zo'n verklaring moeten indienen bij zijn gemeente. Verantwoordelijk voor de afgifte van de VOG-rechtspersoon is vervolgens het Centraal Orgaan Verklaring Omtrent het Gedrag (COVOG) dat onderzoek doet naar het strafrechtelijke verleden van de gegadigde of inschrijver. Het COVOG geeft na dat onderzoek een beschikking af, die er uit kan bestaan dat de VOG-rechtspersoon hetzij wordt afgegeven, hetzij wordt geweigerd.

Toelichting

Van buitenlandse ondernemingen mag worden verlangd dat zij een uittreksel uit het strafregister van hun land overleggen of, bij gebreke daaraan, een gelijkwaardig document, afgegeven door een bevoegde gerechtelijke of administratieve instantie van hun land.

Wanneer de gegadigde of inschrijver een VOG-rechtspersoon van het COVOG ontvangt en hij die verklaring aan de aanbesteder overlegt, kan deze vervolgens nagaan of jegens de gegadigde of inschrijver bij een onherroepelijk vonnis een veroordeling is uitgesproken vanwege een tot de dwingende uitsluitingsgronden behorende delict of vanwege een delict dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels (de facultatieve '(c)-grond'). Hij kan met behulp van die verklaring ook nagaan of de gegadigde of inschrijver bij de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout in de zin van de facultatieve '(d)-grond' heeft begaan.

Toelichting

Aanbesteders die de facultatieve (c)- grond en (d)-grond toepassen, kunnen in de aankondiging van de bouwopdracht de begrippen "delict in strijd met zijn beroepsgedragsregels" en "ernstige fout" zelf nader hebben uitgewerkt, zie par. 4.1.3.2. Dit geldt niet voor Rijksaanbesteders die verplicht zijn de bouwopdracht aan te besteden op grond van de Algemene Richtlijn en die in het verlengde daarvan verplicht zijn de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren toe te passen. Een nadere uitwerking van de begrippen "delict in strijd met zijn beroepsgedragsregels" en "ernstige fout" heeft voor die Rijksaanbesteders immers reeds plaatsgevonden in art. 5 en art. 6 van de Beleidsregels, zie par. 4.1.3.2.

Wanneer de aanbesteder na beoordeling van de overgelegde VOG-rechtspersoon vaststelt dat de hierboven bedoelde vragen bevestigend kunnen worden beantwoord in de zin dat de gegadigde of inschrijver in aanmerking komt voor uitsluiting, is hij verplicht die gegadigde of inschrijver vervolgens ook daadwerkelijk uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure.

Toelichting

Dat moet de aanbesteder ook doen wanneer hij tot een vergelijkbare constatering komt op basis van de informatie die door de gegadigde of inschrijver wordt overgelegd in het kader van de beoordeling van de toepasselijkheid van de andere (van toepassing verklaarde) facultatieve uitsluitingsgronden: de "(a)-grond", de "(b)-grond", de "(e)-grond", de "(f)-grond" en de "(g)-grond".

Voorbeeld

Een inschrijver is niet in staat om een verklaring van de ontvanger voor de inning van belastingen over te leggen, waaruit blijkt dat hij aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van zijn belastingen overeenkomstig de in Nederland geldende wettelijke bepalingen (de "(g)-grond").

Wanneer het COVOG weigert om een VOG-rechtspersoon aan de gegadigde of inschrijver af te geven, biedt dat op zichzelf nog geen legitimatie voor de aanbesteder om die gegadigde of inschrijver van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure uit te sluiten. Er kunnen namelijk verschillende redenen zijn waarom het COVOG de verklaring weigert af te geven. De aanbesteder moet in zo'n geval de gegadigde of inschrijver in staat stellen de negatieve beschikking van het COVOG over te leggen. Aan de hand van de inhoud van die beschikking kan hij dan nagaan of er een grondslag is om tot toepassing van een uitsluitingsgrond over te gaan.

Voorbeeld

Een gemeentelijke aanbesteder heeft een werk openbaar aanbesteed onder toepasselijkheid van het ARW 2005 op zo'n manier dat ook de facultatieve uitsluitingsgronden gehanteerd moeten worden. Aan de inschrijver die het meest voor gunning in aanmerking komt, wordt evenwel de VOG-rechtspersoon onthouden. De reden daarvan blijkt dat het COVOG heeft geoordeeld dat sprake is van een ernstige fout van de inschrijver in de uitoefening van zijn beroep. Aan de hand van de aard van die ernstige fout zal de gemeente

hebben te beoordelen of die relevant is voor de uitvoering van deze opdracht en dus of die dient te leiden tot uitsluiting van de betreffende inschrijver.

Voor het overige gelden er geen verplichtingen ten aanzien van aanbesteders in het algemeen, wanneer zij informatie vragen van gegadigden of inschrijvers met het oog op de beoordeling van de toepasselijkheid van de dwingende en de van toepassing verklaarde facultatieve uitsluitingsgronden. Dat betekent dat zij dus ook niet verplicht zijn tot het vragen van een zogenoemde 'eigen verklaring' van gegadigden of inschrijvers, alvorens er toe over te gaan te verlangen dat de hierboven toegelichte informatie wordt overgelegd.

Toelichting

Zij hebben overigens wel de bevoegdheid om zo'n eigen verklaring te vragen, althans wanneer het ARW 2005 op de aanbestedingsprocedure van toepassing is verklaard. De aanbesteder zal dan wel in de aankondiging van de bouwopdracht moeten aangeven voor welke uitsluitingsgronden gegadigden of inschrijvers vooralsnog kunnen volstaan met zo'n eigen verklaring. Met die eigen verklaring geeft de gegadigde of inschrijver aan dat hij voldoet aan de voorwaarden voor het verkrijgen van de bewijsmiddelen en dat hij in staat is deze binnen de door de aanbesteder eveneens in de aankondiging aan te geven termijn over te leggen. De aanbesteder kan dan, nadat hij de eigen verklaring heeft ontvangen, ter onderbouwing van die eigen verklaring inzage verlangen in de onderliggende bewijsmiddelen. Zie art. 2.14, art. 3.14, art. 4.15, art. 5.15, art. 6.12 en art. 7.4 ARW 2005.

Zij zijn evenmin verplicht om in het kader van een aanbestedingsprocedure onder omstandigheden een BIBOB-adviesprocedure te doorlopen. Deze verplichtingen bestaan echter wel ten aanzien van Rijksdiensten die een bouwopdracht moeten aanbesteden op grond van de Algemene Richtlijn en die in het verlengde daarvan verplicht zijn de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren toe te passen.

4.1.4.3 Rijksaanbesteders die verplicht zijn de Beleidsregels toe te passen

Rijksdiensten die in het concrete geval verplicht zijn een aanbestedingsprocedure te volgen op grond van de Algemene Richtlijn, zijn *verplicht* om eerst een eigen verklaring van gegadigden of inschrijvers te verlangen, alvorens zij deze gegadigden of inschrijvers mogen verzoeken de in de vorige paragraaf toegelichte bewijsmiddelen over te leggen.

Bron

Deze verplichting tot het (eerst) vragen van een eigen verklaring vloeit voor Rijksdiensten in dit geval voort uit art. 3 lid 1 jo. Bijlage 1 van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren.

Rijksaanbesteders doen dat, door in de aankondiging van de bouwopdracht te verlangen dat gegadigden of inschrijvers de vragenlijst invullen en overleggen die is opgenomen in Bijlage 1 behorende bij de Beleidsregels.

Voorbeeld

Een van de te beantwoorden vragen uit de lijst luidt bijvoorbeeld: "Heeft de onderneming in de vier jaar voorafgaand aan deze aanbestedingsprocedure in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout begaan als bedoeld in artikel 6 van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren? (Ja/Nee). Zo ja vermeld de aard van de fout en de eventueel opgelegde straf of maatregel."

Toelichting

Bij de openbare procedure zal de inschrijver die ingevulde vragenlijst moeten voegen bij diens inschrijving. Bij de andere aanbestedingsprocedures die algemeen worden bekendgemaakt zal de gegadigde de ingevulde vragenlijst moeten voegen bij zijn aanmelding als gegadigde, zie art. 3 lid 1 Beleidsregels.

Met de beantwoording van de vragenlijst - de eigen verklaring - kan de gegadigde of inschrijver zelf duidelijk maken of zich feiten of omstandigheden voordoen of hebben voorgedaan die maken dat er op hem een dwingende dan wel facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing kan zijn.

Voorbeeld

Een andere vraag uit de lijst is bijvoorbeeld: "2.1 Verkeert de onderneming in staat van faillissement, vereffening, surséance van betaling of akkoord, of heeft de onderneming zijn werkzaamheden gestaakt of verkeert hij in een andere soortgelijke toestand ingevolge een gelijkaardige procedure van de nationale wettelijke regeling?"

Vervolgens is een Rijksaanbesteder verplicht om de vijf inschrijvers of gegadigden die naar zijn oordeel het meest in aanmerking komen om de bouwopdracht uit te voeren respectievelijk een uitnodiging tot inschrijving te krijgen, te vragen de in de vorige paragraaf besproken bewijsmiddelen over te leggen. Op die manier kan hij dan de juistheid van de in de eigen verklaring vermelde informatie in het licht van de dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden controleren.

Bron

Zie art. 3 lid 2 van de Beleidsregels.

Die controle kan vervolgens aanwijzingen opleveren dat een gegadigde of inschrijver mogelijk voor uitsluiting van de aanbestedingsprocedure in aanmerking komt. Wanneer een Rijksaanbesteder echter over onvoldoende informatie beschikt om die conclusie te kunnen onderbouwen, is hij verplicht om een advies te vragen aan het Bureau BIBOB.

Bron

Zie art. 4 Beleidsregels jo. art. 8 van de Wet BIBOB.

Een Rijksaanbesteder kan het van het Bureau BIBOB ontvangen advies vervolgens laten meewegen in zijn beslissing of de betreffende gegadigde of inschrijver van (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure zal worden uitgesloten.

Bron

Zie art. 7 Beleidsregels. In dat verband is hij verplicht in ieder geval de volgende aspecten in overweging:

a. de maatregelen die een gegadigde of zijn onderaannemer heeft getroffen om herhaling van de schending van de beroepsgedragsregels, of herhaling van de ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep te voorkomen;
b. de zwaarte van de schending van de beroepsgedragsregels, of de ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep;
c. het totale aantal schendingen van de beroepsgedragsregels, of ernstige fouten in de uitoefening van zijn beroep voorafgaand aan de aanbesteding;
d. de sinds de ernstige in de uitoefening van zijn beroep of schending van de beroepsgedragsregels verstreken tijd;
e. de opgelegde straf;

f. de mate van betrokkenheid van de leidinggevenden binnen het bedrijf van de gegadigde of zijn onderaannemer bij de ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep of schending van de beroepsgedragsregels.

4.2 Kwalitatieve geschiktheidseisen

4.2.1 Vertrekpunt

Geschiktheidseisen zijn door de aanbesteder gestelde eisen van kwalitatieve aard waaraan een gegadigde of inschrijver *ten minste* moet voldoen om voor (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure *in het concreet voorliggende geval* in aanmerking te komen. In zoverre kunnen deze eisen ook wel worden aangeduid als *minimumgeschiktheidseisen*.

Bron

Zie par. 2 hierboven.

Een aanbesteder is op grond van de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving niet verplicht tot het hanteren van geschiktheidseisen: Hij *kan* dat doen, maar het hoeft niet.

Toelichting

In de hierna nog in deze paragraaf te bespreken bepalingen uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen, het Bao, het Bass en het ARW 2005 is expliciet bepaald dat een aanbesteder dergelijke eisen kan stellen. Dit laat natuurlijk onverlet dat binnen de organisatie waartoe de aanbesteder behoort beleid kan zijn vastgesteld, inhoudende dat het stellen van geschiktheidseisen bij aanbestedingsprocedures wel degelijk de regel is.

Een verplichting tot het hanteren van geschiktheidseisen vloeit evenmin voort uit de beslissing van een aanbesteder om in het concrete geval een aanbestedingsprocedure te volgen die hem toestaat - alvorens gegadigden uit te nodigen tot het doen van een inschrijving - een selectie binnen die groep van gegadigden uit te voeren met het oog op die uitnodiging. Zo'n selectie kan plaatsvinden op basis van geschiktheidseisen die de aanbesteder heeft gesteld, maar dat hoeft niet. Die selectie kan immers ook op andere manieren plaatsvinden, zo lang maar is voldaan aan een aantal eisen die aan de gekozen selectiemethode kunnen worden gesteld. Zie daarvoor ook par. 4.3 hierna.

Gesteld dat een aanbesteder gebruik maakt van de mogelijkheid tot het stellen van geschiktheidseisen, dan kan hij in de meeste gevallen twee typen geschiktheidseisen hanteren. In de eerste plaats kunnen dat eisen zijn die worden gerelateerd aan de *economische en financiële draagkracht* waarover een gegadigde of inschrijver ten minste dient te beschikken.

Voorbeeld

"De inschrijver dient in de laatste 3 afgesloten boekjaren voorafgaand aan de datum van aanbesteding een gemiddelde jaaromzet in de GWW-sector hebben bereikt gelijk aan of groter dan € 3.000.000,--.

Geschiktheidseisen kunnen echter ook betrekking hebben op de *technische bekwaamheid en/of de beroepsbekwaamheid* waarover een gegadigde of inschrijver moet beschikken.

Voorbeeld

"De inschrijver moet over voldoende capaciteit beschikken en ervaring hebben om het onderhavige werk op vakkundige en regelmatige wijze te kunnen uitvoeren en aantonen dat hij, in de periode van 3 jaar, voorafgaande aan de datum van aanbesteding van dit bestek, tijdig heeft opgeleverd, verleend uitstel daarin begrepen: ten minste twee op een vakkundige en regelmatige wijze uitgevoerd werken op het gebied van bouwrijp maken van een bedrijventerrein, soortgelijk werk, met een aandeel in de aannemingssom of een gefactureerd bedrag gelijk aan of groter dan € 500.000,--".

Aanbesteders die verplicht zijn tot het volgen van een aanbestedingsprocedure op grond van de Algemene Richtlijn, of die om een andere reden verplicht dan wel onverplicht besluiten het ARW 2005 op een door hen te volgen aanbestedingsprocedure van toepassing te verklaren, kunnen in dat kader alleen maar geschiktheidseisen stellen ten aanzien van de economische en financiële draagkracht en ten aanzien van de technische en/of de beroepsbekwaamheid.

Bron

Zie voor wat betreft de geschiktheidseisen ten aanzien van de economische en financiële draagkracht: art. 44 lid 2 jo. lid 1 en art. 47 Algemene Richtlijn. Zie voorts art. 44 lid 2 jo. lid 1 en art. 48 Bao. Zie daarnaast ook art. 2.3.4 jo. art. 2.8; art. 3.3.4 jo. art. 3.8; art. 4.4.4 jo. art. 4.9; art. 5.4.5 jo. art. 5.9 en art. 8.2.4 ARW 2005.

Zie voor wat betreft de geschiktheidseisen ten aanzien van de technische en/of de beroepsbekwaamheid: art. 44 lid 2 jo. lid 1 en art. 48 Algemene Richtlijn. Zie voorts art. 44 lid 2 jo. lid 1 en art. 49 Bao. Zie daarnaast ook art. 2.3.4 jo. art. 2.9; art. 3.3.4 jo. art. 3.9; art. 4.4.4 jo. art. 4.10; art. 5.4.5 jo. art. 5.10 en art. 8.2.4 ARW 2005.

Overigens kan nog worden opgemerkt dat een gegadigde of inschrijver in aanvulling op het voorafgaande ook kan worden verzocht aan te tonen dat hij volgens de voorschriften van de lidstaat waar hij is gevestigd, in het beroepsregister of in het handelsregister is ingeschreven, of een verklaring onder ede of een attest te verstrekken als bedoeld in bijlage IX A, zie art. 46 Algemene Richtlijn en art. 47 Bao (ingeval van het Bao gaat het om bijlage 5, onderdeel A).

In zoverre vormen de Algemene Richtlijn, het Bao en het ARW 2005 wat betreft de bevoegdheid tot het stellen van kwalitatieve geschiktheidseisen een gesloten stelsel.

Bron

Zie ook Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 234.

Voorbeeld

Zo mag wel gevraagd worden naar de beroepskwalificaties, waaronder studie- en beroepsdiploma's van de ondernemer of van het kaderpersoneel van de onderneming en in het bijzonder van degenen die met de leiding van de werken zijn belast. Maar dat betekent dat niet mag worden gevraagd naar hun werkervaring. De aanbesteder dient dan ook dicht te blijven bij hetgeen op grond van de Richtlijnen, het BAO en ARW aan kwalitatieve geschiktheidseisen gesteld mag worden.

Er zijn echter ook gevallen denkbaar waarin een aanbesteder zich bij de uitoefening van diens bevoegdheid tot het stellen van kwalitatieve geschiktheidseisen *niet* behoeft te beperken tot de hierboven geschetste twee categorieën van eisen

Toelichting

Allereerst is het zo dat de Richtlijn Nutssectoren toestaat dat een aanbesteder ook geschiktheidseisen stelt die niet tot de hierboven genoemde twee typen eisen behoren, zie art. 54 lid 1 en lid 2 Richtlijn Nutssectoren. Zie ook art. 55 lid 1 en lid 2 Bass.
Dat mag een aanbesteder ook in het volgende geval. Op een aanbesteder - niet zijnde een Rijksdienst - rust

een verplichting tot aanbesteden. Die verplichting vloeit echter niet voort uit een Europese aanbestedingsrichtlijn. De aanbesteder is niet verplicht tot toepassing van het ARW 2005 en kiest daar ook vrijwillig niet voor. Deze aanbesteder wil echter wel kwalitatieve geschiktheidseisen stellen.

In de navolgende paragrafen zal worden ingegaan op de juridische randvoorwaarden die een aanbesteder in acht moet nemen wanneer hij besluit gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot het stellen van kwalitatieve geschiktheidseisen. In *par. 4.2.2* komt allereerst de vraag aan bod aan welke juridische randvoorwaarden de aanbesteder moet voldoen bij het formuleren van de inhoud van geschiktheidseisen die hij wil stellen. Daarna wordt in *par. 4.2.3* ingegaan op de voorwaarden waaraan de bekendmaking van dergelijke eisen moet voldoen, terwijl par. *4.2.4* ingaat op de juridische mogelijkheden die nog bestaan wat betreft het wijzigen of aanvullen van inmiddels bekendgemaakte geschiktheidseisen. In *par. 4.1.5* zal tot slot nog worden ingegaan op de juridische randvoorwaarden die aanbesteders in acht moeten nemen bij het feitelijk toepassen van geschiktheidseisen.

4.2.2 Formuleren van geschiktheidseisen

Wanneer een aanbesteder besluit gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot het stellen van geschiktheidseisen, welke juridische randvoorwaarden moet hij dan in acht te nemen bij het formuleren van de inhoud van die eisen?

Een aanbesteder zal zich in de eerste plaats moeten afvragen of hij alleen geschiktheidseisen mag stellen die betrekking hebben op de financiële en economische draagkracht van gegadigden of inschrijvers en op hun technische en/of beroepsbekwaamheid, of dat hij ook buiten die domeinen geschiktheidseisen mag stellen.

Toelichting

Zie hiervoor par. 4.2.1.

Wanneer een aanbesteder de ruimte heeft om ook buiten het domein van de financiële en economische draagkracht en de technische en/of beroepsbekwaamheid geschiktheidseisen te stellen, zal hij die eisen moeten formuleren met inachtneming van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

Bron

Zie impliciet art. 54 lid 1 en lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 55 lid 1 en lid 2 Bass. Zie ook Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 249-250. Dat betekent dat de hierna in deze paragraaf te bespreken verplichtingen ook relevant zijn voor de hiervoor bedoelde aanbesteders, omdat die verplichtingen een uitwerking zijn van die algemene beginselen.

Zoals hierna nog uitvoeriger zal worden toegelicht, gelden die algemene beginselen ook voor de aanbesteder die een wat beperktere beleidsvrijheid heeft in de zin dat hij alleen maar geschiktheidseisen mag stellen die betrekking hebben op de financiële en economische draagkracht en op de technische en/of beroepsbekwaamheid van gegadigden of inschrijvers. Zo'n aanbesteder zal - naast het feit dat ook hij de algemene beginselen van aanbestedingsrecht in acht zal moeten nemen bij het formuleren van geschiktheidseisen - er voor moeten waken dat hij met de gestelde eisen niet buiten die kaders treedt.

Toelichting

Zo'n handelwijze zou immers strijdig zijn met het in dergelijke gevallen geldende gesloten stelsel van geschiktheidseisen, zie par. 4.2.1.

De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving geeft zelf overigens geen concrete materiële voorschriften die in acht moeten worden genomen ten einde bij het stellen van geschiktheidseisen binnen die kaders te blijven.

Toelichting

Uit art. 48 lid 5 Algemene Richtlijn kan overigens wel worden afgeleid dat de geschiktheid van gegadigden of inschrijvers, wat betreft hun technische bekwaamheid en of beroepsbekwaamheid, kan worden beoordeeld "aan de hand van met name hun knowhow, efficiëntie, ervaring en betrouwbaarheid".

Uiteindelijk zal een eis met betrekking tot de financiële en economische draagkracht in het teken moeten staan van de beperking van het risico van discontinuïteit, insolvabiliteit en onvoldoende capaciteit van de gegadigde of inschrijver aan wie de opdracht uiteindelijk wordt gegund. Geschiktheidseisen die betrekking hebben op de technische bekwaamheid en/of de beroepsbekwaamheid waarover een gegadigde of inschrijver moet beschikken, moeten uiteindelijk dienstbaar zijn aan het beperken van het risico dat een prestatie van onvoldoende kwaliteit door die gegadigde of inschrijver wordt geleverd.

Voorbeeld

Als een redelijke eis kan in het algemeen worden beschouwd wanneer van een gegadigde een verklaring wordt verlangd, waaruit blijkt dat in de afgelopen drie boekjaren gemiddeld een omzet is behaald van ten minste 200% van de waarde van het uit te voeren werk op jaarbasis. Een bedrijf dat immers in staat is geweest om de afgelopen drie jaar opdrachten uit te voeren met een totale waarde van gemiddeld twee keer de waarde van de aanbestede opdracht, zal geen moeite hebben met het uitvoeren van die opdracht.

Een aanbesteder is in de tweede plaats verplicht de geschiktheidseisen op een begrijpelijke en eenduidige wijze formuleren. De toets die een geschiktheidseis moet kunnen doorstaan, is dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden of inschrijvers voorafgaande aan hun besluit tot deelname aan de aanbestedingsprocedure in staat zijn die geschiktheidseis op dezelfde wijze te interpreteren.

Toelichting

Deze verplichting is door het Hof van Justitie EG en ook in nationale rechtspraak al verscheidene malen gebaseerd op het beginsel van non-discriminatie en het transparantiebeginsel.

In de derde plaats zal een aanbesteder zich bij het stellen van geschiktheidseisen moeten laten leiden door het proportionaliteitsbeginsel. Dat houdt concreet in dat hij alleen geschiktheidseisen ten aanzien van draagkracht en bekwaamheid mag stellen, voorzover die verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Bron

Zie art. 44 lid 2, tweede alinea, Algemene Richtlijn en art. 44 lid 3 Bao. Zie ook art. 2.3.4, art. 3.3.4, art. 4.4.4, art. 5.4.5 en art. 8.2.4 ARW 2005.

Deze bepalingen geven verder geen concrete materiële voorschriften ten aanzien van de inhoud van de geschiktheidseisen die een aanbesteder zou mogen stellen in het licht van het proportionaliteitsbeginsel. Dat is ook niet mogelijk, omdat de mate van proportionaliteit van een geschiktheidseis uiteindelijk in sterke mate wordt bepaald door de concrete omstandigheden van het geval waarin zo'n eis wordt gehanteerd. Het is als uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel overigens wel mogelijk om vanuit het perspectief van de in acht te nemen juridische randvoorwaarden een aantal gezichtspunten te formuleren waarmee een aanbesteder rekening moet houden wanneer hij geschiktheidseisen formuleert.

Zo zal het antwoord op de vraag of een geschiktheidseis proportioneel is, in de eerste plaats afhangen van de specifieke kenmerken van de aanbestede bouwopdracht, waarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan de aard, omvang en het doel van het te realiseren project.

De proportionaliteit van een geschiktheidseis zal daarnaast ook afhangen van het doel dat de aanbesteder met het stellen van die eis voor ogen heeft, gegeven de specifieke kenmerken van de aanbestede bouwopdracht.

Toelichting

Het doel dat de aanbesteder voor ogen mag hebben met het stellen van geschiktheidseisen ten aanzien van de economische en financiële draagkracht, is te toetsen of een gegadigde of inschrijver over voldoende draagkracht voor de uitvoering van de opdracht in het concrete geval beschikt en of die gegadigde of inschrijver voldoende verhaal zal bieden indien hij die opdracht onverhoopt niet conform de gemaakte afspraken uitvoert. Het doel dat de aanbesteder voor ogen mag hebben met het stellen van geschiktheidseisen ten aanzien van de technische en/of beroepsbekwaamheid, is te toetsen of een gegadigde of inschrijver over de bekwaamheid beschikt die nodig is om de opdracht in het concrete geval tijdig en deugdelijk uit te voeren.

Een vierde belangrijke juridische randvoorwaarde is dat een aanbesteder met de formulering van een geschiktheidseis een gegadigde of inschrijver niet mag beperken in zijn mogelijkheden om - ten bewijze dat hij over de vereiste draagkracht en bekwaamheid beschikt - een beroep te doen op de draagkracht en bekwaamheid van andere natuurlijke of rechtspersonen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die natuurlijke of rechtspersonen.

Bron

Zie art. 47 lid 2 en art. 48 lid 3 Algemene Richtlijn alsook art. 48 lid 2 en art. 49 lid 3 Bao. Zie vervolgens ook art. 54 lid 5, eerste alinea, Richtlijn Nutssectoren en art. 55 lid 6 Bass. Zie ook art. 2.8.4 jo. 2.9.3; art. 3.8.4 jo. 3.9.3; art. 4.9.4 jo. 4.10.3; art. 5.9.4 jo. 5.10.3; art. 6.6.4 jo. 6.7.3 ARW 2005.

De aanbesteder mag echter wel eisen dat de gegadigde of inschrijver aantoont dat hij werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen.

In het verlengde van hetgeen hierboven is opgemerkt, mag een aanbesteder evenmin een gegadigde of inschrijver die uit een samenwerkingsverband van ondernemingen bestaat beperken in zijn mogelijkheden om - ten bewijze dat hij over de vereiste draagkracht en bekwaamheid beschikt - een beroep te doen op de draagkracht en bekwaamheid van de ondernemingen die tot het samenwerkingsverband behoren.

Bron

Zie art. 47 lid 3 en art. 48 lid 4 Algemene Richtlijn alsook art. 48 lid 3 en art. 49 lid 4 Bao. Zie vervolgens ook art. 54 lid 5, tweede alinea, Richtlijn Nutssectoren en art. 55 lid 7 Bass. Zie ook art. 2.8.5 jo. 2.9.4; art. 3.8.5 jo. 3.9.4; art. 4.9.5 jo. 4.10.4; art. 5.9.5 jo. 5.10.4; art. 6.6.5 jo. 6.7.4 ARW 2005.

Ook in dit geval mag de aanbesteder echter wel eisen dat de gegadigde of inschrijver aantoont dat hij werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen.

Binnen de kaders van de hierboven uiteengezette juridische randvoorwaarden, moet een aanbesteder in het concrete geval zelf proberen maatwerk te leveren wanneer hij overgaat tot het formuleren van geschiktheidseisen. In de praktijk is dat niet altijd een eenvoudige opgave. In *par. 5.3.2* zullen om die reden nog een aantal aanbevelingen worden geformuleerd teneinde aanbesteders wat dat betreft enigszins op weg te helpen.

4.2.3 Bekendmaken van geschiktheidseisen

Een aanbesteder die geschiktheidseisen wil kunnen hanteren tijdens een aanbestedingsprocedure, is verplicht die eisen vooraf bekend te maken in de aankondiging van de bouwopdracht.

Bron

Zie art. 44 lid 2, laatste alinea, jo. Bijlage VII A, onder nr. 17, Algemene Richtlijn, alsook art. 44 lid 3 jo. Bijlage 4, onderdeel A, Bao, eveneens onder nr. 17. Zie daarnaast Bijlage XIII A (onder nr. 15), B (onder nr. 14) of C (onder nr. 13) Richtlijn Nutssectoren en Bijlage 2, onderdeel A, onder 1O (nr. 15), 2O (nr. 14) of 3O (nr. 13) Bass. Zie ook art. 2.3.4, art. 3.3.4, art. 4.4.4, art. 5.4.5, art. 8.2.4 alsook Model B, sub III.1.4, behorende bij het ARW 2005.

In de gevallen waarin deze regels niet van toepassing zijn, vloeit de verplichting voort uit de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

Gegadigden of inschrijvers moeten aan het begin van de aanbestedingsprocedure immers weten waar ze aan toe zijn en niet voor verrassingen komen te staan wanneer zij eenmaal te kennen hebben gegeven aan de aanbestedingsprocedure te willen deelnemen. De verdere consequentie hiervan is dat wanneer een aanbesteder een of meer geschiktheidseisen niet van toepassing verklaart in de aankondiging, die gronden in beginsel vervolgens ook niet van toepassing zijn.

4.2.4 Wijzigen of aanvullen van geschiktheidseisen

Kan de aanbesteder reeds bekendgemaakte geschiktheidseisen nog op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure wijzigen of aanvullen?

Op grond van het beginsel van non-discriminatie en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel, is het de aanbesteder in ieder geval niet toegestaan de geschiktheidseisen nog te wijzigen of aan te vullen na de aankondiging, wanneer hij eenmaal kennis heeft genomen van de identiteit van een of meer van de marktpartijen die aan de aanbestedingsprocedure willen deelnemen. Wanneer zich nog geen gegadigde heeft aangemeld, mogen de inmiddels bekendgemaakte geschiktheidseisen nog worden gewijzigd, vooropgesteld overigens dat de aanbesteder de voor aanmelding gestelde termijnen aanpast.

De consequentie van het voorafgaande is dat een aanbesteder die een geschiktheidseis wil wijzigen, nadat zich gegadigden hebben aangemeld of - bij een openbare procedure - nadat de

inschrijvingen zijn ontvangen - dat alleen kan doen door de aanbestedingsprocedure af te breken en een nieuwe aanbestedingsprocedure te beginnen.

Toelichting

Zie voor de juridische randvoorwaarden die overigens in acht moeten worden genomen indien de aanbesteder de heraanbesteding van een bouwopdracht overweegt na annulering van een eerdere aanbestedingsprocedure: hoofdstuk 12, par. 4.2.9 en par. 4.2.10.

4.2.5 Toepassen van geschiktheidseisen

Wanneer een aanbesteder gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid tot het in de aankondiging van de bouwopdracht stellen van kwalitatieve geschiktheidseisen, zal hij op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure daadwerkelijk moeten gaan beoordelen of een gegadigde of inschrijver zich kwalificeert voor (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Toelichting

Indien de aanbesteder de openbare procedure toepast, zal hij deze beoordeling uitvoeren nadat hij de inschrijvingen van de inschrijvers heeft ontvangen. Bij alle andere aanbestedingsprocedures die algemeen bekend worden gemaakt, vindt die beoordeling plaats nadat de gegadigden zich hebben aangemeld. Een en ander laat overigens onverlet dat een gegadigde of inschrijver, ook nadat die beoordeling heeft plaatsgevonden, nog altijd kan worden gediskwalificeerd indien op een later tijdstip tijdens de aanbestedingsprocedure mocht blijken dat hij niet voldoet aan een gestelde geschiktheidseis. De aanbesteder is overigens verplicht de geschiktheidseisen op objectieve en uniforme wijze toe te passen op alle gegadigden of inschrijvers die deelnemen aan de aanbestedingsprocedure. Dat houdt tevens in dat hij een bepaalde geschiktheidseis gedurende alle stadia van de aanbestedingsprocedure telkens op dezelfde manier uitlegt en toepast.

Voor de toepassing van de geschiktheidseisen geldt dat een aanbesteder niet eerst in de aankondiging dergelijke eisen mag stellen, om vervolgens het daadwerkelijk toepassen van die eisen achterwege te laten indien blijkt dat een gegadigde of inschrijver gegeven de gestelde eisen moet worden gediskwalificeerd. Ook het omgekeerde is het geval: wanneer een aanbesteder in de aankondiging van de aanbesteding géén melding maakt van het feit dat hij voornemens is een bepaalde geschiktheidseis te gaan hanteren, kan hij lopende de aanbestedingsprocedure niet alsnog overgaan tot het toepassen van zo'n eis, zie ook par. 4.2.4.

Om de hierboven bedoelde beoordeling te kunnen uitvoeren, zal de aanbesteder over informatie moeten beschikken. In de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving is vastgelegd welke informatie de aanbesteder van de gegadigden of inschrijvers mag vragen om de beoordeling in het licht van de gestelde geschiktheidseisen mogelijk te maken. Het gaat hier om de in het navolgende overzicht vermelde informatie.

Toelichting

Ten bewijze dat een gegadigde of inschrijver voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen die betrekking hebben op de financiële en economische draagkracht mag een aanbesteder verlangen dat de gegadigde of inschrijver de volgende bescheiden overlegt:

(a) passende bankverklaringen of het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's;
(b) overlegging van balansen of balansuittreksels, indien de wetgeving van het land waar de gegadigde of inschrijver is gevestigd, de bekendmaking van balansen voorschrijft, of
(c) een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is, over ten hoogste de laatste 3 beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de gegadigde of inschrijver met zijn bedrijvigheid is begonnen, voorzover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn.

Zie in dit verband art. 47 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 48 lid 1 Bao. Zie voorts art. 2.8.1, art. 3.8.1, art. 4.9.1, art. 5.9.1 en art. 6.6.1 ARW 2005. De aanbesteder zal overigens in de aankondiging moeten aangeven welke van de genoemde referenties en andere bewijsstukken overgelegd moeten worden, zie art. 47 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 48 lid 4 Bao. Zie ook art. 2.8.2, art. 3.8.2, art. 4.9.2, art. 5.9.2 en art. 6.6.2 ARW 2005.

Ten bewijze dat een gegadigde of inschrijver voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen die betrekking hebben op de technische bekwaamheid en/of de beroepsbekwaamheid mag een aanbesteder verlangen dat de gegadigde of inschrijver de volgende bescheiden overlegt (de onderstaande opsomming is afkomstig uit het ARW. Zie voor de vindplaats het bronnenoverzicht na de opsomming):

(a) een lijst van de werken die de afgelopen 5 jaar zijn verricht, welke lijst vergezeld gaat van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd en waarin het bedrag van de werken, de plaats en het tijdstip waarop ze zijn uitgevoerd vermeldt wordt, en waarin wordt aangegeven of de werken volgens de regels der kunst zijn uitgevoerd en tot een goed einde zijn gebracht. De aanbesteder mag verlangen dat de gegadigde of inschrijver bewerkstelligt dat deze lijst door de bevoegde instantie rechtstreeks aan hem wordt toegezonden;
(b) een opgave van de al dan niet tot de onderneming van de gegadigde of inschrijver behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole en van die welke de gegadigde of inschrijver ter beschikking zullen staan om de werken uit te voeren;
(c) een opgave van de beroepskwalificaties waaronder studie- en beroepsdiploma's van de ondernemer of het kaderpersoneel van de gegadigde of inschrijver en in het bijzonder van degenen die met de leiding van de werken zijn belast;
(d) een opgave van de maatregelen inzake milieubeheer die de gegadigde of inschrijver kan toepassen in het kader van de uitvoering van de bouwopdracht;
(e) een verklaring betreffende de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de onderneming van de gegadigde of inschrijver, en de omvang van het kaderpersoneel gedurende de laatste 3 jaar;
(f) een verklaring die de outillage, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de gegadigde of inschrijver voor het verlenen van de bouwopdracht beschikt.

Zie in dit verband art. 48 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 49 lid 2 Bao. Zie voorts art. 2.9.1, art. 3.9.1, art. 4.10.1, art. 5.10.1 en art. 6.7.1 ARW 2005. De aanbesteder zal overigens in de aankondiging moeten aangeven welke van de genoemde referenties en andere bewijsstukken overgelegd moeten worden, zie art. 48 lid 6 Algemene Richtlijn en art. 49 lid 6 Bao. Zie ook art. 2.9.2, art. 3.9.2, art. 4.10.2, art. 5.10.2 en art. 6.7.2 ARW 2005.

Ingeval de aanbesteder in de onder punt (d) bedoelde gevallen de overlegging verlangt van een door onafhankelijke instellingen opgestelde verklaring dat de gegadigde of inschrijver aan bepaalde normen inzake milieubeheer voldoet, verwijst hij naar het communautair milieubeheer- en milieuauditsysteem (EMAS) of naar normen inzake milieubeheer die gebaseerd zijn op de desbetreffende Europese of internationale normen die gecertificeerd zijn door instellingen die beantwoorden aan het Gemeenschapsrecht of aan de toepasselijke Europese of internationale normen voor certificering. Hij erkent gelijkwaardige certificaten van in andere lidstaten gevestigde instellingen. Hij aanvaardt tevens andere bewijzen inzake gelijkwaardige maatregelen op het gebied van milieubeheer die de ondernemers overleggen: zie art. 50 Algemene Richtlijn, art. 51 Bao en art. 2.11, art. 3.11, art. 4.12, art. 5.12 en art. 6.9 ARW 2005.
In zijn algemeenheid geldt dat ingeval de aanbesteder de overlegging verlangt van door onafhankelijke instanties opgestelde verklaringen dat de gegadigde of inschrijver aan bepaalde kwaliteitsnormen voldoet, hij

dient te verwijzen naar kwaliteitsbewakingsregelingen die op de Europese normenreeksen op dit terrein zijn gebaseerd en die zijn gecertificeerd door instanties die voldoen aan de Europese normenreeks voor certificering. Hij erkent gelijkwaardige certificaten van in andere lidstaten gevestigde instellingen. Hij aanvaardt eveneens andere bewijzen inzake gelijkwaardige maatregelen op het gebied van de kwaliteitsbewaking van ondernemers: zie art. 49 Algemene Richtlijn, art. 50 Bao en art. 2.10, art. 3.10, art. 4.11, art. 5.11 en art. 6.8 ARW 2005.

Een aanbesteder kan op basis van een beoordeling van de overgelegde bescheiden tot het oordeel komen dat een gegadigde of inschrijver niet voldoet aan de gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen. In dat geval moet de aanbesteder die gegadigde of inschrijver diskwalificeren van (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Zo'n diskwalificatie moet ook volgen wanneer een gegadigde of inschrijver - desgevraagd - niet een of meer van de hierboven besproken bescheiden kan overleggen die de aanbesteder van hem mag verlangen. In dit verband geldt overigens een uitzondering ingeval een gegadigde of inschrijver om gegronde redenen niet in staat is de door de aanbesteder gevraagde bescheiden over te leggen ten einde aan te tonen dat hij voldoet aan de geschiktheidseisen met betrekking tot zijn economische en financiële draagkracht. In zo'n geval kan de gegadigde of inschrijver namelijk zijn economische en financiële draagkracht aantonen met andere bescheiden die de aanbesteder geschikt acht.

Toelichting

Zie in dit verband art. 47 lid 5 Algemene Richtlijn en art. 48 lid 5 Bao. Zie voorts art. 2.8.3, art. 3.8.3, art. 4.9.3, art. 5.9.3 en art. 6.6.3 ARW 2005.

Een andere uitzondering heeft betrekking op de situatie dat de aanbesteder bepaalde bescheiden niet binnen de daartoe gestelde termijn heeft ontvangen, maar het gebrek eenvoudig te herstellen is. Indien de ARW 2005 op de aanbesteding van toepassing is, moet de aanbesteder in zo'n situatie de gegadigde of inschrijver namelijk in de gelegenheid stellen om binnen een termijn van twee werkdagen, te rekenen vanaf de dag van verzending van een verzoek daartoe, het gebrek te herstellen. Zie in dit verband art. 2.12.4, art. 3.14.4, art. 4.15.4, art. 5.15.4, art. 6.12.4, art. 7.4.4 ARW 2005.

Voor het overige gelden er geen verplichtingen ten aanzien van aanbesteders, wanneer zij informatie vragen van gegadigden of inschrijvers met het oog op de beoordeling van hun kwalitatieve geschiktheid in het licht van de gestelde geschiktheidscriteria. Dat betekent dat een aanbesteder dus ook niet verplicht is tot het vragen van een zogenoemde 'eigen verklaring' van gegadigden of inschrijvers, alvorens er toe over te gaan te verlangen dat de hierboven genoemde bescheiden worden overgelegd.

Toelichting

Ook in dit geval hebben zij overigens wel de bevoegdheid om zo'n eigen verklaring te vragen, althans wanneer het ARW 2005 op de aanbestedingsprocedure van toepassing is verklaard. De aanbesteder zal dan wel in de aankondiging van de bouwopdracht moeten aangeven voor welke geschiktheidseisen gegadigden of inschrijvers vooralsnog kunnen volstaan met zo'n eigen verklaring. Met die eigen verklaring geeft de gegadigde of inschrijver aan dat hij voldoet aan de voorwaarden voor het verkrijgen van de bewijsmiddelen en dat hij in staat is deze binnen de door de aanbesteder eveneens in de aankondiging aan te geven termijn over te leggen. De aanbesteder kan dan, nadat hij de eigen verklaring heeft ontvangen, ter onderbouwing van die eigen verklaring inzage verlangen in de onderliggende bewijsmiddelen. Zie art. 2.14, art. 3.14, art. 4.15, art. 5.15, art. 6.12 en art. 7.4 ARW 2005.

4.3 Selectiecriteria

4.3.1 Vertrekpunt

Het selecteren van marktpartijen tijdens een aanbestedingsprocedure kan aan de orde zijn wanneer de aanbesteder de omvang van het aantal tot de inschrijving uit te nodigen gegadigden in het kader van een niet-openbare procedure of een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking wenst te beperken tot een bepaald maximum. Selecteren is ook aan de orde wanneer de aanbesteder bij een concurrentiegerichte dialoog het aantal gegadigden dat hij wenst uit te nodigen tot de dialoogronde tot een bepaald maximum wil beperken.

Toelichting

Zie par. 2 hierboven. Op deze plaats wordt nog eens herhaald dat nadere selectie van inschrijvers in het kader van een openbare procedure verboden is. Zie hierover ook: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 279-280.

Een aanbesteder is op grond van de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving overigens niet verplicht om tot een selectie van het aantal uit te nodigen gegadigden - hetzij voor het doen van een inschrijving, hetzij voor deelname aan een dialoogronde - over te gaan. Hij *kan* dat doen, maar het hoeft niet.

Toelichting

In de hierna nog in deze paragraaf te bespreken bepalingen uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen, het Bao en het ARW 2005 is expliciet bepaald dat een aanbesteder tot een dergelijke selectie kan overgaan. Dit laat natuurlijk onverlet dat binnen de organisatie waartoe de aanbesteder behoort beleid kan zijn vastgesteld, inhoudende dat het nader selecteren van de tot inschrijving of tot deelname aan een dialoogronde uit te nodigen gegadigden wel degelijk de regel is.

Aanbesteders die verplicht zijn tot het volgen van een aanbestedingsprocedure op grond van de Algemene Richtlijn, of die om een andere reden verplicht dan wel onverplicht besluiten het ARW 2005 op een door hen te volgen aanbestedingsprocedure van toepassing te verklaren, hebben op grond van die wet- en regelgeving de bevoegdheid het aantal uit te nodigen gegadigden door middel van selectie te beperken.

Bron

Zie art. 44 lid 3 Algemene Richtlijn en art. 44 lid 4 Bao. Zie voorts art. 3.1.2 jo. 3.1.3; art. 4.1.2; en art. 5.1.2 ARW 2005.

In de navolgende paragrafen zal worden ingegaan op de juridische randvoorwaarden die een aanbesteder in acht moet nemen wanneer hij besluit gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot het beperken van het aantal uit te nodigen gegadigden. In *par. 4.3.2* komt allereerst de vraag aan bod aan welke juridische randvoorwaarden de aanbesteder moet voldoen bij het formuleren van de selectiecriteria en de selectiemethode op basis waarvan hij zijn bevoegdheid tot beperking voornemens is uit te oefenen. In dat kader wordt ook ingegaan op de voorwaarden waaraan de aanbesteder moet voldoen wat betreft het vaststellen van het aantal uit te nodigen gegadigden dat hij na toepassing van de selectiecriteria en de selectiemethode minimaal en maximaal zou willen overhouden. Daarna wordt in *par. 4.3.3* ingegaan op de voorwaarden waaraan de bekendmaking van de selectiecriteria, de selectiemethode en de minimaal en maximaal uit te nodigen gegadigden

moet voldoen. In *par. 4.3.4* wordt vervolgens kort ingegaan op de juridische mogelijkheden die nog bestaan wat betreft het wijzigen of aanvullen van inmiddels bekendgemaakte selectiecriteria en -methoden. In *par. 4.3.5* zal tot slot nog worden ingegaan op de juridische randvoorwaarden die aanbesteders in acht moeten nemen bij het feitelijk toepassen van de selectiecriteria en de selectiemethode.

4.3.2 Formuleren van selectiecriteria, selectiemethode en minimum- en maximumaantal

Wanneer een aanbesteder besluit gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot het beperken van het aantal uit te nodigen gegadigden door middel van selectie, zal hij allereerst een aantal juridische randvoorwaarden in acht moeten nemen bij het formuleren van de selectiecriteria en de selectiemethode op basis waarvan hij die bevoegdheid wil uitoefenen.
De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving verplicht hem namelijk de selectie uit te voeren op basis van objectieve en niet-discriminerende criteria of regels.

Bron

Zie art. 44 lid 3 Algemene Richtlijn en art. 44 lid 4 Bao. Zie voorts art. 3.1.5, art. 4.1.4 en art. 5.1.4 ARW 2005.

In de bedoelde wet- en regelgeving is verder overigens niet uitgewerkt hoe de aanbesteder het selecteren van gegadigden binnen de genoemde juridische randvoorwaarden vorm zou kunnen geven.

Toelichting

De bepalingen van het ARW 2005 vermelden slechts dat de aanbesteder gebruik kan maken van loting.

In de praktijk worden op dit moment een drietal methoden van selectie onderscheiden:

(1) kwalitatieve minimumgeschiktheidseisen als bedoeld in *par. 4.2* worden gebruikt als selectiecriteria, al dan niet in combinatie met een systeem van loting;
(2) in plaats van kwalitatieve minimumgeschiktheidseisen als bedoeld in *par. 4.2* worden enkel selectiecriteria gebruikt om tot een rangorde van gegadigden te komen;
(3) naast kwalitatieve minimumgeschiktheidseisen als bedoeld in *par. 4.2* worden nadere selectiecriteria gebruikt om tot een rangorde van gegadigden te komen in afnemende volgorde van geschiktheid.

Bron

Zie Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 289.

De eerste methode komt er op neer dat de aanbesteder de in *par. 4.2* beschreven kwalitatieve geschiktheidseisen - in de zin van minimumeisen - tevens als selectiecriteria hanteert. Gegadigden die *niet* aan de gestelde minimumeisen voldoen, worden niet geselecteerd tot het doen van een inschrijving of - ingeval van de concurrentiegerichte dialoog - tot deelname aan de dialoogronde. Wat betreft de gegadigden die *wel* aan de minimumeisen voldoen, kan de aanbesteder er voor kiezen hetzij al deze - geschikte - gegadigden uit te nodigen, hetzij het aantal uit te nodigen gegadigden te beperken door middel van een loting.

Toelichting

Wellicht ten overvloede wordt hier opgemerkt dat het formuleren, bekendmaken en toepassen van de selectiecriteria in deze eerste methode zal moeten plaatsvinden met inachtneming van de juridische randvoorwaarden die staan toegelicht in par. 4.2.

Bij de tweede selectiemethode ziet de aanbesteder af van het gebruik van kwalitatieve geschiktheidseisen als afzonderlijke minimumeisen, zoals bedoeld in *par. 4.2*. In plaats daarvan formuleert hij enkel selectiecriteria, op een zodanige manier dat hij meteen een rangorde kan vaststellen - in afnemende volgorde van geschiktheid - van alle gegadigden die zich aanmelden. Vervolgens nodigt hij het aantal meest geschikte gegadigden uit tot de inschrijving, corresponderend met het vooraf aangekondigde aantal.

Voorbeeld

Denkbaar is bijvoorbeeld dat de aanbesteder de gegadigden een vragenlijst laat invullen, waarin onder andere de volgende vraag voorkomt: "Hoeveel nieuwbouwwerken burgerlijke en utiliteitsbouw, inhoudende bouwkundige en installatietechnische werkzaamheden, met een minimale aanneemsom of gefactureerd bedrag van € 5.000.000,-- (excl. BTW) heeft u in de laatste 5 jaren op vakkundige en regelmatige wijze uitgevoerd en tijdig opgeleverd, verleend uitstel daaronder inbegrepen?". Deze vraag zou kunnen zijn voorzien van de volgende antwoordmogelijkheden: (a) geen; (b) één; (c) twee; (d) meer dan twee. Denkbaar is dat de aanbesteder per antwoordmogelijkheid het aantal punten aangeeft dat de gegadigde met het betreffende antwoord kan verdienen in het kader van de selectie.

De derde methode is de in de praktijk het meest gebruikte selectiemethode. De aanbesteder voert bij die methode eerst een beoordeling uit op basis van kwalitatieve geschiktheidseisen als afzonderlijke minimumeisen, zoals bedoeld in *par. 4.2*. Indien er dan meer geschikte gegadigden overblijven dan het in de aankondiging aangegeven maximumaantal, gaat de aanbesteder bij deze methode over tot een *nadere* selectie op basis van selectiecriteria. Dat zijn criteria aan de hand waarvan hij een rangorde kan vaststellen - in afnemende volgorde van geschiktheid - van alle gegadigden die geschikt blijken te zijn en die om die reden voor nadere selectie in aanmerking komen. Na toepassing van de nadere selectiecriteria nodigt de aanbesteder het aantal meest geschikte gegadigden uit tot inschrijving, corresponderend met het vooraf aangekondigde aantal.

Voorbeeld

In het kader van een niet-openbare procedure hanteert een aanbesteder bijvoorbeeld de volgende minimumeis: "De gegadigde moet in de laatste 5 jaren op vakkundige en regelmatige wijze hebben uitgevoerd en tijdig hebben opgeleverd, verleend uitstel daaronder inbegrepen, 2 nieuwbouwwerken burgerlijke en utiliteitsbouw, inhoudende bouwkundige en installatietechnische werkzaamheden, met een minimale aanneemsom of gefactureerd bedrag van € 10.000.000,-- (excl. BTW)". Een gegadigde die niet aan deze minimumeis voldoet, komt niet voor nadere selectie in aanmerking. Een gegadigde die wel aan deze eis voldoet, zal in het kader van de nadere selectie bijvoorbeeld antwoord moeten geven op de vraag wanneer de nieuwbouwwerken zoals omschreven in de minimumeis precies zijn uitgevoerd. Afhankelijk van de beantwoording van die vraag kan de aanbesteder nagaan wie van de geschikte gegadigden de meest recente ervaring heeft opgedaan en om die reden aanspraak kan maken op de toekenning van punten in het kader van de nadere selectie.

De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving verplicht de aanbesteder zoals gezegd niet om - gesteld dat hij tot het beperken van de uit te nodigen gegadigden zou willen overgaan - van een van de hierboven beschreven selectiemethoden gebruik te maken.

Welke selectiemethode een aanbesteder uiteindelijk ook kiest, hij is verplicht die methode en de in dat verband eventueel te gebruiken selectiecriteria op een begrijpelijke en eenduidige wijze formuleren. De toets die de criteria en de methode moeten kunnen doorstaan, is dat alle redelijk

geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden of inschrijvers voorafgaande aan hun besluit tot deelname aan de aanbestedingsprocedure in staat zijn die criteria en methode op dezelfde wijze te interpreteren.

Een belangrijke verplichting die overigens wel nog op de aanbesteder rust wanneer hij tot het beperken van het aantal uit te nodigen gegadigden wil kunnen overgaan is dat hij vooraf het minimumaantal geschikte gegadigden moet vaststellen dat hij ten minste zou willen uitnodigen, hetzij tot het doen van een inschrijving, hetzij tot deelname aan de dialoogronde. Ten einde er voor te zorgen dat de mededinging ondanks de uit te voeren selectie voldoende blijft gewaarborgd, stelt de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving bovendien grenzen aan het minimumaantal dat de aanbesteder mag stellen.

Bron

Zie art. 44 lid 3, tweede alinea, Algemene Richtlijn en art. 44 lid 5 Bao. Daarin is bepaald dat ingeval van een niet-openbare procedure het minimumaantal ten minste op 5 moet worden gesteld. Bij de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en bij de concurrentiegerichte dialoog moet het minimumaantal op ten minste 3 worden gesteld. Deze minimumaantallen gelden in ieder geval wanneer de aanbesteder voor een van de genoemde aanbestedingsprocedures kiest op grond van een verplichting die uit de Algemene Richtlijn voortvloeit. Indien in dat geval ook de ARW 2005 verplicht dan wel onverplicht van toepassing wordt verklaard, is de verplichting tot het hanteren van deze minimumaantallen ook terug te vinden in art. 3.1.2, art. 4.1.2 en art. 5.1.2 ARW 2005.

Indien op de aanbesteder geen aanbestedingsplicht uit hoofde van de Algemene Richtlijn rust, maar hij wel op een andere grond tot aanbesteden verplicht is en in dat kader - verplicht dan wel onverplicht - kiest voor toepassing van het ARW 2005, moet hij een niet-openbare procedure het minimumaantal ten minste op 3 stellen. Bij de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en bij de concurrentiegerichte dialoog moet het minimumaantal op ten minste 3 worden gesteld. Zie art. 3.1.3, art. 4.1.2 en art. 5.1.2 ARW 2005.

De verplichting houdt slechts in dat de aanbesteder het omschreven minimumaantal ten minste zal moeten stellen. Hij mag natuurlijk ook een hoger minimumaantal stellen.

De verplichting heeft voorts alleen betrekking op het daadwerkelijk stellen van een minimumaantal, hetgeen dan overigens zal moeten gebeuren in de aankondiging van de bouwopdracht. Zie daarvoor ook par. 4.3.3 hierna. De verplichting houdt dus niet in dat de aanbesteder het gestelde minimumaantal gegadigden ook daadwerkelijk zal moeten uitnodigen, in het geval dat er minder geschikte gegadigden zijn dan het gestelde minimumaantal. Zie voor die problematiek hierna par. 4.3.5.

Naast de verplichting tot het stellen van een minimumaantal van ten minste het aantal door de wet- en regelgeving genoemde gegadigden, *kan* de aanbesteder ook een maximumaantal uit te nodigen gegadigden stellen. Een verplichting daartoe, bestaat dus niet.

Bron

Zie art. 44 lid 3, tweede alinea, Algemene Richtlijn en art. 44 lid 5 Bao. Zie ook art. 3.1.3, art. 4.1.3 en art. 5.1.3 ARW 2005.

Binnen de kaders van de hierboven uiteengezette juridische randvoorwaarden, moet een aanbesteder in het concrete geval zelf proberen maatwerk te leveren wanneer hij overgaat tot het formuleren van de selectiecriteria, de selectiemethode en het minimum- en maximumaantal uit te nodigen gegadigden. In de praktijk is dat niet altijd een eenvoudige opgave. In *par. 5.4* zullen om die reden nog een aantal aanbevelingen worden geformuleerd teneinde aanbesteders wat dat betreft enigszins op weg te helpen.

4.3.3 Bekendmaken van selectiecriteria, selectiemethode en minimum- en maximumaantal

Een aanbesteder die wil overgaan tot het beperken van het aantal uit te nodigen gegadigden, tijdens een aanbestedingsprocedure, is verplicht de daarvoor te gebruiken selectiecriteria, de selectiemethode alsook het minimumaantal uit te nodigen gegadigden vooraf bekend te maken in de aankondiging van de bouwopdracht. Het maximumaantal uit te nodigen gegadigden kan hij eventueel bekendmaken.

Bron

Zie art. 44 lid 3 Algemene Richtlijn en art. 44 lid 4 Bao. Zie voorts art. 3.3.5, art. 4.4.5 en art. 5.4.6 ARW 2005. In de gevallen waarin deze regels niet van toepassing zijn, vloeit de verplichting voort uit de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

Gegadigden of inschrijvers moeten aan het begin van de aanbestedingsprocedure immers weten waar ze aan toe zijn en niet voor verrassingen komen te staan wanneer zij eenmaal te kennen hebben gegeven aan die procedure te willen deelnemen. Wanneer een aanbesteder bepaalde selectiecriteria, een bepaalde selectiemethode of het maximumaantal uit te nodigen gegadigden niet omschrijft in de aankondiging, zijn die criteria, methode en dat maximumaantal vervolgens ook niet van toepassing.

4.3.4 Wijzigen of aanvullen van selectiecriteria, selectiemethode en minimum- en maximumaantal

Kan de aanbesteder reeds bekendgemaakte beslissingen ten aanzien van de voorgenomen selectiemethode, criteria en minimum- en maximumaantal uit te nodigen gegadigden nog op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure wijzigen of aanvullen? Het beginsel van non-discriminatie en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel staan dat niet toe, wanneer de aanbesteder inmiddels kennis heeft genomen van de identiteit van een of meer van de gegadigden die aan de aanbestedingsprocedure willen deelnemen. Tot dat moment zijn er overigens geen juridische bezwaren tegen de hierboven bedoelde wijzigingen of aanvullingen. De consequentie van het voorafgaande is dat een aanbesteder die een selectiecriterium wil wijzigen nadat zich gegadigden hebben aangemeld, dat alleen kan doen door de aanbestedingsprocedure af te breken en een nieuwe aanbestedingsprocedure te beginnen.

Toelichting

Zie voor de juridische randvoorwaarden die overigens in acht moeten worden genomen indien de aanbesteder de heraanbesteding van een bouwopdracht overweegt na annulering van een eerdere aanbestedingsprocedure: hoofdstuk 12, par. 4.2.9 en par. 4.2.10.

4.3.5 Toepassen van selectiecriteria en selectiemethode

Wanneer een aanbesteder gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid tot het in de aankondiging van de bouwopdracht bekendmaken van het feit dat hij het aantal uit te nodigen gegadigden wenst te beperken door middel van een selectie, zal hij op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure die selectie daadwerkelijk moeten uitvoeren.

Toelichting

Bij alle in dit kader relevante aanbestedingsprocedures, vindt die selectie plaats nadat de gegadigden zich hebben aangemeld. De aanbesteder is overigens verplicht de selectiecriteria en de selectiemethode op objectieve en uniforme wijze toe te passen op alle gegadigden die deelnemen aan de aanbestedingsprocedure.

Voor de toepassing van de selectiecriteria en de selectiemethode geldt dat een aanbesteder niet eerst in de aankondiging dergelijke criteria en zo'n methode mag bekendmaken, om vervolgens het daadwerkelijk toepassen van die criteria en methode achterwege te laten indien blijkt dat daardoor een bepaalde gegadigde moet worden uitgeselecteerd. Ook het omgekeerde is het geval: wanneer een aanbesteder in de aankondiging van de aanbesteding géén melding maakt van het feit dat hij voornemens is bepaalde selectiecriteria of een bepaalde selectiemethode te gaan hanteren, kan hij lopende de aanbestedingsprocedure niet alsnog overgaan tot het toepassen van dergelijke criteria of zo'n methode, zie ook par. 4.3.4.

Er kunnen zich in de praktijk een aantal regelmatig voorkomende situaties voordoen, die reden kunnen vormen tot vragen naar aanleiding van de uitkomst van de feitelijke selectie. Die vragen komen er in de kern op neer hoeveel gegadigden de aanbesteder uiteindelijk zal moeten uitnodigen na toepassing van de vooraf bekendgemaakte selectiecriteria en de selectiemethode.

Vooropgesteld moet worden dat een aanbesteder alleen maar gegadigden mag selecteren die ook gekwalificeerd zijn.

Toelichting

De premisse is dan, dat de aanbesteder kwalitatieve geschiktheidseisen zoals bedoeld in par. 4.2 van toepassing heeft verklaard op de aanbestedingsprocedure, in combinatie met een bepaalde selectiemethode. Zie daarvoor ook par. 4.3.2.

De eerste situatie die zich dan vervolgens kan voordoen, is dat het aantal geschikte gegadigden lager ligt dan het minimumaantal dat de aanbesteder vooraf heeft gesteld. In dat geval *mag* de aanbesteder besluiten tot het uitnodigen van dat lagere aantal geschikte gegadigden, zelfs wanneer er maar één geschikte gegadigde over blijkt te zijn.

Bron

Zie art. 44 lid 3, laatste alinea, Algemene Richtlijn en art. 44 lid 7 Bao. Zie ook de toelichting op art. 3.3, art. 4.4 en art. 5.4 ARW 2005.

De aanbesteder zal er in zo'n situatie overigens rekening mee moeten houden dat de gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen mogelijk als te zwaar moeten worden beschouwd en dat marktpartijen die eisen ter discussie zouden kunnen stellen via de band van de schending van het proportionaliteitsbeginsel.

Wanneer de aanbesteder er voor kiest door te gaan met het lagere aantal geschikte gegadigden, zal hij die vervolgens ook allemaal moeten uitnodigen tot inschrijving of tot deelname aan de dialoogronde. Hij mag in dat verband geen uitgesloten of gediskwalificeerde gegadigden en ook geen derden uitnodigen ten einde alsnog tot het minimumaantal uit te nodigen gegadigden te komen.

Bron

Zie art. 44 lid 3, laatste alinea, Algemene Richtlijn en art. 44 lid 7 Bao. De ARW 2005 voorzien niet in zo'n verbod, dat overigens ook op het beginsel van non-discriminatie en transparantie kan worden gebaseerd.

Een tweede situatie die zich zou kunnen voordoen, is dat een aanbesteder alleen maar een minimumaantal uit te nodigen gegadigden heeft gesteld en geen maximumaantal en dat er zich vervolgens meer geschikte gegadigden blijken te melden dan het gestelde minimumaantal. In zo'n situatie zal de aanbesteder alle geschikte gegadigden moeten uitnodigen, bij gebreke aan een vooraf gesteld maximumaantal.

Een derde situatie betreft die waarin de aanbesteder wél een maximumaantal uit te nodigen gegadigden heeft gesteld - naast een minimumaantal - en dat het aantal daadwerkelijk geschikte gegadigden hoger blijkt te liggen dan dat maximumaantal. In zo'n situatie is de aanbesteder verplicht met behulp van de gestelde selectiecriteria en selectiemethode het aantal uit te nodigen geschikte gegadigden te 'shortlisten' tot het gestelde maximumaantal. Niet meer en niet minder. Een laatste situatie die zich tot slot nog zou kunnen voordoen, is dat de aanbesteder wederom een maximumaantal uit te nodigen gegadigden heeft gesteld - naast een minimumaantal - en dat het aantal daadwerkelijk geschikte gegadigden hoger blijkt te liggen dan het gestelde minimumaantal, doch lager dan het maximumaantal. In zo'n geval is de aanbesteder verplicht alle geschikte gegadigden uit te nodigen. Het feit dat het daadwerkelijk aantal geschikte gegadigden tussen een vooraf gesteld minimum- en maximumaantal ligt, geeft de aanbesteder dus niet de bevoegdheid om achteraf - nadat hij heeft kennis genomen van de identiteit van de geschikte gegadigden - binnen de bandbreedte die wordt gevormd door het minimum- en maximumaantal het aantal uit te nodigen gegadigden alsnog te bepalen.

5 Doelmatig uitsluiten, (dis)kwalificeren en selecteren

5.1 Vertrekpunt

Binnen de grenzen van de in *par. 4* beschreven juridische randvoorwaarden beschikken aanbesteders over de nodige beleidsvrijheid om beslissingen te nemen met betrekking tot uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria. In de navolgende paragrafen zal worden geprobeerd een aantal aanbevelingen te formuleren op basis waarvan aanbesteders - binnen die randvoorwaarden - tot zo doelmatig mogelijk beslissingen kunnen komen.

5.2 Uitsluitingsgronden

5.2.1 Wel of geen uitsluitingsgronden van toepassing verklaren?

In *par. 4.1* is duidelijk gemaakt dat een aanbesteder alleen verplicht is tot het hanteren van de *dwingende* uitsluitingsgronden wanneer op hem een aanbestedingsplicht rust op grond van een van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Het al dan hanteren van de *facultatieve* uitsluitingsgronden is in zo'n geval overgelaten aan de beleidsvrijheid van de aanbesteder, tenzij de opdracht verplicht wordt aanbesteed door een Rijksaanbesteder op grond van de Algemene Richtlijn. In zo'n geval moeten krachtens de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren namelijk ook de facultatieve uitsluitingsgronden verplicht worden gehanteerd.

Het voorgaande doet de vraag rijzen in welke gevallen een aanbesteder - lees: gevallen waarin hij een aanbestedingsprocedure volgt en waarin hij *niet* verplicht is dwingende en/of facultatieve

uitsluitingsgronden te hanteren - er toch verstandig aan doet die gronden van toepassing te verklaren? Die vraag kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord. Het is echter wel mogelijk om in dit verband een aantal gezichtspunten te benoemen die een aanbesteder in zijn overwegingen zou kunnen betrekken wanneer hij voor de vraag staat of hij zijn bevoegdheid tot het van toepassing verklaren van uitsluitingsgronden al dan niet zal uitoefenen.

Toelichting

Wellicht ten overvloede wordt hier nog eens opgemerkt dat wanneer een aanbesteder - onverplicht - in de aankondiging van de opdracht heeft bekendgemaakt dat hij een of meer uitsluitingsgronden zal gaan toepassen, hij vervolgens ook verplicht is om dat daadwerkelijk te doen.

Een aanbesteder zal zich moeten realiseren dat het doel van het hanteren van uitsluitingsgronden gelegen is in het uitsluiten van bepaalde risico's met betrekking tot de professionele integriteit, kredietwaardigheid en betrouwbaarheid van gegadigden en inschrijvers. Het is daarom vanuit een oogpunt van doelmatigheid verstandig dat de aanbesteder per geval een afweging probeert te maken op basis van de beantwoording van de volgende vragen:

(1) hoe groot is - gegeven de sector waarin de opdracht wordt aanbesteed alsook de kenmerken van die opdracht - het risico dat de aanbesteder te maken krijgt met gegadigden of inschrijvers op wie een of meer van de door deze uitsluitingsgronden genoemde omstandigheden van toepassing zijn?;

(2) in hoeverre is dat risico onaanvaardbaar? Wat zijn bijvoorbeeld de aard, ernst en omvang van gevolgen voor de aanbestede opdracht - en wanneer het om een integriteitsrisico gaat: voor de samenleving als geheel - gesteld dat het risico zich zou verwezenlijken hetzij tijdens de aanbestedingsprocedure, hetzij tijdens de uitvoering van de inmiddels gegunde opdracht?;

(3) in hoeverre zal het hanteren van de genoemde uitsluitingsgronden afbreuk kunnen doen aan de belangen van de betrokken gegadigden en inschrijvers?;

(4) wat zal naar verwachting de omvang zijn van de administratieve lasten die worden opgeroepen door het gebruik van de genoemde uitsluitingsgronden in het concrete geval? In dat kader kan met name worden gedacht aan de kosten die het aanleveren en beoordelen van bewijsmiddelen met zich mee zal brengen.

5.2.2 Nadere invulling van open begrippen 'delict in strijd met zijn beroepsgedragsregels' en 'ernstige fout'?

In *par. 4.1.3.2* is uitgelegd dat er in beginsel geen nadere regels bestaan waarmee een aanbesteder antwoord kan geven op de vraag hoe hij de open begrippen 'delict in strijd met zijn beroepsgedragsregels' en 'ernstige fout', zoals die worden gebruikt in de facultatieve '(c)-grond' en de '(d)-grond', nader moet invullen.

Toelichting

Het gaat hier om de facultatieve uitsluitingsgronden genoemd - sub (c) en sub (d) - in art. 45 lid 2 Algemene Richtlijn, art. 45 lid 3 Bao, art. 2.7.4, art. 3.7.4, art. 4.8.4, art. 5.8.4, art. 6.5.4 en art. 7.3.1 ARW 2005.

Die nadere invulling heeft zoals gezegd echter wel plaatsgevonden voor de Rijksoverheid in de BIBOB-Beleidsregels. Rijksaanbesteders die een bouwopdracht moeten aanbesteden op grond van de Algemene Richtlijn, en die om die reden verplicht zijn de facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren, moeten in dat kader uitgaan van de nadere invulling van de begrippen 'delict in strijd met zijn beroepsgedragsregels' en 'ernstige fout' die aan die begrippen wordt gegeven door deze Beleidsregels.

Bron

Zie art. 5 en art. 6 Beleidsregels.

Andere aanbesteders die de facultatieve '(c)-grond' en '(d)-grond' van toepassing verklaren, zijn niet verplicht om de Beleidsregels op dit punt te volgen. Uit een oogpunt van doelmatigheid - standaardisatie, kostenefficiency - worden ook zij echter aangeraden om in zulke gevallen zoveel mogelijk bij de hierboven genoemde bepalingen van de Beleidsregels aan te sluiten.

5.2.3 Eigen verklaringen en BIBOB-advies vragen?

In *par. 4.1.4* is uiteengezet dat een aanbesteder niet verplicht is om - alvorens om bewijsmiddelen te mogen vragen in het kader van de beoordeling in het licht van de uitsluitingsgronden - eerst zogenoemde 'eigen verklaringen' van gegadigden of inschrijvers te vragen. Rijksaanbesteders die bouwopdrachten moeten aanbesteden op grond van de Algemene Richtlijn, zijn op grond van de BIBOB-Beleidsregels echter wel verplicht eerst die eigen verklaringen te vragen.

Toelichting

Zie hierover meer uitvoerig par. 4.1.4.3. Zie in dat verband ook art. 3 lid 1 jo. Bijlage 1 van de Beleidsregels.

Andere aanbesteders worden ten zeerste geadviseerd om in hun aanbestedingsbeleid op dit punt zoveel mogelijk aan te sluiten bij de regeling in de Beleidsregels. Een aanbesteder doet dat dan door in de aankondiging van een bouwopdracht te verlangen dat gegadigden of inschrijvers een vragenlijst invullen die zoveel mogelijk is afgestemd op de inhoud van Bijlage 1 behorende bij de Beleidsregels. Vervolgens doet een aanbesteder er verstandig aan alleen de vijf inschrijvers of gegadigden die naar zijn oordeel het meest in aanmerking komen voor uitvoering van de bouwopdracht respectievelijk een uitnodiging tot inschrijving te krijgen, te vragen de bewijsmiddelen over te leggen.

In *par. 4.1.4.3* is ook nog gebleken dat andere aanbesteders dan Rijksaanbesteders niet verplicht zijn gebruik te maken van het BIBOB-instrumentarium. Dat laat natuurlijk onverlet dat het ook voor hen in bepaalde gevallen verstandig kan zijn een advies te vragen bij Bureau-BIBOB. Deze aanbesteders kunnen via de website van het Ministerie van Justitie nagaan hoe zij in dat kader het beste te werk zouden kunnen gaan.

Toelichting

Zie: www.justitie.nl/onderwerpen/criminaliteit/bibob

5.3 Kwalitatieve geschiktheidseisen

5.3.1 Wel of geen kwalitatieve geschiktheidseisen van toepassing verklaren?

Zoals is opgemerkt in *par. 4.2.1* is het van toepassing verklaren van kwalitatieve geschiktheidseisen geen verplichting, maar slechts een bevoegdheid van de aanbesteder. De praktijk van aanbesteden in de bouw laat echter zien dat aanbesteders terecht veelvuldig van die bevoegdheid gebruik maken. Het van toepassing verklaren van kwalitatieve geschiktheidseisen zou in de praktijk inderdaad zoveel mogelijk de regel moeten zijn.

Een aanbesteder die een aanbestedingsprocedure start zonder vooraf geschiktheidseisen te stellen, loopt het risico dat hij contracteert met een onderneming die weliswaar beweert het aanbestede project te kunnen uitvoeren, maar die helemaal geen ervaring heeft met technisch vergelijkbare projecten en die (daardoor) mogelijk ook niet in staat is om die uitvoering tot een goed einde te brengen. Ook wanneer een onderneming over onvoldoende economische en financiële draagkracht beschikt, kan dat uiteindelijk een risico opleveren voor de voltooiing van het project. Die draagkracht zegt immers iets over het mogelijke risico van discontinuïteit van de onderneming van een gegadigde of inschrijver.

Toelichting

Het gaat hier niet alleen om het 'normale' risico dat de aanbesteder loopt wanneer er wordt gecontracteerd met een marktpartij die vervolgens haar verplichtingen niet blijkt te kunnen nakomen. Er is namelijk ook nog een bijzonder risico dat eigen is aan de niet-nakoming van bouw- en aanverwante contracten. Bij dergelijke contracten kan de aanbesteder in theorie weliswaar overgaan tot het ontbinden van het contract indien dat niet wordt nagekomen, maar in de praktijk kan zo'n ontbinding grote nadelige gevolgen hebben en zal de aanbesteder vaak genoodzaakt zijn de zaak op te lossen met de oorspronkelijke wederpartij. Bij de niet-nakoming van andere contracten - bijvoorbeeld die welke de levering van standaardproducten betreffen - kan de aanbesteder over het algemeen wat makkelijker en zonder al te grote gevolgen een alternatieve leverancier inschakelen nadat hij het contract met de oorspronkelijke leverancier heeft ontbonden.

Door geschiktheidseisen te stellen, dwingt een aanbesteder zichzelf bovendien nog eens tot nadenken over de aard en inhoud van de eisen opgenomen in de vraagspecificatie, nu beide typen eisen immers inhoudelijk met elkaar verbonden dienen te zijn.

5.3.2 Gezichtspunten voor proportionele geschiktheidseisen?

In *par. 4.2.2* is opgemerkt dat er geen concrete materiële voorschriften bestaan wat betreft de (on) toelaatbare inhoud van kwalitatieve geschiktheidseisen. Er gelden slechts algemene juridische kaders waarbinnen aanbesteders zelf hun weg zullen moeten vinden wanneer zij geschiktheidseisen willen opstellen ten aanzien van de economische en financiële draagkracht en ten aanzien van de technische en/of de beroepsbekwaamheid van gegadigden of inschrijvers.

Die opmerking is vooral gemaakt met betrekking tot het proportionaliteitsbeginsel. Het is in zijn algemeenheid niet mogelijk om op voorhand zeer concrete regels aan aanbesteders mee te geven met behulp waarvan zij als het ware aanbestedingsrechtelijk 'waterdichte' geschiktheidseisen zouden kunnen formuleren. Dat komt omdat de (dis)proportionaliteit van een concrete geschiktheidseis uiteindelijk in sterke mate wordt bepaald door de concrete omstandigheden van het geval waarin zo'n eis wordt gehanteerd. Of een geschiktheidseis dus proportioneel is of niet, hangt af van de verdere omstandigheden van het geval.

Het voorgaande laat onverlet dat het op dit moment wel mogelijk lijkt - zij het in zeer algemene zin - om aan te geven in welke gevallen een aanbesteder zich in de regel in de 'veilige zone' zal bevinden met de door hem gestelde geschiktheidseisen. Daarbij geldt overigens als uitgangspunt dat het er uiteindelijk om gaat dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over het stellen van geschiktheidseisen en dat hij zich daarbij met name dient te realiseren wat nu eigenlijk de voor de realisatie van het concrete project benodigde kerncompetenties (zouden moeten) zijn.

Toelichting

De navolgende gezichtspunten zijn allereerst gebaseerd op de inhoud van het concept Besluit aanbestedingen, dat zou worden gebaseerd op de op 8 juli 2008 verworpen Aanbestedingswet. De gezichtspunten zijn daarnaast gebaseerd op de ontwikkelingen in de jurisprudentie.

De proportionaliteit van zogenoemde omzeteisen - geschiktheidseisen ten aanzien van de economische en financiële draagkracht van gegadigden of inschrijvers - kan worden gemeten aan de hand van de hoogte van de aanneemsom van een door de aanbesteder gevraagd referentiewerk. Indien de gestelde omzeteis meer bedraagt dan vijf keer de hoogte van het hoogste referentiewerk, zal het vermoeden mogen rijzen dat de gestelde omzeteis disproportioneel is. Als regel zal de hoogte van een referentiewerk namelijk mogen worden vastgesteld op maximaal 60% van de raming van de aanbestede opdracht. De omzeteis zou dan uitkomen boven 300% van de raming, hetgeen in de regel als disproportioneel zal kunnen worden beschouwd. Een omzeteis die zich bevindt binnen de bandbreedte 0%-200% zal daarentegen in de regel wel als proportioneel mogen worden beschouwd. Wat betreft het stellen van ervaringseisen ligt de grens in de jurisprudentie op dit moment bij drie referentiewerken. Wanneer méér dan drie referentiewerken worden gevraagd, wordt meestal geoordeeld dat dat disproportioneel is. Het vragen om minder dan drie referenties wordt over het algemeen in de jurisprudentie aanvaard.

Het is belangrijk om te benadrukken dat de hierboven genoemde gezichtspunten inderdaad niet meer en niet minder dan gezichtspunten zijn met behulp waarvan aanbesteders in de bouw op een juridisch verantwoorde en doelmatige manier tot het stellen van geschiktheidseisen zouden kunnen komen. Aanbesteders kunnen vanzelfsprekend tot een afwijkend beleidsoordeel komen wanneer zij daarvoor goede redenen hebben. Of een geschiktheidseis proportioneel is, hangt uiteindelijk immers af van de specifieke kenmerken van de aanbestede bouwopdracht en van het doel dat de aanbesteder met het stellen van de eis voor ogen heeft. Soms zal een project - gegeven de categorie van projecten waartoe het behoort - als bijzonder kunnen worden beschouwd wat betreft zijn aard, omvang en doel en zal het klakkeloos formuleren van geschiktheidseisen aan de hand van de hierboven genoemde gezichtspunten zeker niet vanzelfsprekend behoeven te zijn. In zo'n geval zullen ook zwaardere, op de bijzondere kenmerken van het project afgestemde geschiktheidseisen geformuleerd kunnen worden.

5.3.3 Eigen verklaringen vragen?

In *par. 4.2.5* is opgemerkt dat het vragen om eigen verklaringen in het licht van de toepassing van door de aanbesteder gestelde (en bekendgemaakte) kwalitatieve geschiktheidseisen niet door aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving wordt verplicht. Aanbesteders worden echter uit een oogpunt van doelmatigheid ten zeerste geadviseerd om in hun aanbestedingsbeleid zoveel mogelijk uit te gaan van de praktijk van het gebruik van eigen verklaringen. Dat beleid sluit dan aan bij de mogelijkheid die het ARW 2005 reeds biedt om eigen verklaringen van gegadigden en inschrijvers te verlangen, alvorens zij de bewijsmiddelen dienen over te leggen waarmee zij wensen aan te tonen dat zij aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen.

5.4 (Hoe te) selecteren?

De beslissing van de aanbesteder om tot een nadere selectie te komen van de uit te nodigen gegadigden hangt nauw samen met zijn beslissing om hetzij voor de openbare, hetzij voor gebruikmaking van één van de niet-openbare procedures te kiezen. Elders in de Leidraad zijn reeds opmerkingen gemaakt ten aanzien van de vraag door welke overwegingen een aanbesteder zich in dat kader het beste zou kunnen laten leiden.

Toelichting

Zie hoofdstuk 8, par. 6.5.

Er bestaan zoals gezegd verschillende methoden om tot nadere selectie te komen. Er gelden op dit punt geen verplichtingen voor aanbesteders wat betreft de keuze van de te hanteren methode, maar de in de praktijk meest gebruikte methode is die waarbij de aanbesteder eerst een beoordeling uitvoert op basis van kwalitatieve geschiktheidseisen als afzonderlijke minimumeisen, zoals bedoeld in *par. 4.2*. Indien er dan meer geschikte gegadigden overblijven dan het in de aankondiging aangegeven maximumaantal, gaat de aanbesteder bij deze methode over tot een nadere selectie op basis van *inhoudelijke* selectiecriteria waarmee hij een rangorde kan vaststellen - in afnemende volgorde van geschiktheid - van alle gegadigden die geschikt blijken te zijn. De mogelijkheid van loten is juridisch dus weliswaar toegestaan, maar valt in de praktijk vaak af als een minder gewaardeerde methode. Een in de praktijk meer gewaardeerde methode is die waarbij een nadere selectie plaatsvindt op basis van de mate waarin wordt voldaan aan de gestelde geschiktheidseisen ten aanzien van de voor het project benodigde competenties.

Hoe het gunningscriterium te formuleren, bekend te maken en toe te passen?

11

Managementsamenvatting

Wat is het doel van dit hoofdstuk?

- **Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te helpen bij het nemen van beslissingen die verband houden met het formuleren, bekendmaken en toepassen van het gunningscriterium. Onder het begrip 'gunningscriterium' wordt het inhoudelijke criterium verstaan dat een aanbesteder tijdens een aanbestedingsprocedure hanteert, ten einde tot de keuze voor de beste inschrijving te komen.**

Wat wordt verstaan onder 'gunningscriterium'?

- **Onder het begrip 'gunningscriterium' wordt het inhoudelijke criterium verstaan dat een aanbesteder tijdens een aanbestedingsprocedure hanteert, ten einde tot de keuze voor de beste inschrijving te komen.**
- **Het gunningscriterium criterium moet worden onderscheiden van de criteria die de aanbesteder hanteert voor de kwalitatieve beoordeling van de gegadigden of inschrijvers die aan de aanbestedingsprocedure deelnemen.**

Waar moet een aanbesteder met name aan denken wanneer hij beslissingen in het kader van het gunningscriterium neemt?

- **Andere beslissingen die de aanbesteder in het kader van het aanbestedingsproces neemt (bouworganisatievorm, vraagspecificatie, contractvorm) moeten niet alleen onderling goed op elkaar zijn afgestemd, maar daarenboven ook consistent te zijn met beslissingen die de aanbesteder neemt in het kader van het gunningscriterium.**
- **Bij die onderlinge afstemming zal de aanbesteder zich telkens weer moeten laten leiden door het antwoord op de vraag welke mate van oplossingsvrijheid hij de markt zou moeten geven om het met het bouwproces beoogde resultaat in het concrete geval te kunnen bereiken. Door voor een bepaald gunningscriterium te kiezen, oefent de aanbesteder een belangrijke mate van invloed uit op de inhoud van de inschrijvingen die hij hoopt te ontvangen van de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure.**

Aan welke juridische randvoorwaarden is een aanbesteder gebonden bij het hanteren van een gunningscriterium?

- **Voor alle aanbestedingsprocedures - met uitzondering van de concurrentiegerichte dialoog - geldt dat de aanbesteder juridisch vrij is om te kiezen uit een tweetal gunningscriteria: het laagste prijscriterium en het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving.**
- **Kiest de aanbesteder voor het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving, dan zal hij dat criterium in nadere criteria moeten uitwerken. Hij mag in dat kader zelf bepalen welke aspecten hij aan die criteria ten grondslag zal leggen, vooropgesteld dat die aspecten een economische dimensie hebben en verband houden met het voorwerp van de opdracht.**
- **De aanbesteder is verplicht het gunningscriterium, de criteria en eventuele subcriteria waarmee invulling wordt gegeven aan het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving, alsook de inrichting van de systematiek van wegingscoëfficiënten, begrijpelijk en eenduidig te formuleren zodat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn het criterium, de eventuele nadere (sub)criteria, de systematiek van wegingscoëfficiënten en de verdere beoordelingssystematiek op dezelfde manier te begrijpen.**
- **De aanbesteder is verplicht iedere inschrijver een passende mate van bekendmaking van het gunningscriterium te garanderen door zich te houden aan de geldende aanbestedingsrechtelijke bekendmakingsverplichtingen. In het verlengde hiervan ligt een verbod om het gunningscriterium of nadere criteria op enig moment tijdens het aanbestedingsproces te wijzigen wanneer het moment waarop die criteria definitief bekend moesten zijn inmiddels is verstreken.**
- **Voorzover een inschrijving in aanmerking komt voor een beoordeling in het licht van het gunningscriterium, is de aanbesteder verplicht dat criterium ook daadwerkelijk toe te passen en dat op objectieve en uniforme wijze te doen ten aanzien van alle inschrijvers.**

Welke aanbevelingen kunnen vanuit een oogpunt van doelmatigheid worden gedaan ten aanzien van het gunningscriterium?

- **Om redenen van doelmatigheid doet een aanbesteder in de bouw er verstandig aan in beginsel te kiezen voor het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving en alleen terug te vallen op het laagste prijscriterium indien daar goede redenen voor zijn aan te voeren.**
- **Wat betreft de in het kader van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving te nemen beslissingen vindt op dit moment standaardisatie plaats waarmee de aanbesteder zijn voordeel kan doen mede in het licht van het belang van een doelmatige aanbesteding.**
- **Vanuit een oogpunt van doelmatigheid wordt aanbevolen de inschrijvingen eerst te beoordelen op basis van de kwaliteitsgerelateerde criteria en vervolgens op basis daarvan de (voorlopige) waarde van de inschrijvingen vast te stellen.**

1 Inleiding

Het uitgangspunt van dit hoofdstuk is dat de aanbesteder bepaalde beslissingen heeft genomen - of overweegt die te nemen - met betrekking tot:

- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm;
- de aanbestedingsprocedure;
- de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria.

De aanbesteder zal in aansluiting op deze beslissingen ook een aantal beslissingen moeten nemen met betrekking tot het gunningscriterium.

Toelichting

Aan de hand van het gunningscriterium wordt bepaald welke van de inschrijvingen uiteindelijk als beste uit de bus komt. De vraag welk gunningscriterium de aanbesteder het beste zou kunnen kiezen en hoe hij bij de uitwerking en toepassing van dat criterium overigens te werk dient te gaan, moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daarbij zal dan tevens moeten worden gelet op de beslissingen die de aanbesteder heeft genomen of overweegt te nemen ten aanzien van andere belangrijke aspecten van het aanbestedingsproces. Zie hierna ook par. 3.

Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te helpen bij het nemen van die beslissingen. In dat verband wordt eerst duidelijk gemaakt wat in de Leidraad onder 'gunningscriterium' wordt verstaan *(par. 2)*. Daarna komt de vraag aan de orde waarom het belangrijk is dat een aanbesteder zijn beslissingen terzake het gunningscriterium goed doordenkt *(par. 3)*. Vervolgens komen de juridische randvoorwaarden aan bod waarbinnen hij dat zal moeten doen *(par. 4)*. Een aanbesteder die deze randvoorwaarden in het concrete geval in acht neemt, houdt vervolgens nog voldoende vrijheid over om het gunningscriterium doelmatig te kunnen formuleren en toe te passen *(par. 5)*.

2 Wat is een 'gunningscriterium'?

Onder het begrip 'gunningscriterium' wordt het inhoudelijke criterium verstaan dat een aanbesteder tijdens een aanbestedingsprocedure hanteert, ten einde tot de keuze voor de beste inschrijving te komen.

Toelichting

Juridisch zijn slechts twee criteria toelaatbaar: 'de laagste prijs' en de 'economisch meest voordelige inschrijving'. Daartussen moet dus worden gekozen. Zie hierna ook par. 4.1 en par. 5.1.

Het gunningscriterium wordt in de regel scherp onderscheiden van de criteria die de aanbesteder hanteert voor de kwalitatieve beoordeling van de gegadigden of de inschrijvers die aan de aanbestedingsprocedure mogen deelnemen.

Toelichting

Zie hiervoor hoofdstuk 10.

Voorbeeld

Een voorbeeld van een geschiktheidseis is de volgende eis: "De gegadigde dient in de afgelopen 3 jaren minimaal 2 wegverhardingen van cementbeton te hebben uitgevoerd van ieder minimaal 500 m².".

Bij de meeste aanbestedingsprocedures is het zo dat marktpartijen zich eerst als gegadigden dienen aan te melden voor de procedure en dat vervolgens aan de hand van een kwalitatieve beoordeling van hun geschiktheid - bijvoorbeeld hun ervaring - wordt vastgesteld wie van hen tot het doen van een inschrijving wordt uitgenodigd.

Toelichting

De procedures waarbij dit niet gebeurt, zijn de openbare procedure, de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en de onderhandse procedure. Zie hoofdstuk 8, par. 4.2, 4.6 en 4.7.

Wanneer echter eenmaal op basis van die kwalitatieve beoordeling is vastgesteld dat een gegadigde dient te worden uitgenodigd voor het doen van een inschrijving, mag zijn ervaring en geschiktheid vervolgens geen rol meer spelen bij de beoordeling van zijn inschrijving in het licht van het gestelde gunningscriterium.

Voorbeeld

Het is bijvoorbeeld niet toegestaan de omvang van de ervaring van een inschrijver met de aanleg van wegverhardingen in cementbeton mee te laten wegen in de gunningsbeslissing. Het gunningscriterium dient betrekking te hebben op de inschrijving, en niet op de inschrijver.

Een aanbesteder neemt in het kader van een aanbestedingsproces een aantal beslissingen met betrekking tot het gunningscriterium. Hij zal allereerst een keuze moeten maken - gegeven de ruimte voor eigen inbreng die hij de markt wenst te geven - tussen het gunningcriterium 'laagste prijs' en 'economisch meest voordelige inschrijving'. Kiest hij voor het laatste, dan zal hij dat criterium voor het concrete geval nader inhoud moeten geven. Dat moet - zoals hierna nog zal blijken - zorgvuldig gebeuren. Vervolgens moet het criterium op enig ogenblik in de aanbestedingsprocedure bekend worden gemaakt. Tenslotte zal de beoordeling van de ontvangen inschrijvingen op basis van dat criterium moeten plaats vinden. Op elk van deze beslissingen zal in dit hoofdstuk worden ingegaan.

3 Waarom dienen beslissingen met betrekking tot het gunningscriterium goed te zijn doordacht?

Een aanbesteder die een bouwproces initieert, zal dat doen met het oog op het bereiken van een bepaald resultaat. Vanuit het perspectief van het te behalen resultaat zal hij voor een bepaalde procesinrichting kiezen

Toelichting

Zie hierover met name par. 2.1 en par. 3 van hoofdstuk 5. Het te bereiken resultaat kan worden omschreven in termen van kwaliteit, kosten en tijd, waarbij het ene aspect soms wat belangrijker voor de aanbesteder zal zijn dan het andere, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

In de vorige hoofdstukken is al duidelijk geworden dat de aanbesteder bij die procesinrichting met name goed zal moeten nadenken over de keuze van de bouworganisatievorm, de bijbehorende vraagspecificatie en de toe te passen contractvorm in het licht van de doelstellingen die hij voor ogen heeft.

Toelichting

Zie hoofdstuk 5, par. 2.1 en par. 3.1, hoofdstuk 6, par. 3 en hoofdstuk 7, par. 3. Zie daarnaast ook hoofdstuk 3, par. 2.10.

Beslissingen die de aanbesteder neemt met betrekking tot bouworganisatievorm, vraagspecificatie en contractvorm dienen onderling goed op elkaar te zijn afgestemd. Zij dienen daarenboven ook consistent te zijn met beslissingen die de aanbesteder neemt ten aanzien van een aantal andere onderdelen van het aanbestedingsproces, waaronder het toe te passen gunningscriterium. In die onderling consistente afstemming ligt een eerste belangrijke reden om vooraf goed na te denken over het gunningscriterium.

Voorbeeld

Het is bijvoorbeeld minder verstandig wanneer de vraagspecificatie sterk focust op het verwezenlijken van een bepaalde product- of proceskwaliteit en dat belang vervolgens niet dan wel onvoldoende tot uitdrukking komt in de aard en inhoud van het in het concrete geval gekozen gunningscriterium.

Met het belang van die onderlinge consistentie komt ook een tweede reden voor een goede doordenking van het gunningscriterium in beeld. De kern van de zaak bij het nemen van consistente beslissingen ten aanzien van de hiervoor genoemde aspecten van het aanbestedingsproces is de volgende.

Een aanbesteder zal zich telkens weer moet afvragen welke mate van oplossingsvrijheid hij de markt zou moeten geven om het met het bouwproces beoogde resultaat in het concrete geval te kunnen bereiken. Het antwoord op die vraag vertaalt zich in de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm met bijbehorende vraagspecificatie en contractvorm. Bij de keuze van het gunningscriterium en de verdere operationalisering van die keuze ligt dat in feite niet anders. Een aanbesteder moet zich er terdege van bewust zijn dat de keuze en de inhoud van het gunningscriterium een weerspiegeling zal moeten vormen van de mate van oplossingsvrijheid die hij aan de markt moet bieden wanneer hij het resultaat wenst te bereiken dat hij voor ogen heeft. Door voor een bepaald gunningscriterium te kiezen, oefent de aanbesteder een belangrijke mate van invloed uit op de inhoud van de inschrijvingen die hij hoopt te ontvangen van de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure.

Kiest de aanbieder voor het criterium 'economisch meest voordelige inschrijving', dan geeft hij marktpartijen ruimte om - door middel van hun inschrijvingen - de aanbesteder meerwaarde te offreren. Hoe meer ruimte de aanbesteder de markt op dit punt 'gunt', des te meer zal de markt in staat worden gesteld om zelf met innovatieve en kwalitatief hoogwaardige product- en procesoplossingen te komen.

Voorbeeld

Bij de aanleg van een tunnel voor een doorgaande weg in een stadscentrum dient de overlast voor de omgeving zo veel mogelijk te worden beperkt. Wanneer de aanbesteder een gedetailleerde vraagspecificatie opstelt is er voor marktpartijen weinig oplossingsvrijheid om de overlast te beperken. Beperkt de opdrachtgever zich tot het opstellen van een abstracte vraagspecificatie dan zullen marktpartijen meer mogelijkheden hebben om in de behoeften van de aanbesteder te voorzien.

Door de wijze van uitwerking van het criterium 'economisch meest voordelige inschrijving' kan de aanbesteder 'sturen' op kwaliteit en innovatie. Hij heeft daarmee tevens een middel in handen om de markt in staat te stellen te concurreren op kwaliteit in plaats van (alleen maar) op prijs. De markt wordt daarenboven geprikkeld tot innovatie.

Een derde reden om vooraf goed na te denken over met name de inhoud van het te hanteren gunningscriterium is dat het aanbestedingsrecht grenzen stelt aan die inhoud. Onduidelijke of onredelijke gunningscriteria kunnen strijdigheid opleveren met aanbestedingsrechtelijke beginselen van non-discriminatie en transparantie en om die reden in een juridische procedure zelfs verboden worden. De verstrekkende consequentie daarvan kan zijn dat de aanbesteder de aanbestedingsprocedure zal moeten annuleren en tot heraanbesteding van de bouwopdracht zal moeten overgaan, met alle onwenselijke gevolgen van dien.

Voorbeeld

In het kader van de uitvoering van een meeromvattend wegenbouwproject in een gemeente is het onder andere de bedoeling dat de aannemer de gladheid zal bestrijden op de door hem aan te leggen tijdelijke wegvoorzieningen. De aanbesteder vindt het belangrijk dat de aannemer telkens wanneer zich gevallen van gladheid voordoen, snel met de bestrijding daarvan kan starten. Om die reden formuleert de aanbesteder een gunningscriterium waarbij geldt dat hoe dichter een aannemer bij de gemeente gevestigd is hoe eerder deze in aanmerking komt voor de opdracht. De aanbesteder discrimineert met zo'n criterium marktpartijen die verder van de gemeente gevestigd zijn. Beter is het in zo'n geval een responstijd in de vraagspecificatie op te nemen.

Het hierboven geschetste probleem zou minder groot zijn, indien de aanbesteder de mogelijkheid zou hebben om een eenmaal bekendgemaakt gunningscriterium na de bekendmaking te wijzigen. De behoefte daartoe kan ook ontstaan indien de aanbesteder als gevolg van voortschrijdend inzicht tot de conclusie komt dat een op zich toelaatbaar criterium om redenen van doelmatigheid toch minder wenselijk is. Het tijdens de aanbestedingsprocedure bijstellen van een gunningscriterium is echter weinig professioneel en juridisch in de regel niet toegestaan. Dat vormt een extra reden om de inhoud - en ook de bekendmaking - van het te hanteren gunningscriterium vooraf goed te doordenken.

Toelichting

Het wijzigen van een gunningscriterium kan er toe leiden dat marktpartijen die aanvankelijk niet geïnteresseerd waren in de opdracht dat nu wel zijn, of omgekeerd. Marktpartijen die alsnog geïnteresseerd raken hebben minder tijd en gelegenheid om hun inschrijving voor te bereiden. Marktpartijen die door het wijzigen van een gunningscriterium afzien van het doen van een aanbieding hebben onnodig transactiekosten gemaakt. Bij een aanbestedingsprocedure met voorafgaande selectie zou de aanbesteder door het wijzigen van het gunningscriterium bepaalde gegadigden bewust kunnen benadelen.

Tot slot kan nog worden gewezen op het belang van de doordenking vooraf van de feitelijke toepassing van het bekendgemaakte gunningscriterium. Heeft men zich een goed beeld gevormd van de manier waarop de inschrijvingen concreet met het behulp van het criterium worden beoor-

deeld? Wanneer daarover tevoren onvoldoende duidelijkheid bestaat - ook voor de inschrijvers - kan dit tot onaangename verrassingen leiden, wellicht uitmondend in juridische procedures.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 Laagste prijs of economisch meest voordelige inschrijving?

Voor alle aanbestedingsprocedures - met uitzondering van de concurrentiegerichte dialoog en ingeval de aanbesteder varianten heeft toegestaan - geldt dat de aanbesteder juridisch vrij is om te kiezen uit een tweetal gunningscriteria: het laagste prijscriterium en het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving.

Bron

Zie art. 53 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 55 lid 1 Richtlijn Nutssectoren. Zie voorts art. 54 lid 1 Bao en art. 56 lid 1 Bass en art. 2.15.1, art. 3.17.1, art. 5.17.1, art. 6.14.1 en art. 7.7.1 ARW 2005. Voor wat betreft de concurrentiegerichte dialoog dient de aanbesteder gebruik te maken van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving, zie art. 29 lid 1 Algemene Richtlijn, art. 29 lid 2 Bao en art. 4.17.1 ARW 2005.

Andere gunningscriteria zijn juridisch niet toegelaten. Gesteld dat de aanbesteder géén gunningscriterium heeft geëxpliciteerd in de aanbestedingsdocumenten, dan wordt hij geacht te hebben gekozen voor het laagste prijscriterium.

Toelichting

Met uitzondering wederom van de concurrentiegerichte dialoog, waar in dat geval het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving geacht wordt te gelden.

Wanneer de aanbesteder de inschrijvers wil toestaan varianten voor te stellen, moet hij kiezen voor gebruikmaking van de economisch meest voordelige inschrijving. Gebruikmaking van het criterium van de laagste prijs is in dat geval niet toegelaten.

Bron

Zie art. 24 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 36 lid 1 Richtlijn Nutssectoren. Zie voorts art. 24 lid 1 Bao en art. 33 lid 1 Bass en art. 2.21.1, art. 3.23.1, art. 5.23.1, art. 6.20.1 en art. 7.13.1 ARW 2005. Voor wat betreft de concurrentiegerichte dialoog is het een inschrijver niet toegestaan varianten voor te stellen, zie art. 4.23.1 ARW 2005.

Voorbeeld

De aanbesteder heeft in een RAW-bestek voor een gemaal een bepaald type pomp voorgeschreven. De aanbesteder kiest er voor op het onderdeel 'pomp' varianten toe te staan. Hij maakt dit in de aankondiging bekend. Tevens vermeldt hij in het bestek de minimale eisen ten aanzien van de variant. Hierbij kan gedacht worden aan eisen ten aanzien van capaciteit, rendement, opvoerhoogte, levensduur, onderhoudskosten, ruimtebeslag etcetera. In aansluiting op de eis uit de vraagspecificatie met betrekking tot het rendement wordt het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving geformuleerd. In dat verband komt dan bijvoorbeeld tot uitdrukking dat hoe hoger het aangeboden rendement is, des te hoger de waardering van de inschrijving zal uitvallen.

Het is niet verboden om het criterium van de laagste prijs te gebruiken in het kader van een aanbestedingsprocedure waarbij de aanbesteder zelf varianten voorstelt.

Toelichting

De Europese aanbestedingsrichtlijnen, het Bao en het Bass regelen deze kwestie niet. Het ARW regelt wel expliciet dat een aanbesteder varianten kan omschrijven en dat het de inschrijver in beginsel vrijstaat om op die varianten in te schrijven. De keuze van het te hanteren gunningscriterium wordt vervolgens niet voorgeschreven. Zie art. 2.22.1, art. 3.24.1, art. 5.24.1, art. 6.21.1 en art. 7.14.1 ARW 2005.

Voorbeeld

Voor de reconstructie van een parkeerterrein van grasbetonstenen twijfelt de aanbesteder of hergebruik van materialen economisch wel aantrekkelijk is. Er zit namelijk circa 40% 'breuk' tussen, terwijl de stenen bovendien moeten worden gesorteerd, gereinigd en met de hand aangebracht. Nieuwe materialen kunnen daarentegen machinaal worden aangebracht. De aanbesteder zet parallel aan de in de vraagspecificatie opgenomen oplossing - hergebruik van vrijkomende materialen - een variant in de markt waarbij de vrijkomende grasbetonstenen vervallen aan de aannemer en nieuw materiaal door de laatste moet worden geleverd. Het gaat de aanbesteder er maar om dat hij zo goedkoop mogelijk een parkeerterrein van grasbetonstenen heeft. Hierbij is het aan marktpartijen om door inschrijving op één van de twee varianten de goedkoopste oplossing te duiden.

4.2 Economisch meest voordelige inschrijving

4.2.1 Welke aspecten tot criteria te maken?

4.2.1.1 Expliciet toegestane aspecten

Het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving is een criterium dat bestaat uit een aantal criteria aan de hand waarvan wordt bepaald of en in hoeverre een inschrijving als 'economisch meest voordelig' kan worden beschouwd. Het aanbestedingsrecht regelt ten aanzien van welke aspecten van een inschrijving dergelijke criteria mogen worden gesteld als onderdeel van het meeromvattende gunningscriterium.

Toelichting

In de jurisprudentie worden die criteria soms ook wel 'subcriteria' genoemd om ze te kunnen onderscheiden van het 'criterium' van de economisch meest voordelige inschrijving. Die terminologie wordt in de Leidraad niet gevolgd.

Het aanbestedingsrecht doet dat allereerst door een aantal van die aspecten expliciet in wet- en regelgeving te omschrijven.

Toelichting

Het betreft hier de volgende aspecten:

- *de prijs;*
- *de kwaliteit;*
- *de technische waarde;*
- *de esthetische en functionele kenmerken;*
- *de milieukenmerken respectievelijk milieutechnische eigenschappen met inbegrip van zulke kenmerken die de productiemethoden betreffen;*

- *de gebruikskosten;*
- *de rentabiliteit;*
- *de klantenservice en technische bijstand;*
- *de datum van levering;*
- *de termijn voor levering en uitvoering;*
- *de verbintenissen met betrekking tot reserveonderdelen;*
- *de gewaarborgde materiaalvoorziening.*

Zie art. 53 lid 1 sub a Algemene Richtlijn en art. 55 lid 1 sub a Richtlijn Nutssectoren. Deze opsomming is niet opgenomen in art. 54 lid 1 sub a Bao en evenmin in art. 56 lid 1 sub a Bass en in de relevante bepalingen van het ARW 2005, maar kan wel worden teruggevonden in de toelichtingen op die bepalingen.

Voorbeeld

Aanbesteders willen niet zelden de uitvoeringsduur van een project zo kort mogelijk houden. Het blijkt echter in de praktijk vaak lastig voor een aanbesteder om de enerzijds kortst mogelijke en anderzijds toch realistische uitvoeringsduur te bepalen. Wanneer de aanbesteder marktpartijen in tijd 'klem' zet kan hierdoor de kwaliteit van het werk onder druk komen te staan of zullen de kosten voor het versnellen onevenredig toenemen met de bespaarde uitvoeringsduur. Beter is het in zo'n geval om een realistische uitvoeringsduur als uiterste in de vraagspecificatie op te nemen. Als gunningscriterium kan daarnaast de uitvoeringsduur gelden, waarbij de opdrachtgever bijvoorbeeld aangeeft dat iedere week eerder opleveren bij de gunningsbeslissing een fictieve correctie van de aannemingssom van bijvoorbeeld € 10.000,-- oplevert. Wel is het in zo'n geval verstandig om ook een 'korting' op te nemen in geval van het overschrijden van de termijn.

De in de Europese aanbestedingsrichtlijnen opgenomen lijst van aspecten is niet limitatief. Vooropgesteld dat aan een tweetal randvoorwaarden is voldaan, kunnen ook andere aspecten tot criteria worden gemaakt als onderdeel van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Die twee randvoorwaarden komen aan bod in *par. 4.2.1.2*.

4.2.1.2 Impliciet toegestane aspecten

Het is toegestaan om ook andere aspecten, andere dan die welke in *par. 4.2.1.1* zijn genoemd, tot criteria te maken in het kader van het meeromvattende criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Vereist is dan wel dat deze aspecten:

- een economische dimensie hebben; en
- verband houden met het voorwerp van de opdracht.

Bron

Zie voor wat betreft het eerste vereiste considerans 46 bij de Algemene Richtlijn en considerans 55 bij de Richtlijn Nutssectoren. Zie daarvoor ook Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 362.

Zie voor het tweede vereiste art. 53 lid 1 sub a Algemene Richtlijn en art. 55 lid 1 sub Richtlijn Nutssectoren. Zie voorts art. 54 lid 1 sub a Bao en art. 56 lid 1 sub a Bass.

De vereisten zijn niet geëxpliciteerd in het ARW 2005, maar wel in de toelichting op art. 2.15, art. 3.17, art. 4.17, art. 5.17, art. 6.14 en art. 7.7 ARW 2005.

Wat betreft het eerste vereiste kan het volgende worden opgemerkt. De in de Europese aanbestedingsrichtlijnen opgenomen lijsten van aspecten die tot criteria kunnen worden gemaakt, zouden de indruk kunnen wekken dat het ook toegestaan zou zijn aspecten tot criteria te maken die in het geheel géén economische dimensie hebben.

Voorbeeld

Een expliciet op de lijst vermeld doch niet-economisch aspect is bijvoorbeeld het aspect "esthetische kenmerken".

De zeer beperkte verwijzing op de lijsten naar niet-economische aspecten betreffen echter uitzonderingen. Een aanbesteder moet zich bij het formuleren van criteria ten aanzien van niet expliciet op de lijsten vermelde aspecten zoveel mogelijk richten op die aspecten die kunnen worden gebruikt bij het beoordelen van inschrijvingen in het licht van de beste prijs-kwaliteitverhouding.

Bron

Aldus considerans 46 bij de Algemene Richtlijn en considerans 55 bij de Richtlijn Nutssectoren. Zie in deze zin ook Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 362.

Een aspect dat gelet op het vereiste van de economische dimensie als basis voor het formuleren van een criterium zou kunnen dienen, is het aspect "duurzaamheid".

Toelichting

Zie: Gunnen op duurzaamheid. Een handreiking van ideeën en methoden om milieukwaliteit en duurzaamheid te wegen in de verschillende fasen van het aanbestedingsproces, Bouwend Nederland 2008).

Voorbeeld

De aanbesteder vraagt om bij de inschrijving een beheerplan in te dienen dat ziet op het beheer van het te realiseren project voor de komende 20 jaar. De aanbesteder heeft eisen gesteld aan de kwaliteit en de realiteitswaarde van het beheerplan. De beheerkosten die hieruit volgen worden meegenomen bij het bepalen van de economisch meest voordelige inschrijving.

Ook sociale aspecten mogen in nadere criteria worden omgezet en gebruikt binnen de context van het meeromvattende criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Het moet dan wel gaan om criteria met een economische dimensie welke direct is gerelateerd aan de door de inschrijver te leveren prestatie.

Toelichting

Zie: Interpretatieve mededeling van de Commissie van de EG betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hier in te integreren, PbEG 2001, C 333).

Voorbeeld

Voor de herbestrating van een haventerrein wordt een gunningscriterium geformuleerd dat inschrijvers er mogelijk toe prikkelt een uitvoeringsplan in te dienen waaruit blijkt dat de mate van lichamelijke belasting van de in te zetten medewerkers zo beperkt mogelijk is. Hoe minder lichamelijke belasting er voor de herbestrating nodig is des te hoger scoort de inschrijver op dit gunningscriterium.

Andere aspecten die kunnen worden genoemd, zijn aspecten als "beschikbaar budget", "onderhoudsvriendelijkheid" en "garanties".

Wat betreft het tweede vereiste - de aspecten moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht - kan het volgende worden opgemerkt. De achtergrond van dit vereiste is dat de criteria het mogelijk moeten maken het prestatieniveau van iedere inschrijving in relatie tot de in de vraagspecificatie omschreven eisen te beoordelen en, zoals gezegd, de prijs-kwaliteitverhouding van iedere inschrijving te bepalen. Een criterium - hoe economisch ook - dat op geen enkele wijze is terug te herleiden tot een in de vraagspecificatie omschreven eis, houdt vaak geen verband met het voorwerp van de opdracht.

Voorbeeld

De aanbesteder wenst een zo groot mogelijke vermindering van de geluidsbelasting ten gevolge van het wegverkeer ter plaatse van een basisschool. In de vraagspecificatie is een deklaag voorgeschreven met een geluidsreductie van mimimaal 3 dB(A). Als gunningscriterium geldt dat voor iedere 0.1 dB(A) aan extra geluidsreductie een fictief bedrag in mindering wordt gebracht op de inschrijvingssom. Dit is een voorbeeld van een gunningscriterium dat duidelijk is terug te herleiden tot een eis in de vraagspecificatie.

Voorbeeld

In de vraagspecificatie voor het baggeren in een natuurgebied staat geen enkele eis met betrekking tot de verstoring van het ecosysteem ter plaatse. In het kader van het gunningscriterium wordt daarentegen wel een plan van aanpak verlangd waaruit blijkt hoe de inschrijver verstoring van het ecosysteem denkt te gaan voorkomen. Uit het gestelde criterium blijkt dat hoe beter het plan van aanpak is, des te hoger de inschrijving wordt beoordeeld. Zo'n criterium heeft weliswaar een economische dimensie, maar mist een expliciete relatie tot een in de vraagspecificatie omschreven eis.

Een bijzondere opmerking die in dit verband nog kan worden gemaakt over aspecten die verband houden met de geschiktheid en de ervaring van een inschrijver om de bouwopdracht tot een goed einde te brengen. De regel is dat een aanbesteder de ervaring, geschiktheid en andere competenties van een *inschrijver* in beginsel alleen mag beoordelen in het kader van de toepassing van de kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele nadere selectiecriteria. Bij de kwalitatieve beoordeling van de *inschrijving* mogen die aspecten geen rol spelen.

Voorbeeld

Zie over deze regel eerder par. 2. De regel is geëxpliciteerd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, laatstelijk in HvJ EG 21 januari 2008, zaak C-532/06 (Lianakis), r.o. 30.

Het voorgaande betekent dat aspecten die verband houden met ervaring, geschiktheid en andere competenties van een inschrijver in beginsel niet tot criteria mogen worden gemaakt in het kader van het meeromvattende criterium van de economisch meest voordelige inschrijving.

Onder omstandigheden is het echter toegestaan van dit verbod af te wijken. Dat kan wanneer in de vraagspecificatie expliciet dan wel impliciet eisen zijn opgenomen ten aanzien van bepaalde competenties en eigenschappen waarover de personen - die voor de uitvoering van (onderdelen van) de bouwopdracht worden ingeschakeld door de inschrijver die als beste uit de bus komt - moeten beschikken tijdens de uitvoering van de bouwopdracht. Het gaat dan in feite om dermate belangrijk geachte competenties en eigenschappen - gegeven het voorwerp van de bouwopdracht - dat de aanbesteder ze in de eisen van de vraagspecificatie heeft beschreven als een te leveren prestatie.

Toelichting

De relevantie van het voorgaande zal met name groot zijn wanneer de aanbesteder heeft gekozen voor een variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm of de alliantie, waarbij de aan te trekken marktpartij - al dan niet in samenwerking met medewerkers van de aanbesteder - op zich heeft genomen ontwerpdiensten te verrichten.

Voorbeeld

Vaak betreft het competenties en eigenschappen die zien op de door een inschrijver te leveren proceskwaliteit. Het belang daarvan neemt evenredig toe met de omvang, de mate van complexiteit en de looptijd van een project. Te denken valt aan aspecten zoals het omgaan met risico's, kwaliteitsborging, overlast voor de omgeving en communicatie. Daarnaast kan ook worden gedacht aan aspecten als betrouwbaarheid, innovatief vermogen, samenwerkingsgerichtheid, competentiemanagement, kennissystemen, opleiding en scholing, teambuildingcompetenties, enzovoort. Dergelijke aspecten zijn met name van belang als een project niet goed omschreven is of als de vraagspecificatie een langdurige opdracht betreft. Te denken valt aan de exploitatie van een constructie gedurende de komende twintig jaar. Gedurende deze lange periode kunnen omstandigheden zich wijzigen. De aanbesteder zal er om die reden belang bij hebben in zee te gaan met een inschrijver die in staat is en zich ook wil verplichten tot eventuele aanpassing aan dergelijke wijzigingen van omstandigheden.

Zie: CROW Publicatie 253, Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten, Ede 2007, pp. 19, 24, 80 en 81.

Het feit dat competenties in de vraagspecificatie staan beschreven als een te leveren prestatie betekent dat de inschrijver, die de bouwopdracht in de wacht weet te slepen, juridisch kan worden aangesproken wanneer hij tijdens de uitvoering van die opdracht de vereiste competenties niet dan wel onvoldoende aan de dag legt.

4.2.2 Aan welke vereisten dienen de criteria te voldoen?

Wanneer de aanbesteder eenmaal heeft bepaald welke aspecten hij tot criteria zou willen maken in het kader van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, rijst de vraag of hij de inhoud van die criteria vervolgens vrijelijk kan formuleren, of dat daaraan grenzen worden gesteld vanuit het aanbestedingsrecht. Het laatste is het geval.

De inhoud van de te formuleren criteria dient in overeenstemming te zijn met het beginsel van non-discriminatie en met het daaruit afgeleide transparantiebeginsel. Dat houdt concreet in dat een criterium begrijpelijk en eenduidig dient te zijn geformuleerd. Daaraan is voldaan indien een criterium zodanig is geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn zo'n criterium op dezelfde wijze te interpreteren.

Bron

Dit vereiste is ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. Zie HvJ EG 18 oktober 2001, Zaak C-19/00 (SIAC Construction), Jurispr. 2001, blz. I-7725, r.o. 42; HvJ EG 4 december 2003, Zaak C-448/01 (Wienstrom), Jurispr. 2003, blz. I-14527, r.o. 57.

Voorbeeld

Als gunningscriterium geldt met betrekking tot de uit te voeren sloopwerkzaamheden dat voor iedere 0.1 dB(A) aan extra geluidsreductie boven de in de vraagspecificatie vermelde eis een fictief bedrag in mindering

wordt gebracht op de inschrijvingssom. Er wordt in dit kader een objectieve verificatiemethode voorgeschreven waarmee de met de uitvoering van de sloopwerkzaamheden te verwachten geluidsoverlast vooraf in dB(A) kan worden gemeten.

Een criterium beantwoordt *niet* aan het voorgaande vereiste wanneer het voor inschrijvers moeilijk of zelfs onmogelijk is de juiste strekking van het criterium te kennen en het op dezelfde wijze te interpreteren.

Voorbeeld

Voor het ontwerp en de aanleg van een parkeergarage heeft de aanbesteder een vraagspecificatie in de markt gezet die is uitgewerkt tot het niveau van een functioneel programma van eisen. In die vraagspecificatie staat dat er minimaal 150 personenauto's in de garage dienen te kunnen parkeren. Het maatgevend ontwerpvoertuig is meegegeven. Als gunningscriterium geldt vervolgens dat naarmate er ook andere typen voertuigen gebruik kunnen maken van de parkeergarage, de inschrijving beter gewaardeerd zal worden. Onduidelijk is hier echter wat de aanbesteder voor ogen heeft bij ander typen voertuigen. Gaat het hier om langere, hogere of bredere voertuigen? Ook overigens is niet duidelijk hoe de waardering plaats zal vinden.

De inhoud van een criterium behoeft overigens *niet* te voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel. Indien de strekking van het criterium is dat daarmee de kring van gegadigden in sterke mate wordt beperkt, is dat aanbestedingsrechtelijk in beginsel niet problematisch. Uiteindelijk kan er immers maar één inschrijving als beste uit de bus komen.

Voorbeeld

Het vermogen tot geluidsreductie van een asfaltverharding is afhankelijk van de keuze van een (veelal) leveranciersgebonden mengsel. Wanneer de eis in de vraagspecificatie zo geformuleerd is dat er een ruime mededinging kan plaatsvinden, mag de aanbesteder via het gunningscriterium haar voorkeur doen blijken voor een kwalitatief hoogwaardige oplossing.

Problematisch wordt het pas wanneer zo'n sterk selecterend (gunnings)criterium is afgeleid van een eis in de vraagspecificatie waaraan slechts door een zeer beperkt aantal marktpartijen kan worden voldaan.

Toelichting

Zie in dit verband ook hoofdstuk 6, par. 4.3.2.

Voorbeeld

Voor het boren van tunnels is de krapst mogelijke bochtstraal sterk afhankelijk van het type materieel en dus van de marktpartij die over dat materieel beschikt. Door in de vraagspecificatie en de gunningscriteria sterk te sturen op een tunnel van een bepaalde diameter en een zeer beperkte minimale bochtstraal, worden bepaalde marktpartijen sterk bevoordeeld.

In een dergelijke situatie zou zo'n eis in de vraagspecificatie aanbestedingsrechtelijk op bezwaren kunnen stuiten vanuit de optiek van het proportionaliteitsbeginsel, aangezien de eis een ongeoorloofd mededingingsbeperkend effect kan hebben.

4.2.3 Aan welke vereisten dienen wegingscoëfficiënten en subcriteria te voldoen?

Het is op zichzelf niet voldoende wanneer elk afzonderlijk criterium, als onderdeel van het meeromvattende criterium van de economisch meest voordelige inschrijving, voldoet aan de juridische randvoorwaarden die staan genoemd in *par. 4.2.2*. Het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving wordt in het concrete geval immers gevormd door een aantal criteria in onderlinge samenhang.

Voorbeeld

De aanbesteder hanteert het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Als de te hanteren criteria vermeldt hij: (i) prijs; (ii) uitvoeringstermijn; (iii) de mate van overlast voor de omgeving.

Een aanbesteder zal vooraf duidelijk moeten maken hoe die samenhang er precies uitziet door aan te geven hoe met behulp van die verschillende criteria zal worden bepaald welke inschrijver als beste uit de bus komt. Als uitvloeisel van de beginselen van non-discriminatie en transparantie is de aanbesteder dan ook verplicht tot het vooraf expliciteren van het relatieve gewicht dat hij toekent aan elk van de door hem gekozen criteria voor de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving. Dat stelt de inschrijvers vervolgens in staat die wegingscoëfficiënten bij de opstelling van hun inschrijvingen tot uitgangspunt nemen.

Bron

Zie art. 53 lid 2, eerste alinea, Algemene Richtlijn en art. 55 lid 2, eerste alinea, Richtlijn Nutssectoren. Zie voorts art. 54 lid 2 Bao en art. 56 lid 2 Bass. Zie daarnaast ook art. 2.15.2, art. 3.17.2, art. 4.17.2, art. 5.17.2 en art. 6.14.2 ARW 2005. De verplichting is in het ARW 2005 niet geëxpliciteerd voor de onderhandse procedure.

Het aanbestedingsrecht schrijft de aanbesteder niet dwingend voor welke systematiek hij moet hanteren om het relatieve gewicht van elk van de gekozen criteria te specificeren.

Toelichting

Zoals hierna nog zal worden toegelicht in par. 5.2.3, werkt de praktijk met verschillende systemen.

Een vereiste dat het aanbestedingsrecht overigens wel stelt, is dat de te hanteren systematiek vooraf bekend wordt gemaakt en dat deze objectief, begrijpelijk en eenduidig is. Dat houdt in dat de systematiek alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat moet stellen de werking van die systematiek op dezelfde wijze te interpreteren.

Toelichting

In feite gaat het hier om hetzelfde vereiste als dat waar de afzonderlijke criteria aan moeten voldoen die deel uitmaken van het meeromvattende gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, zie par. 4.2.2.

Voorbeeld

In de vraagspecificatie formuleert de aanbesteder het niveau van de bereikbaarheid van een winkelstraat gedurende de uitvoering van een rioleringsproject. De duur van de beperkte bereikbaarheid wordt tot een gunningscriterium gemaakt. In de vraagspecificatie is de duur van de beperkte bereikbaarheid gemaximeerd tot 12 weken. Als gunningscriterium geldt dat voor iedere week kortere beperking van bereikbaarheid 2 punten toegekend worden. Het aantal punten wordt vermenigvuldigd met een factor 0,005. Het product wordt in het kader van de gunningsbeslissing fictief in mindering gebracht op de inschrijvingssom.

Stel: een inschrijvingssom van € 300.000,-- met 3 weken kortere beperking van de bereikbaarheid levert een fictieve 'korting' op van 0,005(factor) x 2(punten/week) x 3(aantal weken) x € 300.000,-- (aannemingssom) = € 9.000,--.

Het ontbreken van de wegingcoëfficiënt zou betekenen dat niet duidelijk is hoe de verschillende criteria ten opzichte van elkaar worden gewogen. In de praktijk wordt vaak wel het maximaal aantal toe te kennen punten per criterium genoemd, maar is onduidelijk hoe de waardering plaats zal vinden.

Het is de aanbesteder toegestaan, wanneer hij vooraf niet in staat is wegingscoëfficiënten te specificeren, te volstaan met het aangeven van de criteria in dalende volgorde van belangrijkheid. Het gaat hier om een uitzondering op de hierboven uiteengezette hoofdregel.

Bron

Zie art. 53 lid 2, derde alinea, Algemene Richtlijn en art. 55 lid 2, tweede alinea, Richtlijn Nutssectoren. Zie voorts art. 54 lid 3 Bao en art. 56 lid 3 Bass. Zie daarnaast ook art. 2.15.2, art. 3.17.2, art. 4.17.2, art. 5.17.2 en art. 6.14.2 ARW 2005. De bevoegdheid is in het ARW 2005 niet geregeld voor de onderhandse procedure.

Voorbeeld

Een aan te leggen brug is door de politiek aangeduid als 'landmark'. De unieke vormgeving van de brug moet bijdragen aan de herkenbaarheid van de stad. De vraagspecificatie moet de markt de ruimte bieden om veel eigen inbreng in het ontwerp te leveren. Naast architectuur zijn ook levenscycluskosten en beschikbaarheid belangrijke aspecten. Hoe deze ten opzichte van elkaar zullen wegen, is vooraf niet aan te geven. De opdrachtgever heeft namelijk geen idee met welke oplossingsrichtingen de inschrijvers zullen komen. Een behoorlijke toelichting voorafgaand aan de aanbesteding, een ruime mogelijkheid tot individuele informatie-uitwisseling en een zorgvuldige onderbouwing van de gunningsbeslissing zijn in zo'n geval belangrijke aandachtspunten.

Een aanbesteder kan zich alleen met succes op deze uitzondering beroepen in behoorlijk gemotiveerde gevallen, waarin een objectieve rechtvaardiging tot afwijking van de hoofdregel bestaat. Hij zal bovendien de redenen die in de weg staan aan het expliciteren van een systematiek van wegingscoëfficiënten moeten kunnen toelichten.

Toelichting

Met name de complexiteit van een project kan een gerechtvaardigde reden vormen tot afwijking van de hoofdregel, zeker wanneer het innovatieve of creatieve karakter van het te realiseren bouwproject meebrengt dat de aanbesteder vooraf niet volledig kan overzien wat voor soort inschrijvingen hij zal ontvangen of en, zo ja, op welke relevant te achten punten en in welke mate de ontvangen inschrijvingen in het licht van de afzonderlijke criteria van elkaar zullen verschillen (zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 375).

In zulke uitzonderingsgevallen kan de aanbesteder volstaan met het in meer algemene termen omschrijven van de criteria die ruimte laten om met name de kwalitatieve aspecten van de ontvangen inschrijvingen adequaat met elkaar te vergelijken.

Bron

Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 375-376.

Indien de aanbesteder binnen het kader van een bepaald criterium gebruik maakt van zogenoemde *sub*criteria, gelden de hierboven in *par. 4.2 en volgende* genoemde juridische randvoorwaarden ook met betrekking tot de inhoud van die subcriteria en met betrekking tot de specificatie van hun relatieve gewicht.

Toelichting

Deze nadere regel is tot ontwikkeling gekomen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. Zie laatstelijk HvJ EG 21 januari 2008, zaak C-532/06 (Lianakis), r.o. 33 e.v.

Voorbeeld

Voor het criterium 'onderhoudbaarheid' van een leidingsysteem is maximaal 15% fictieve korting op de inschrijvingssom te verkrijgen. Hierbij zijn verschillende subcriteria genoemd; de onderhoudbaarheid van de pompen en de onderhoudbaarheid van de leidingen. Ten aanzien van deze subcriteria is geen nadere waardering en weging aangeven. Potentiële inschrijvers moeten bij de voorbereiding van hun inschrijving echter inzicht hebben in de invloed van deze subcriteria op de totale beoordeling van de inschrijvingen.

Daarmee is overigens niet gezegd dat een aanbesteder in alle gevallen ook verplicht is gebruik te maken van subcriteria.

Toelichting

Het voorgaande houdt slechts in dat als hij zou besluiten gebruik te maken van subcriteria, hij zich aan de in par. 4.2 en volgende genoemde juridische randvoorwaarden moet houden.

Een aanbesteder is verplicht tot verdere detaillering van een criterium in zogenaamde subcriteria wanneer hij met de bekendmaking van de te hanteren systematiek laat blijken dat een inschrijver ten aanzien van een bepaald criterium een groot deel van in de totaal met zijn inschrijving te behalen score kan behalen. Zo'n handelwijze doet namelijk vermoeden dat de aanbesteder voornemens is in het kader van dat ogenschijnlijk belangrijke criterium een aantal subcriteria in de beoordeling te betrekken.

Bron

Zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 367.

Voorbeeld

Wanneer de architectonische kwaliteit - naast de prijs - voor 50% van invloed is op de gunningsbeslissing, kan worden aangenomen dat de aanbesteder een aantal subcriteria zal hanteren in het licht van de beoordeling van de architectonische kwaliteit van de inschrijvingen. Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan subcriteria als originaliteit, contrast of samenhang met de omgeving, bouwstijl etcetera. De aanbesteder dient deze aspecten in zo'n geval geobjectiveerd te benoemen alsook hun relatieve gewicht binnen het meeromvattende criterium van de architectonische kwaliteit aan te geven.

4.3 Bekendmaken van het gunningscriterium

In *par. 4.2* is met name ingegaan op de vraag aan welke eisen de inhoud van het gunningscriterium moet voldoen. Naast deze inhoudelijke eisen worden er ook juridische randvoorwaarden gesteld aan de *bekendmaking* van het gunningscriterium.
Een belangrijk vereiste dat in dit verband kan worden genoemd, is dat de aanbesteder verplicht is iedere inschrijver een passende mate van bekendmaking te garanderen. Dat vereiste is op

verschillende manieren in de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving geoperationaliseerd, afhankelijk van het type aanbestedingsprocedure dat de aanbesteder hanteert en afhankelijk van de van toepassing zijnde regels.

In de eerste plaats zal de aanbesteder tijdig - veelal in de aankondiging - moeten bekendmaken of hij voornemens is het laagste prijscriterium dan wel het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving te gaan hanteren.

Toelichting

De aanbesteder vermeldt in de aankondiging van de aanbestedingsprocedure of hij het criterium van de laagste prijs dan wel het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving zal hanteren. Zie in dit verband Bijlage VIIa bij de Algemene Richtlijn en Bijlage XIII bij de Richtlijn Nutssectoren. Zie voorts art. 2.15.1, art. 3.17.1 en art. 5.17.1 ARW 2005. Ingeval van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en de onderhandse procedure vermeldt hij dat in de uitnodiging tot inschrijving, zie art. 6.14.1 en art. 7.7.1 ARW 2005.

Wanneer de aanbesteder zich niet houdt aan de hierboven beschreven verplichting, wordt hij geacht te hebben gekozen voor het laagste prijscriterium.

Toelichting

Met uitzondering van de concurrentiegerichte dialoog, waar in zo'n geval het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving geacht wordt te gelden. Zie hiervoor ook par. 4.1.

In het verlengde van de hierboven beschreven verplichting ligt het vereiste dat ook de door de aanbesteder te hanteren systematiek van wegingscoëfficiënten - althans wanneer wordt gekozen voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving tijdig bekend moet worden gemaakt.

Bron

Indien de aanbesteder heeft aangegeven te kiezen voor het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving, moet hij voor wat betreft de bekendmaking van de nadere criteria en de wegingscoëfficiënten op grond van art. 53 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 54 lid 1 Bao een keuze maken uit de aankondiging dan wel de vraagspecificatie. Op grond van art. 55 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 56 lid 2 Bass doet hij dat hetzij in de aankondiging, hetzij in de vraagspecificatie, hetzij in de uitnodiging tot inschrijving of de uitnodiging tot onderhandeling. Het ARW 2005 wijkt daar op onderdelen van af. Bij de openbare procedure heeft de aanbesteder wat betreft de wegingscoëfficiënten de keuze uit bekendmaking via de aankondiging dan wel de vraagspecificatie, zie art. 2.15.2 ARW 2005. Bij de niet-openbare procedure en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking doet hij dat in de aankondiging, in de vraagspecificatie of in de uitnodiging tot inschrijving, zie art. 3.17.2 en art. 5.17.2 ARW 2005. Die laatste keuzemogelijkheden heeft hij ook ingeval van de concurrentiegerichte dialoog, met dien verstande dat het laatst mogelijke moment van bekendmaking in dat geval de uitnodiging tot deelname aan de dialoogronde is, zie art. 4.17.2 ARW 2005. Bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking vindt de bekendmaking plaats via de vraagspecificatie of de uitnodiging tot inschrijving, zie art. 6.14.2 ARW 2005.

Het is niet toegestaan de wegingscoëfficiënten tijdens de aanbestedingsprocedure 'geheim' te houden voor de inschrijvers die aan de procedure deelnemen, ook niet wanneer de aanbesteder waarborgen heeft ingebouwd met het doel te voorkomen dat die wegingscoëfficiënten tussentijds ongemerkt worden aangepast. Dat zou ook niet in het belang zijn van de aanbesteder die immers zijn prioriteiten graag in de inschrijvingen terugziet.

Voorbeeld

Het vooraf deponeren van de wegingsfactoren bij een notaris ontslaat de aanbesteder niet van diens verplichtingen om de wegingscoëfficiënten in ieder geval in de aankondiging van de aanbestedingsprocedure dan wel in de vraagspecificatie kenbaar te maken.

4.4 Wijzigen van een inmiddels bekendgemaakt gunningscriterium

Soms zal een aanbesteder op grond van voortschrijdend inzicht de behoefte hebben een inmiddels bekendgemaakt gunningscriterium aan te kunnen passen.

Voorbeeld

Een aanbesteder ontvangt een inschrijving die weliswaar voldoet aan de eisen van de vraagspecificatie maar die in het licht van het gestelde gunningscriterium niet als beste uit de bus komt. De aanbesteder stelt voor zichzelf echter vast dat de betreffende inschrijving meer waarde genereert dan de inschrijving die volgens het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus komt. Toch kan het criterium dan niet meer gewijzigd worden.

Die behoefte tot wijziging kan op verschillende aspecten van het gunningscriterium betrekking hebben. Mogelijk wil de aanbesteder de aard van het gunningscriterium zelf wijzigen of - indien gekozen is voor het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving - wil hij de aard en inhoud van de door hem gekozen (sub)criteria waarmee hij voornemens was te bepalen of een inschrijving als economisch meest voordelig uit de bus komt, wijzigen. Ook is denkbaar dat hij tot een wijziging van de systematiek van wegingscoëfficiënten wenst te komen. De vraag is dan of dergelijke wijzigingen aanbestedingsrechtelijk zijn toegestaan en - zo ja - onder welke voorwaarden.

Bij het beantwoorden van die vraag moet zoveel mogelijk aansluiting worden gezocht bij de regels die betrekking hebben op de bekendmaking.

Toelichting

Zie hiervoor par. 4.3.

Zo lang bepaalde informatie volgens de bekendmakingsregels nog niet bekend behoeft te zijn bij marktpartijen, gegadigden of inschrijvers, is er geen reden om informatie die (onverplicht) al bekend *is* gemaakt, te wijzigen voorafgaande aan het moment waarop die informatie bekend *moet* zijn gemaakt .
Dat uitgangspunt heeft als eerste consequentie dat wanneer de aanbesteder eenmaal heeft bekendgemaakt wat de aard is van het gunningscriterium dat hij voornemens is te hanteren - de laagste prijs dan wel de economisch meest voordelige inschrijving - hij daar vervolgens niet meer op kan terugkomen.

Toelichting

Zoals is toegelicht in par. 4.3 moet de aanbesteder deze informatie vermelden in de aankondiging van de aanbestedingsprocedure (voor de meeste aanbestedingsprocedures) dan wel in de uitnodiging tot inschrijving of onderhandeling (ingeval van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en de onderhandse procedure). Voor de concurrentiegerichte dialoog is het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving dwingend voorgeschreven.

Aan het einde van deze paragraaf wordt nog kort toegelicht of en in hoeverre een heraanbesteding van de bouwopdracht tot de mogelijkheden behoort om de geschetste consequentie te ondervangen.

Kiest de aanbesteder voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, dan is het vervolgens niet verboden de nadere (sub)criteria ter bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving en de daarmee verband houdende wegingscoëfficiënten in de *vraagspecificatie* te wijzigen ten opzichte van de inhoud van een en ander zoals die eventueel is bekendgemaakt in de *aankondiging* van de aanbestedingsprocedure. Dat vloeit logischerwijze voort uit het feit dat een aanbesteder die inhoud ook had mogen bekendmaken gelijktijdig met de vraagspecificatie.

Voorbeeld

In de aankondiging van een niet-openbare procedure staat vermeld dat het gunningscriterium van de economische meest voordelige inschrijving zal worden gehanteerd, waarbij de planning, garantie en omgevingshinder als te hanteren criteria zullen gelden. Bij het verstrekken van de vraagspecificatie en de inschrijvingsleidraad is het de aanbesteder toegestaan het criterium garantie te laten vervallen en hierover een eis op te nemen in de vraagspecificatie.

Soms staan de regels toe dat de nadere (sub)criteria ter bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving en de daarmee verband houdende wegingscoëfficiënten pas bekend behoeven te worden gemaakt in de uitnodiging tot inschrijving of - bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking - in de uitnodiging tot deelname aan onderhandelingen.

Toelichting

Zie in dit verband par. 4.3.

De consequentie van het hierboven geformuleerde uitgangspunt is dan dat het niet is verboden de nadere (sub)criteria ter bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving en de daarmee verband houdende wegingscoëfficiënten in zo'n *uitnodiging* te wijzigen ten opzichte van de inhoud van een en ander zoals bekendgemaakt in de *aankondiging* van de aanbestedingsprocedure of in de *vraagspecificatie*.

Toelichting

Dat betekent dus ingeval van de openbare procedure dat de nadere criteria en de wegingscoëfficiënten niet meer kunnen worden gewijzigd wanneer de vraagspecificatie eenmaal is bekendgemaakt, zie par. 4.3. Dat zou ook bezwaarlijk zijn, omdat de aanbesteder bij die procedure geen inzicht heeft in het antwoord op de vraag welke marktpartijen eventueel een inschrijving aan het voorbereiden zijn en het risico dus aanwezig is dat hij die marktpartijen niet allemaal kan informeren over de wijziging.
Dat kan - en moet - hij juist weer wel doen bij de meeste andere (niet-openbare) aanbestedingsprocedures. Dat is ook de reden waarom het bij die procedures niet bezwaarlijk is dat een wijziging nog wordt doorgevoerd op het moment dat de gegadigden worden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving: de wijziging van de nadere criteria en/of de wegingscoëfficiënten bereikt hen allemaal.
Een uitzondering geldt echter weer ten aanzien van de concurrentiegerichte dialoog. Bij die procedure is het immers zo dat de aanbesteder reeds inzicht kan krijgen in door gegadigden aangedragen oplossingsrichtingen tijdens de zogenoemde dialoogronde die voorafgaat aan de uitnodiging tot inschrijving. Dat betekent dat een eventuele wijziging op zijn laatst kan plaatsvinden op het moment dat de uitnodiging tot deelname aan de dialoogronde uitgaat. Zie hierna ook par. 4.5.2.

Op grond van het beginsel van non-discriminatie en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel is het de aanbesteder echter niet meer toegestaan de nadere criteria en/of de wegingscoëfficiënten nog te wijzigen nadat hij de inschrijvingen heeft ontvangen.

Voorbeeld

Uit de inschrijvingen blijkt dat de inschrijvers op een bepaald criterium nauwelijks hebben gescoord. Op een ander criterium wordt daarentegen door bijna alle inschrijvers maximaal gescoord. De aanbesteder wil de wegingssystematiek aanpassen waardoor er kwalitatief grotere verschillen ontstaan tussen de inschrijvingen. Wanneer het wijzigen van criteria, de waardering of de weging na ontvangst van de inschrijvingen zou zijn toegestaan, zou de aanbesteder op basis van de ontvangen inschrijvingen de gunningsmethodiek zodanig kunnen aanpassen dat daarmee op ongeoorloofde wijze invloed wordt uitgeoefend op de volgorde van de inschrijvingen.

De consequentie daarvan is dat een aanbesteder die toch tot een dergelijke wijziging zou willen overgaan na ontvangst van de inschrijvingen, dat alleen kan doen door de lopende aanbestedingsprocedure te annuleren en tot een heraanbesteding over te gaan.

Toelichting

Daarbij zal de aanbesteder zich dan overigens hebben te realiseren dat het heraanbesteden van dezelfde bouwopdracht na annulering van een voorafgaande aanbestedingsprocedure juridisch in beginsel niet is toegestaan. Zie in dit verband hoofdstuk 12, par. 4.2.9 en par. 4.3.5. Dat is overigens wel toegestaan indien in het verlengde van een wijziging van het gunningscriterium ook de eisen van de vraagspecificatie wezenlijk worden gewijzigd.

De hiervoor geschetste consequentie raakt ook de aanbesteder die in de aankondiging van de aanbestedingsprocedure heeft bekendgemaakt te opteren voor hetzij het laagste prijscriterium, hetzij het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving en die vervolgens op het andere criterium zou willen overstappen.

4.5 Toepassen van het gunningscriterium

4.5.1 Hoofdregel: na de inschrijvingstermijn

Voor alle aanbestedingsprocedures geldt dat de aanbesteder inschrijvingen dient te beoordelen in het licht van het gestelde gunningscriterium.

Toelichting

Dat geldt uiteindelijk ook voor de inschrijvingen die worden ingediend in het kader van de concurrentiegerichte dialoog. De bijzonderheid is echter dat door gegadigden bedachte oplossingsrichtingen in die procedure kunnen afvallen door de toepassing van het gunningscriterium, nog voordat de inschrijvers een inschrijving hebben ingediend. Zie daarover nader par. 4.5.2.

De vraag is dan welke juridische randvoorwaarden de aanbesteder in het kader van die beoordeling in acht moet nemen.

In de eerste plaats is het zo dat alleen die inschrijvingen voor een beoordeling in het licht van het gunningscriterium in aanmerking komen die als geldig kunnen worden bestempeld en die zijn ingediend door inschrijvers die zich hebben gekwalificeerd.

Toelichting

Een inschrijver komt niet voor gunning in aanmerking wanneer zijn inschrijving op een of meer onderdelen afwijkt van de eisen van de vraagspecificatie. In dat geval moet de inschrijving als ongeldig worden aangemerkt. Zie in dit verband ook art. 2.25, art. 3.27, art. 4.26, art. 5.26, art. 6.23, art. 7.17, art. 9.5 en art. 10.5 ARW 2005.

Bij de meeste aanbestedingsprocedures zal tijdens een eerder stadium van die procedure reeds zijn vastgesteld welke gegadigden wel en niet tot inschrijving kunnen worden uitgenodigd. Bij de openbare procedure ligt dat anders en zal bij de beoordeling van een inschrijving ook moeten worden beoordeeld of een inschrijver dient te worden uitgesloten op grond van een uitsluitingsgrond en/of niet voldoet aan een kwalitatieve geschiktheidseis. Gesteld dat die vragen bevestigend kunnen worden beantwoord, komt zo'n inschrijver om die reden evenmin voor gunning in aanmerking.

Voorzover een inschrijving vervolgens voor beoordeling in het licht van het gunningscriterium in aanmerking komt, is de aanbesteder gehouden bij die beoordeling enkel en alleen het vooraf bekendgemaakte gunningscriterium - en geen ander - toe te passen.

Toelichting

Zie in dit verband ook par. 4.4.

In de derde plaats is het zo dat wanneer de aanbesteder in het kader van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving een aantal nadere (sub)criteria heeft gesteld, hij ook daadwerkelijk zal hebben te beoordelen of en in hoeverre de inschrijvingen aan die nadere criteria voldoen.

Voorbeeld

Het beoordelen van de inschrijvingen vergt dikwijls veel tijd. De neiging kan dan ontstaan om bijvoorbeeld plannen van aanpak niet of minder zorgvuldig te beoordelen, zeker wanneer de aanbesteder het gevoel heeft dat een te beoordelen inschrijving toch niet de economisch meest voordeligste zal zijn. Ook door tijdsdruk kan de beoordeling onder druk komen te staan.

In de vierde plaats is de aanbesteder verplicht bij de beoordeling van de inschrijvingen het gunningscriterium op objectieve en uniforme wijze toe te passen ten aanzien van alle inschrijvers. Deze verplichting houdt concreet in dat de aanbesteder met behulp van een zo objectief mogelijke meetmethode moet nagaan of en in hoeverre de inschrijvingen voldoen aan het gestelde gunningscriterium.

De praktische relevantie van deze verplichting speelt natuurlijk met name in die gevallen waarin het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving wordt gehanteerd en waarbij de aanbesteder vooraf op basis van een aantal voor hem belangrijke waardeaspecten nadere criteria heeft geformuleerd.

Toelichting

Zie eerder in dit hoofdstuk par. 4.2.1 over deze aspecten.

Veel van die aspecten zullen in economische termen in nadere criteria zijn vertaald en over het algemeen ook goed (objectief) meetbaar zijn.

Voorbeeld

Naast het aspect initiële prijs (stichtingskosten) kan in dit verband bijvoorbeeld worden gedacht aan het aspect totale levensduurkosten (zie: CROW Publicatie 253, Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten, Ede 2007, p. 21).

Maar er zijn ook aspecten die - hoewel vertaald in objectieve en eenduidig geformuleerde criteria - niet altijd gemakkelijk objectief zijn te meten. De reden daarvoor is dat bij de hier bedoelde criteria de uitkomst van de beoordeling tevens afhankelijk is van de subjectieve mening van degene die de beoordeling uitvoert.

Voorbeeld

Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan criteria die zijn afgeleid van de volgende voor de aanbesteder relevante waardeaspecten: vertrouwen, esthetica, toekomstwaarde, belevingswaarde of architectonische waarde (zie: CROW Publicatie 253, Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten, Ede 2007, p. 15).

Om in zulke gevallen toch te voldoen aan de juridische objectiveringsverplichting en de beoordeling op basis van de criteria zoveel mogelijk geobjectiveerd te laten plaatsvinden, doet de aanbesteder er verstandig aan die beoordeling niet door één beoordelaar maar bijvoorbeeld door een team van ten minste drie beoordelaars te laten verrichten. Vooropgesteld dat ook overigens is voldaan aan de in *par. 4.2.2* besproken juridische randvoorwaarden wat betreft de inhoud van dergelijke criteria en de overige in deze paragraaf omschreven voorwaarden, is zo'n wijze van beoordelen juridisch toelaatbaar.

Bron

Zie: CROW Publicatie 253, Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten, Ede 2007, p. 11 en p.21.

4.5.2 Bijzonderheid: concurrentiegerichte dialoog

Ook wanneer inschrijvingen worden ingediend in het kader van een concurrentiegerichte dialoog, zal de aanbesteder de in *par. 4.5.1* geschetste juridische randvoorwaarden in acht moeten nemen. Een bijzonderheid wat betreft die aanbestedingsprocedure ziet op de betekenis van het gunningscriterium in de zogenoemde dialoogronde die voorafgaat aan de uitnodiging tot het doen van de inschrijvingen.

Toelichting

De concurrentiegerichte dialoog staat kort beschreven in hoofdstuk 8, par. 4.3. Nadat is vastgesteld welke gegadigden kwalitatief geschikt zijn worden deze gegadigden vervolgens uitgenodigd tot deelname aan een bilaterale dialoog met de aanbesteder. Het doel van deze bilaterale dialoogronde is dat de aanbesteder probeert na te gaan welke van de oplossingen die bij de gegadigden voorhanden zijn het meest geschikt zouden zijn om in zijn behoeften te voorzien, gegeven het feit dat de aanbesteder objectief gezien niet in staat is zijn vraagspecificatie en/of de juridische en/of financiële voorwaarden van het project te omschrijven. Daarbij kunnen dan alle aspecten van de aanbestede bouwopdracht aan de orde komen, vooropgesteld dat het verstrekken van (discriminerende) informatie aan één of meer gegadigden boven andere gegadigden niet is toegestaan.

De aanbesteder kan tijdens zo'n dialoogronde de gegadigden vragen hun oplossingen nader uit te werken. Hij kan vervolgens - nog tijdens het verloop van de dialoogronde en op basis van het bekendgemaakte gunningscriterium - sommige van de door de inschrijvers uitgewerkte *oplossingen* laten afvallen.

Bron

Zie art. 29 lid 4 Algemene Richtlijn, art. 29 lid 7 Bao en art. 4.1.5 ARW 2005. Vereist is dan wel dat de aanbesteder in de aankondiging van de procedure aangeeft dat hij van deze mogelijkheid gebruik wenst te maken.

De wijze waarop de aanbesteder te werk gaat bij het toepassen van het gunningscriterium in het kader van het beperken van de door de inschrijvers uitgewerkte oplossingsrichtingen tijdens de dialoogronde, moet aan dezelfde vereisten voldoen als die welke zijn uitgewerkt in *par. 4.5.1* voor de beoordeling van de uiteindelijk ontvangen inschrijvingen.

Bijzondere aandacht verdient in dit kader nog het verbod om het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving 'anders' toe te passen op de uiteindelijk ontvangen inschrijvingen dan op de tijdens de dialoogronde door gegadigden ingediende oplossingen.

Voorbeeld

Tijdens de dialoogrondes is het denkbaar dat de vooraf bepaalde prijs-kwaliteitverhouding, die door middel van de gunningscriteria met bijbehorende weging en waardering tot uiting is gebracht, minder wenselijke inschrijvingen stimuleert. Wanneer bijvoorbeeld de uitvoeringstijd als gunningscriterium is benoemd, kan de sterke stimulering van de bekorting daarvan er toe leiden dat dit ongewenste consequenties heeft voor de onderhoudsgevoeligheid van de aangeboden oplossingsrichting. In zo'n geval heeft de aanbesteder de behoefte om aanpassingen aan te brengen in de gunningscriteria, de waardering of de weging, om sturing te geven aan het inschrijvingsresultaat.

Zo'n handelwijze komt de facto immers neer op een ontoelaatbare wijziging van het bekendgemaakte gunningscriterium dat - ingeval van de concurrentiegerichte dialoog - immers op zijn laatst vast moet staan wanneer de aanbesteder de gegadigden uitnodigt tot deelname aan de dialoogronde.

Toelichting

Zie in dit verband ook par. 4.4.

5 Doelmatig gunnen

5.1 Laagste prijs of economisch meest voordelige inschrijving?

In *par. 4.1* is toegelicht dat de aanbesteder de vrijheid heeft om te bepalen van welk gunningscriterium hij gebruik zal maken: het criterium van de laagste prijs of het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving.

Toelichting

Alleen ingeval van de concurrentiegerichte dialoog alsook wanneer varianten zijn toegestaan, ligt het gunningscriterium op voorhand reeds vast: bij die procedure moet het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving worden gebruikt.

Gegeven de vrijheid rijst vervolgens de vraag welk gunningscriterium een aanbesteder in het concrete geval het beste kan kiezen.

In de bouwpraktijk groeit het besef - ondersteund door onderzoek en praktijkervaringen - dat aanbesteders er om redenen van doelmatigheid verstandig aan doen in beginsel te kiezen voor het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving en alleen terug te vallen op het laagste prijscriterium indien daar goede redenen voor zijn aan te voeren.

Bron

Zie: CROW Publicatie 253, Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten, Ede 2007.

Wanneer een aanbesteder wenst te gunnen op alleen de (laagste) prijs, zal hij er rekening mee dienen te houden dat hij vanuit de markt weliswaar de kwaliteit krijgt aangeboden waar hij in zijn vraagspecificatie om heeft gevraagd, maar ook niet meer dan dat. Het laagste prijscriterium is immers eendimensionaal en prikkelt de marktpartijen hoofdzakelijk tot het aanbieden van de gevraagde minimumkwaliteit tegen een zo laag mogelijk prijs.

Toelichting

Een aanbesteder zal er in dat kader rekening mee moeten houden dat de inschrijver die als beste uit de bus komt op basis van het laagste prijscriterium, na gunning van de bouwopdracht de vraagspecificatie 'minimaal' zal uitvoeren: wat niet in die vraagspecificatie staat, wordt niet geleverd.

Voorbeeld

Een aanbesteder wil op het binnenplein van het gemeentehuis 3 grote eikenbomen van 35 tot 40 jaar oud planten. De aanbesteder stelt eisen aan de vormgeving van de bomen, maar dat is lastig in een vraagspecificatie te verwoorden. De aanbesteder kiest ervoor om de vormgeving van de bomen als gunningscriterium te benoemen. De inschrijvers mogen per inschrijving 12 foto's van eikenbomen indienen op basis waarvan de groenarchitect, een wethouder en een groenmedewerker de mooiste exemplaren kunnen kiezen en waarderen. Inschrijvers zullen op deze manier hun uiterste best doen om bomen te leveren die aan de wensen van de opdrachtgever voldoen.

Marktpartijen zullen zich in dat geval alleen richten op kostenoptimalisatie omdat zij onvoldoende prikkels ontvangen tot het aanbieden van meerwaarde in de vorm van innovatieve en kwalitatief hoogwaardige oplossingen. Die prikkels ontvangen zij in de regel wel indien de aanbesteder het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving hanteert. Dat gunningscriterium behelst in feite een multidimensionaal criterium bestaande uit een aantal criteria, waarvan het criterium van de laagste prijs er één kan zijn naast vele andere kwaliteitsgerelateerde criteria.

De keuze voor het laagste prijscriterium ligt alleen nog maar voor de hand in die gevallen waarin de aanbesteder geen of weinig belang hecht aan productaspecten en procesaspecten.

Toelichting

Bij productaspecten kan men denken aan kwaliteit, functionaliteit en aan duurzaamheid. Bij procesaspecten valt te denken aan proceskwaliteit, het aspect tijd en aan risicomanagement.

Dat brengt de aanbesteder dan over het algemeen tot uitdrukking door in zijn vraagspecificatie geen of nauwelijks ruimte aan de markt te laten wat betreft het aanbieden van eigen (innovatieve) oplossingen ten aanzien van de te leveren product- en proceskwaliteit.

De aanbesteder heeft in zo'n geval de door de markt te leveren productkwaliteit en eventueel ook de proceskwaliteit zelf in belangrijke mate tot in detail voorgeschreven. Of dat een verstandige keuze is geweest, is een vraag die dient te worden beoordeeld met inachtneming van hetgeen daarover is opgemerkt in andere hoofdstukken.

Toelichting

Zie met name de hoofdstukken 5, 6 en 7.

Op deze plaats kan enkel worden opgemerkt dat wanneer de aanbesteder inderdaad dergelijke keuzes heeft gemaakt, het vervolgens consistent zou zijn om in dat geval ook maar te kiezen voor gebruikmaking van het laagste prijscriterium.

Voorbeeld

Bij een RAW- of STABU-bestek is er nauwelijks of geen sprake van oplossingsvrijheid op technisch gebied. Doordat er technisch gezien geen kwalitatief verschillende inschrijvingen te verwachten zijn, is het niet voor de hand liggend om op deze onderdelen gunningscriteria te formuleren. Echter, wanneer er in de uitvoeringsmethode of werkwijze wel grote verschillen te verwachten zijn, kunnen kwalitatieve gunningscriteria gebruikt worden om een veiligere of snellere uitvoeringswijze te stimuleren. Ook de overlast voor de omgeving kan bij een traditioneel bestek als kwalitatief gunningscriterium worden gebruikt.

Uit hetgeen ook eerder in dit hoofdstuk is opgemerkt in *par. 3* kan worden afgeleid dat beslissingen die een aanbesteder neemt ten aanzien van de bouworganisatievorm en de daarmee samenhangende vraagspecificatie en contractvorm en het gunningscriterium zeer nauw met elkaar samenhangen. Het is belangrijk om in te zien dat deze beslissingen niet volgordelijk moeten worden genomen, maar dat een aanbesteder ze in onderling verband beschouwd moet nemen. In dat licht bezien is het belangrijk om te constateren dat de in hoofdstuk 5 besproken aspecten die de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm indiceren - en de daarmee logisch samenhangende wijze van vraagspecificeren alsook de keuze van de contractvorm - in feite dezelfde aspecten zijn die een rol spelen bij de keuze van de aard van het te hanteren gunningscriterium: laagste prijs dan wel economisch meest voordelige inschrijving.

Toelichting

In dat licht is het bovendien belangrijk om in te zien dat er dus ook specifiek met de keuze voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving samenhangende overwegingen zijn aan te wijzen, die vervolgens een rol zouden kunnen spelen bij de (negatieve) beantwoording van de vraag of het wel verstandig is te kiezen voor een met die keuze consistente bouworganisatievorm en vraagspecificatie. Deze overwegingen hebben dan betrekking op de planning van het aanbestedingsproces, gelet op de tijd die nodig is om het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving te kunnen toepassen op de ontvangen inschrijvingen, de benodigde expertise voor de aansturing van dat proces en voor de inhoudelijke beoordeling van de inschrijvingen. Ook zal de aanbesteder rekening moeten houden met het kostenaspect dat kleeft aan het op basis van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving beoordelen van de inschrijvingen (zie: CROW Publicatie 253, Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten, Ede 2007, p. 31).

Tot slot kan nog het volgende richtsnoer worden meegegeven. Onderzoek heeft uitgewezen dat het effect van de kwaliteit op de gunningsbeslissing goed tot zijn recht kan komen als die kwaliteit voor ten minste 40% wordt meegewogen in de uiteindelijke beoordeling.

Bron

Zie: CROW Publicatie 253, Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten, Ede 2007, p. 11.

5.2 Economisch meest voordelige inschrijving

5.2.1 Welke aspecten tot criteria te maken?

Wanneer een aanbesteder er voor kiest gebruik te maken van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, moet hij ook de nadere criteria vaststellen aan de hand waarvan hij gaat beoordelen of een inschrijving als economisch meest voordelig kan worden beschouwd. De vraag rijst dan welke aspecten hij in het concrete geval vanuit een optiek van doelmatigheid het beste zou kunnen kiezen, gegeven de in *par. 4.2.1* beschreven juridische randvoorwaarden.

Het aanbestedingsrecht bevat op dit punt geen dwingende voorschriften. Dat betekent dat de aanbesteder in vrijheid kan bepalen welke aspecten hij uit een oogpunt van doelmatigheid het beste tot criteria zou kunnen maken. Onderzoek heeft inmiddels uitgewezen dat er een aantal aspecten kan worden genoemd waaraan aanbesteders in de praktijk belangrijke waarde toekennen. Deze aspecten worden onderscheiden aan de hand van een aantal hoofdaspecten.

Hoofdaspect	Waardeaspect
Productkwaliteit	• Functionaliteit en flexibiliteit • Duurzaamheid • Esthetica en belevingswaarde • Beschikbaarheid
Proceskwaliteit	• Tijd • Risicomanagement en -verdeling • Kwaliteitsborging • Omgeving, overlast, communicatie
Aanbieder	• Ervaring verleden • Competenties (kennis, vaardigheden) • Kwaliteit team
Economie	• (Aanschaf)prijs • Levensduurkosten

Bron

Zie: CROW Publicatie 253, Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten, Ede 2007, p. 25

In aanvulling op de hierboven genoemde belangrijke aspecten zullen sommige aanbesteders daarenboven nog belang hechten aan 'publieke' aspecten, zoals maatschappelijk rendement en veiligheid.

Voorbeeld

Voor de aanbesteding van het ontwerp en de uitvoering van een busstation kan sociale veiligheid een gunningscriterium zijn.

Vanuit een optiek van doelmatigheid is het verstandig wanneer de aanbesteder bij de keuze van de als nadere criteria te hanteren aspecten niet alleen zoveel mogelijk aansluit bij de belangrijkste eisen van de vraagspecificatie, maar zich vooral ook tot die aspecten beperkt.

Voorbeeld

In de vraagspecificatie is als eis opgenomen dat bij de inrichting van een aan te leggen busstation de aanbevelingen uit een (als bijlage toegevoegd) onderzoeksrapport over sociale veiligheid dienen te worden opgevolgd. Als gunningscriterium kan een uitgewerkte visie verlangd worden waaruit moet blijken op welke wijze en op welk niveau inschrijvers invulling denken te geven aan het aspect sociale veiligheid.

Voorbeeld

In aansluiting op het bovenstaande voorbeeld: het zou onjuist zijn wanneer een uitgewerkte visie als wordt verlangd, waaruit moet blijken op welke wijze en op welk niveau inschrijvers invulling denken te geven aan het aspect sociale veiligheid, terwijl hierover geen eisen zijn opgenomen in de vraagspecificatie. Het gunningscriterium houdt dan geen verband met het voorwerp van de opdracht.

In dat verband kan nog het volgende worden opgemerkt. Een aanbesteder kan het belangrijk vinden inschrijvers de ruimte te geven voor het aanbieden van meerwaarde in de vorm van innovatieve en kwalitatief hoogwaardige oplossingen. Die ruimte creëert hij allereerst met de inrichting van de eisen van de vraagspecificatie. De in het kader van het gunningscriterium te bepalen nadere criteria moeten zoals gezegd zoveel mogelijk bij die eisen aansluiten. Maar het is dan doelmatig die criteria zodanig te formuleren dat inschrijvers die meerwaarde bieden ten opzichte van de eisen, daar ook voor worden beloond.

Toelichting

Het minimaal te leveren kwaliteitsniveau moet uit de vraagspecificatie volgen. Ten opzichte van dat minimale niveau kan de meerwaarde van een inschrijving door middel van de gunningscriteria worden gewaardeerd. Dit minimale kwaliteitsniveau is belangrijk om enerzijds te kunnen beoordelen of de inschrijving voldoet aan de eisen van de vraagspecificatie, anderzijds om te kunnen beoordelen hoe groot de meerwaarde is die wordt aangeboden.

Voorbeeld

Het is niet juist om in de vraagspecificatie te stellen dat een voegconstructie zo duurzaam mogelijk dient te worden uitgevoerd, naar de laatste stand van de techniek, om vervolgens als gunningscriterium de levensduur van de voegconstructie als variabele te stellen.

Overigens zal de aanbesteder die de hierboven geschetste ruimte creëert ervoor moeten waken - vanuit een optiek van contractbeheersing - dat inschrijvers niet worden uitgedaagd op onderdelen meerwaarde te leveren die in feite op gespannen voet staat met andere onderdelen van de bouwopdracht.

Voorbeeld

Een inschrijver krijgt via de band van het gestelde gunningscriterium de ruimte om aan te bieden een bouwopdracht sneller op te leveren. Die ruimte staat echter haaks op de in de vraagspecificatie geformuleerde verplichting om het te realiseren bouwproject op een bepaalde datum op te leveren.

Toelichting

Ook moet de aanbesteder zich realiseren dat de aan de inschrijvers geboden ruimte tot gevolg kan hebben dat die inschrijvers uitputtend zullen proberen te verantwoorden waarom de door hen aangeboden oplossing meerwaarde biedt ten opzichte van de in de eisen van de vraagspecificatie omschreven kwaliteit. Uit een oogpunt van beperking van transactiekosten doet de aanbesteder er dan goed aan de inspanningen die de inschrijvers op dit punt mogelijk overwegen te leveren op voorhand in te perken.

Tot slot kan nog het volgende worden opgemerkt. In de praktijk zal de lastig te beantwoorden vraag niet zozeer zijn wat de belangrijkste aspecten zijn die tot nadere criteria dienen te worden gemaakt, maar hoe moet worden bepaald welk gewicht er aan elk van die criteria dient te worden toegekend. Op die vraag wordt hierna nog ingegaan in *par. 5.2.3*.

5.2.2 Aan welke vereisten dienen de (sub)criteria te voldoen?

De nadere criteria waarmee de aanbesteder wil vaststellen of een inschrijving als economisch meest voordelig moet worden beschouwd, moeten door hem begrijpelijk en eenduidig worden geformuleerd.

Toelichting

Zie daarvoor de juridische randvoorwaarden beschreven in par. 4.2.2. Deze verplichting ziet ook de formulering van de zogenoemde subcriteria, zie par. 4.2.3.

Voorbeeld

Als minimale eis aan de ontwerplevensduur geldt 60 jaar. Iedere 10 jaar extra ontwerplevensduur levert een fictieve korting op van € 30.000,--.

Voorbeeld

Een aanbesteder wenst voor een gebiedsontwikkeling een gesloten grondbalans. Als minimale eis geldt dat 60% van de vrijkomende grond op locatie wordt hergebruikt. Als fictieve korting op de inschrijvingssom geldt:

- *bij 70% hergebruik 1,5 % korting.*
- *bij 80% hergebruik 3,0 % korting.*
- *bij 90% hergebruik 4,5 % korting.*
- *bij 100% hergebruik 6,0 % korting.*

Door criteria begrijpelijk en eenduidig te formuleren, wordt natuurlijk ook in belangrijke mate het doelmatigheidsbelang gediend. De vraag is vervolgens door welke andere overwegingen van doelmatigheid de aanbesteder zich verder nog zou moeten laten leiden bij het formuleren van de inhoud van die criteria. Op basis van onderzoek dat in dit kader is verricht, kan nog de volgende aanbeveling worden gedaan.

De criteria moeten vervolgens zodanig worden geformuleerd dat de inschrijvers, die met hun inschrijving immers dienen aan te tonen of en in hoeverre zij aan die criteria voldoen, in dat kader niet meer inspanningen behoeven te leveren dan vanuit een oogpunt van proportionaliteit strikt

noodzakelijk is. Het is van belang de aanbestedingsprocedure zo eenvoudig en praktisch mogelijk te houden. Dat betekent dat de hoeveelheid papierwerk tot een minimum dient te worden beperkt en dat zoveel mogelijk wordt gewerkt met in standaarden vastgelegde criteria.

Bron

Zie: CROW Publicatie 253, Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten, Ede 2007, pp. 11, 18 en 30.

Voorbeeld

Wanneer als gunningscriterium extra ontwerplevensduur geldt, kan de aanbesteder verlangen dit bij de inschrijving met berekeningen aan te tonen. Dit verhoogt de transactiekosten aanzienlijk. De aanbesteder zou kunnen volstaan met in een matrix de extra jaren ontwerplevensduur in te laten vullen en zich het recht voor te behouden bij twijfel over de realiteitswaarde van een inschrijving een sluitende onderbouwing te verlangen middels berekeningen.

Deze aanbeveling moet worden gezien als aanvulling op de reeds in *par. 5.2.1* gedane aanbeveling dat de aanbesteder zich bij de keuze van de in criteria om te zetten aspecten zoveel mogelijk dient te beperken tot die aspecten die hij echt belangrijk vindt, en die daarom ook in de vraagspecificatie weerspiegeld zijn.

5.2.3 Welke systematiek van wegingscoëfficiënten?

De nadere criteria waarmee de aanbesteder wil vaststellen of een inschrijving als economisch meest voordelig moet worden beschouwd, moeten door hem begrijpelijk en eenduidig worden geformuleerd. Die verplichting raakt ook de systematiek van wegingscoëfficiënten met behulp waarvan hij de toepassing van het gunningscriterium verder wil operationaliseren. In *par. 4.2.3* zijn de juridische randvoorwaarden genoemd die de aanbesteder in dat verband verder in acht moet nemen. Welke systematiek zou hij, gegeven die juridische randvoorwaarden, vanuit een oogpunt van doelmatigheid het beste kunnen kiezen voor het concrete geval?

Op grond van onderzoek dat naar deze vraag is verricht, kunnen een aantal aanbevelingen worden gedaan die er alle op zijn gericht de uiteindelijke toepassing van de toe te passen systematiek eenvoudig, helder, rationeel en effectief te maken.

Bron

Zie: CROW Publicatie 253, Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten, Ede 2007, pp. 9-11, 13, 29-31, 33-35.

Hierboven is in *par. 5.1* al opgemerkt dat de aanbesteder er verstandig aan doet voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving te kiezen wanneer hij voornemens is de kwaliteitsgerelateerde criteria voor ten minste 40% mee te laten tellen ten opzichte van prijsgerelateerde criteria. De reden hiervoor is dat bij een lager percentage de inspanningen van de inschrijver in het kader van de voorbereiding van diens inschrijving niet opwegen tegen het voordeel dat daarmee kan worden behaald. Dit is een eerste belangrijk aspect waarmee de aanbesteder rekening dient te houden bij de keuze en inrichting van de te hanteren systematiek van wegingscoëfficiënten.

Voorbeeld

Het opnemen van kwalitatieve gunningscriteria betekent veelal een extra inspanning voor marktpartijen in het inschrijvingstraject. Wanneer kwalitatieve criteria in relatie tot de inschrijvingssom slechts een geringe invloed uitoefenen op de gunningsbeslissing, vinden inschrijvers het doorgaans 'niet de moeite waard' om die investering te doen: de prijs is immers toch doorslaggevend.

Bij de keuze en inrichting van de systematiek zal telkens worden uitgegaan van de gedachte dat de kwaliteit alsook de kwalitatieve meerwaarde van een inschrijving zal worden beoordeeld in combinatie met de aangeboden prijs met als doel tot een ranking van de inschrijvingen te komen. Daarvoor is nodig dat de kwaliteitsgerelateerde aspecten die de aanbesteder in de vorm van criteria in de beoordeling wenst te betrekken, voldoende specifiek en meetbaar worden gemaakt. Bovendien dienen dergelijke aspecten voldoende ruimte te bieden voor onderscheidende inschrijvingen. Daarvoor zijn vele methoden toepasbaar, maar nader onderzoek heeft uitgewezen dat uit een oogpunt van uniformiteit en acceptatie beperking van het aantal methoden gewenst is.

Toelichting

Twee methoden om dit te doen, zijn:

- *Waarde vertalen naar (rapport)cijfers: het (gewogen) totaal aan toegekende waardering voor de verschillende waardeaspecten van een inschrijving, uitgedrukt in een rapportcijfer.*
- *Waarde vertalen naar euro's (monetarisering): kwaliteit wordt vertaald naar euro's (bonus of malus). De som van het door de aanbesteder geraamde bedrag bij voldoen aan de minimumeisen, vermeerderd met het berekende bedrag aan waarde van een inschrijving.*

De waarde die op deze manier wordt verkregen, kan voor het bepalen van de economisch meest voordelige inschrijving in de systematiek worden gekoppeld aan de beoordeling op basis van de prijsgerelateerde criteria, door er in te voorzien dat de verkregen waarde wordt verminderd met de prijs of wordt gedeeld door de prijs.

Langs deze weg kunnen er drie methoden worden onderscheiden om uiteindelijk de economisch meest voordelige inschrijving te bepalen.

Toelichting

(1) De waarde uitgedrukt in een rapportcijfer gedeeld door de inschrijvingssom, kortweg 'waarde gedeeld door prijs';
(2) De waarde uitgedrukt in euro's verminderd met de inschrijvingssom, kortweg 'waarde minus prijs';
(3) De waarde uitgedrukt in euro's gedeeld door de inschrijvingssom, eveneens 'waarde gedeeld door prijs'.

Hoewel onderzoek uitwijst dat elk van deze methoden een aantal valkuilen kent, doet een aanbesteder er goed aan de te hanteren systematiek zo praktisch en eenvoudig mogelijk te houden en één van deze methoden te kiezen voor het inrichten van de te hanteren beoordelingssystematiek. Andere ontwikkelde methoden behelzen vaak ingewikkelde en gedetailleerde rekenmodellen, die niet zelden schijnzekerheid bieden en ook overigens soms weinig bijdragen aan een rationele onderbouwing van de te nemen gunningsbeslissing.

Voorbeeld

Bij een bepaald kwalitatief gunningscriterium komt de waardering als volgt tot stand. Van de 5 geselecteerde inschrijvers ontvangt de inschrijver met de hoogste kwaliteit 50 punten, de daaropvolgende 40 punten,

nummer 3 krijgt 30 punten etcetera. Een gering verschil in kwaliteit kan dus maar liefst 10 punten opleveren. De kans bestaat dus dat het feitelijke verschil in kwaliteit niet in verhouding staat tot het toe te kennen puntenaantal.

De aanbesteder zou een praktische en eenvoudige systematiek bijvoorbeeld zo kunnen inrichten dat inschrijvingen worden beoordeeld door de in criteria omgezette belangrijke kwaliteitsaspecten per inschrijving van een (rapport)cijfer te voorzien.

Toelichting

Voor een inschrijver moet duidelijk zijn op welke wijze de waardering tot stand komt. Zo kan een beoordelingssystematiek voorzien in het geven van rapportcijfers door een beoordelingsteam. Het systeem dient er dan in te voorzien dat de teamleden onafhankelijk van elkaar cijfers (1 decimaal) geven. Als de verschillen 2 of meer bedragen, moet de systematiek er in voorzien dat een interne toetsing en zonodig bijstelling mogelijk is. Het systeem moet voorts zodanig zijn dat het eindcijfer uiteindelijk tot op één decimaal nauwkeurig wordt vastgesteld. Een dergelijke uitwerking kan in een protocol worden vastgelegd.

Voorbeeld

Niet objectief meetbare criteria zoals bijvoorbeeld ruimtelijke kwaliteit en ecologie kunnen geobjectiveerd worden door gebruik te maken van een beoordelingsteam. Door toekenning van rapportcijfers op een schaal van 1 tot 10 wordt aangesloten bij het natuurlijke gevoel van kwaliteitswaardering.

De beoordelingssystematiek dient er vervolgens in te voorzien dat het gewicht dat de aanbesteder zal toekennen aan een bepaald in een criterium omgezet kwaliteitsaspect wordt bepaald door aan dat aspect een meerwaarde toe te kennen, uitgedrukt in euro's. Een andere mogelijkheid is het gewicht per aspect tot uit te drukken in een percentage van het (maximum)budget.

Voorbeeld

Een aanbesteder maakt gebruik van een rapportcijfer om de verkeersveiligheid van de fiets/voetgangersoplossing te kunnen beoordelen. Daarbij geldt dat voor iedere tiende punt hoger dan het cijfer 6 fictief 0,2% korting ten opzichte van het maximumbudget van € 200.000,-- in mindering op de inschrijvingssom wordt gebracht. Bij een cijfer 7,3 op verkeersveiligheid betekent dat een korting van 13 x 0,2% x € 200.000,-- = € 5.200,--.

Een andere mogelijkheid is om aan te geven dat per tiende punt hoger dan een 6, € 400,-- in mindering op de inschrijvingssom wordt gebracht. Bij een cijfer 7,3 op verkeersveiligheid betekent dat een 13 x 400 = € 5.200,-- fictieve korting op de inschrijvingssom.

In de laatste mogelijkheid hoeft het maximum (totaal)budget niet gecommuniceerd te worden. Bovendien weten inschrijvers direct wat de aanbesteder over heeft voor kwaliteit. Ook is de aanbesteder zich meer bewust van de besteding van de financiële middelen.

In het verlengde van het voorafgaande wordt voorts aanbevolen om bij de inrichting van de systematiek bij voorkeur geen gebruik te maken van relatieve beoordelingen. De uitkomst van de rekensom die uiteindelijk de economisch meest voordelige inschrijving bepaalt, dient niet afhankelijk te worden gemaakt van de kwaliteit en de prijs van een andere inschrijving. Dat zou namelijk betekenen dat één inschrijver een allesbeslissende invloed zou kunnen uitoefenen op de eindscore van alle andere inschrijvers. Het inschrijvingsgedrag van die ene inschrijver zou dan bijvoorbeeld beslissend kunnen zijn voor het antwoord op de vraag of de bouwopdracht naar de ene dan wel de andere inschrijver gaat.

Voorbeeld

Bij relatieve beoordelingen worden de kosten per punt via een bepaalde formule berekend, waarbij de inschrijvingssommen deze kosten per punt bepalen. Het zijn dus de inschrijvers (en niet de aanbesteder) die met hun inschrijving de kosten per punt bepalen en daarmee het bedrag dat de aanbesteder over heeft voor kwaliteit. Een inschrijver die zeer laag inschrijft maar door een te slechte score op kwaliteit toch geen aannemer wordt, kan er door zijn lage inschrijving wel voor zorgen dat de nummers 1 en 2 worden omgedraaid.

Bij de beoordeling van de inschrijvingen op basis van sommige criteria zal de aanbesteder er echter niet altijd aan kunnen ontkomen dat een vergelijkende beoordeling plaatsvindt. Te denken valt aan de beoordeling van esthetische aspecten, waarvoor immers niet altijd een referentiekader aanwezig zal zijn. In zo'n geval dient de beoordelingssystematiek er overigens in te voorzien dat de uitkomst van de beoordeling wordt vertaald in de toekenning van een (rapport)cijfer, zodat de cijfers onveranderd blijven indien één van de inschrijvers zou uitvallen.

Voorbeeld

Voor de aanbesteding van het ontwerp en de uitvoering van een bejaardenhuis wordt het aspect architectonische kwaliteit tot kwalitatief criterium gemaakt. De aanbesteder maakt in de inschrijvingsleidraad de subcriteria bekend op basis waarvan rapportcijfers toegekend zullen worden aan de ontwerpen behorende bij de inschrijvingen. Deze beoordeling gebeurt weliswaar op basis van de subcriteria, maar zal plaatsvinden middels een teambeoordeling. Belangrijk is om aan inschrijvers te communiceren dat, en hoe de beoordeling zal plaatsvinden. Daarbij is het raadzaam te communiceren wat de achtergrond en expertise is van de beoordelaars. Wanneer de eindgebruikers (bejaarde bewoners) de beoordeling uitvoeren, zal dit waarschijnlijk tot een andere waardering leiden dan wanneer personen uit de welstandscommissie die beoordeling uitvoeren. Bij zo'n wijze van beoordelen is de integriteit van de beoordelaars van groot belang. Het is denkbaar dat een eindgebruiker (bejaarde bewoner) die graag grote ramen in zijn of haar kamer wil, een inschrijving met grote ramen een rapportcijfer 9 geeft en een inschrijving met kleine ramen een rapportcijfer 6, terwijl de grootte van de ramen helemaal geen subcriterium blijkt te zijn in het kader van het criterium architectonische kwaliteit.

Tot slot wordt nog aanbevolen om, alvorens de systematiek van wegingscoëfficiënten bekend te maken en toe te passen, de deugdelijkheid daarvan eerst te testen door middel van een simulatie.

5.3 Bekendmaken en wijzigen van het gunningscriterium

In *par. 4.3* en *par. 4.4* is ingegaan op de juridische randvoorwaarden waarmee de aanbesteder te maken kan krijgen wanneer hij het gunningscriterium bekendmaakt en/of wanneer hij overweegt een eenmaal bekendgemaakt criterium te wijzigen.

Toelichting

Het gaat hier zowel om de keuze van het gunningscriterium als zodanig (laagste prijs of economisch meest voordelige inschrijving) als om de nadere criteria en de systematiek van wegingscoëfficiënten waarmee de aanbesteder voornemens is het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving te operationaliseren.

Vanuit een oogpunt van doelmatigheid wordt sterk aanbevolen het wijzigen van een eenmaal bekendgemaakt gunningscriterium tot een minimum te beperken wanneer voor zo'n wijziging geen dringende noodzaak kan worden aangegeven. Het valt immers niet uit te sluiten dat marktpartijen, gegadigden of inschrijvers op basis van eerder door de aanbesteder bekendgemaakte informatie terzake het gunningscriterium reeds kosten hebben gemaakt.

Voorbeeld

Een aanbesteder vraagt bij inschrijving op de realisatie van een voetbalstadion een 3D visualisatie om de inschrijvingen op kwalitatieve criteria te kunnen waarderen. Lopende de aanbestedingsprocedure wijzigt de aanbesteder deze gunningscriteria in eisen die in de vraagspecificatie terechtkomen. Hierdoor is het niet meer nodig dat inschrijvers hun ontwerp in 3D aanleveren.

Wanneer een aanbesteder echter tijdig constateert dat er juridische gebreken kleven aan het bekendgemaakte gunningscriterium of dat het criterium, de nadere criteria of de voorgenomen systematiek van wegingscoëfficiënten vanuit doelmatigheidsoptiek gebrekkig zijn, doet hij er natuurlijk verstandig aan een wijziging aan te brengen voorzover dat aanbestedingsrechtelijk nog is toegestaan.

Voorbeeld

De aanbesteder heeft als geschiktheidseis opgenomen dat de inschrijvers 3 referentiewerken hebben uitgevoerd. Als gunningscriterium heeft de aanbesteder aangegeven dat hoe meer referentiewerken de inschrijvers hebben uitgevoerd, hoe meer fictieve korting zij krijgen op de inschrijvingssom:

- *3 referentiewerken levert 0% fictieve korting;*
- *4 referentiewerken levert 2% fictieve korting;*
- *5 referentiewerken levert 4% fictieve korting;*
- *≥6 referentiewerken levert 6% fictieve korting.*

Inschrijvers attenderen de aanbesteder op het feit dat het geformuleerde criterium geen betrekking heeft op de inschrijving en daarom geen gunningscriterium kan zijn. Om te voorkomen dat hij tot heraanbesteding moet overgaan, past de aanbesteder het gunningscriterium aan.

5.4 Toepassen van het gunningscriterium

In *par. 4.5* is ingegaan op de juridische randvoorwaarden die een aanbesteder in acht moet nemen in het kader van de beoordeling van de inschrijvingen op basis van het vooraf door hem bekendgemaakte gunningscriterium, waarbij de aandacht met name uitging naar het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. In aanvulling daarop kunnen nog enkele aanbevelingen worden gedaan die vanuit een oogpunt van doelmatigheid verstandig worden geacht in het kader van de toepassing van dat gunningscriterium.

Bron

Zie: CROW Publicatie 253, Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten, Ede 2007, pp. 11 en 37.

In de eerste plaats wordt aanbevolen om de inschrijvingen eerst te beoordelen op basis van de *kwaliteits*gerelateerde criteria en vervolgens op basis daarvan de (voorlopige) waarde van de inschrijvingen vast te stellen. Deze beoordeling dient vooraf te gaan aan - maar ook plaats te vinden gescheiden van - de beoordeling van de inschrijvingen in het licht van *prijs*gerelateerde criteria.

Toelichting

De gedachte hierachter is dat wanneer de aangeboden prijs al bekend is, het voor de beoordelaar van de inschrijvingen veel moeilijker wordt om nog onbevooroordeeld de waarde van de inschrijvingen op basis van de kwaliteitsgerelateerde criteria te bepalen.

Het voorgaande zou kunnen worden geoperationaliseerd door de kwaliteitsgerelateerde en prijsgerelateerde onderdelen van de inschrijvingen gescheiden te houden en het laatstbedoelde onderdeel bijvoorbeeld in een kluis te deponeren of bij een notaris in bewaring te geven. Ook is denkbaar dat de beoordeling wordt overgelaten aan gescheiden teams.

Voorbeeld

De teams van beoordelaars worden samengesteld op basis van de te beoordelen aspecten en de daarvoor benodigde expertise. Wanneer de kwalitatieve scores bekend zijn, worden deze in een beoordelingsmatrix ingevoerd. Vervolgens worden de inschrijvers uitgenodigd om bij het openen van de enveloppen met de inschrijvingssommen aanwezig te zijn. Ter plaatse worden de enveloppen geopende en de inschrijvingssommen ingevoerd in de matrix. Vervolgens kan het voornemen tot gunning worden uitgesproken.

In de tweede plaats kan nog een aanbeveling worden gedaan in het licht van de verplichting van de aanbesteder om met behulp van een objectieve meetmethode na te gaan of en in hoeverre de inschrijvingen voldoen aan het door hem gestelde gunningscriterium.

Toelichting

Zie par. 4.5.1.

Een aanbesteder zal van geval tot geval moeten nagaan of de voordelen die hij hoopt te behalen met het gebruik van zo'n meetmethode wel voldoende opwegen tegen de kosten die zijn gemoeid met het operationaliseren van zo'n methode. Bovendien kan het inzetten van zo'n methode van grote invloed zijn op de detaillering van de aanbieding.

Voorbeeld

Om de duurzaamheid van de verschillende inschrijvingen te kunnen vergelijken, schrijft de aanbesteder de toepassing van 'greencalque' voor. Hiermee is een gedetailleerde vergelijking op de duurzaamheid van de aanbiedingen mogelijk. Inzet van zo'n instrument in het aanbestedingsproces dat tot een D&B-contract moet leiden, impliceert detailinschrijvingen met als gevolg een enorme investering van de inschrijvers. Het is dan slimmer om bij inschrijving een duurzaamheidsniveau aan te laten geven door de inschrijvers. Na opdracht wordt 'greencalque' gebruik als toetsingsinstrument om vast te stellen of met het detailontwerp daadwerkelijk de aangeboden kwaliteit wordt behaald.

Wanneer de voordelen van het gebruik van zo'n methode niet opwegen tegen de kosten daarvan, doet de aanbesteder er verstandig aan te overwegen bij de beoordeling gebruik te maken van beoordelingspanels. Om te waarborgen dat de beoordeling ook dan op objectieve en uniforme wijze wordt uitgevoerd ten aanzien van alle inschrijvers, wordt in de eerste plaats aanbevolen die panels te laten bestaan uit onafhankelijke leden. Daarnaast doet de aanbesteder er verstandig aan het panel uit voldoende leden te laten bestaan, zodat het gemiddelde van de panelbeoordeling voldoende betrouwbaar is. Ook wordt aangeraden te zorgen voor de aanwezigheid binnen het panel van voldoende verschillende competenties. Tot slot kan nog worden aanbevolen de beoordelingspanels te laten werken op anonieme basis van de inschrijvingen.

Voorbeeld

Hoe minder objectief het gunningscriterium, hoe belangrijker het is dat het panel uit voldoende beoordelaars bestaat en dat deze over de vereiste deskundigheid beschikken. Wanneer bijvoorbeeld voor het ontwerp en de aanleg van een skatebaan de sportbeleving een gunningscriterium is, mag de beoordeling niet door één enkele skater plaatsvinden. Dat zou tot willekeur leiden. Belangrijk is het om de samenstelling zodanig te kiezen dat de belanghebbenden evenwichtig vertegenwoordigd zijn, zodat persoonlijke voorkeuren zo min mogelijk doorslaggevend zijn.

Voorbeeld

Wanneer een beheerder een ontwerp moet beoordelen op technische kwaliteit, zal hij geneigd zijn vanuit de onderhoudbaarheid een oordeel te geven. Een ontwerper - een architect of een raadgevend ingenieur - zal daarentegen meer kijken naar de consistentie van gemaakte ontwerpkeuzes. Degenen die de beoordeling uitvoeren, moeten in staat zijn om een deskundig objectief oordeel te geven, maar ook in staat zijn niet af te wijken van het (sub)gunningscriterium.

Voorbeeld

Door de inschrijvingen in te laten dienen op blanco papier, zonder bedrijfslogo's, wordt voorkomen dat de beoordelaars zich laten beïnvloeden door hun ervaringen met het desbetreffende bedrijf.

Hoe te beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn?

12

Managementsamenvatting

Wat is het doel van dit hoofdstuk?

- **Zodra de inschrijvingstermijn is verlopen, heeft een aanbesteder een tweetal opties tot zijn beschikking, gegeven de uitgangsposities waarin hij zich op dat moment kan bevinden.**
- **In de eerste plaats zou hij kunnen overgaan tot gunning van de bouwopdracht, wanneer de inschrijving van in ieder geval één van de gekwalificeerde inschrijvers beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie en op grond van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus is gekomen**
- **In de tweede plaats zou hij de aanbestedingsprocedure kunnen annuleren (gevolgd door een eventuele heraanbesteding) hetzij omdat feitelijk geen inschrijvingen zijn ontvangen, hetzij omdat geen van de inschrijvers voor gunning in aanmerking komt, hetzij omdat de aanbesteder om hem moverende redenen van de bouwopdracht wil afzien.**
- **Een aanbesteder zal vaak de behoefte hebben om - alvorens de aanbestedingsprocedure met behulp van één van de hiervoor genoemde opties af te ronden - na te gaan welke mogelijkheden hij overigens nog tot zijn beschikking heeft om tot een voor hem zo optimaal mogelijke afronding van het aanbestedingsproces te komen en welke beslissingen hij in dat kader het beste zou kunnen nemen.**
- **Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te ondersteunen bij het nemen van díe beslissingen.**

Wat zijn juridisch gezien de (on)mogelijkheden voor een aanbesteder wanneer hij de bouwopdracht in beginsel zou kunnen gunnen?

- **In die situatie is het de aanbesteder toegestaan inschrijvers te vragen hun inschrijvingen te verduidelijken of aan te vullen en kan hij abnormaal lage inschrijvingen eventueel nog afwijzen.**
- **Onderhandelen over het wijzigen van de 'laagste' inschrijving kan hij alleen maar in het kader van de onderhandelingsprocedures.**
- **De aanbesteder heeft juridisch gezien altijd de mogelijkheid om de aanbestedingsprocedure te annuleren en vervolgens hetzij af te zien van zijn bouwvoornemen, hetzij de eisen van de vraagspecificatie te wijzigen met het oog op een heraanbesteding van de bouwopdracht.**
- **Er zijn een aantal beslissingen die een aanbesteder overigens niet mag nemen wanneer hij de bouwopdracht in beginsel zou kunnen gunnen aan een inschrijver: toestaan dat fouten in inschrijvingen worden hersteld; inschrijvingen laten verbeteren; gunnen aan een andere inschrijver of aan een derde; heraanbesteding van dezelfde bouwopdracht.**

Wat zijn juridisch gezien de (on)mogelijkheden voor een aanbesteder wanneer hij de bouwopdracht niet kan gunnen

- **Wanneer de aanbesteder géén inschrijvingen heeft ontvangen, of wanneer blijkt dat géén van de inschrijvers voor gunning in aanmerking komt en hij dus niet kan gunnen, heeft hij de mogelijkheid de aanbestedingsprocedure te annuleren en af te zien van zijn bouwvoornemen.**
- **Hij kan ook besluiten de eisen van de vraagspecificatie te wijzigen met het oog op een heraanbesteding.**
- **Naast deze algemene mogelijkheden heeft hij binnen bepaalde randvoorwaarden nog enkele specifieke mogelijkheden om de aanbestedingsprocedure te annuleren en dezelfde bouwopdracht opnieuw aan te besteden met gebruikmaking van een van de onderhandelingsprocedures.**
- **Elk van de hiervoor genoemde beslissingen kan hij vooraf laten gaan door inschrijvers te vragen hun inschrijvingen te verduidelijken.**
- **Een aantal beslissingen mag een aanbesteder overigens niet nemen wanneer hij géén inschrijvingen heeft ontvangen, of wanneer blijkt dat géén van de inschrijvers voor gunning in aanmerking komt en hij dus niet kan gunnen: inschrijvers vragen hun inschrijvingen aan te vullen; toestaan dat fouten in inschrijvingen worden hersteld.**

Welke aanbevelingen kunnen vanuit een oogpunt van doelmatigheid worden gedaan ten aanzien van het nemen van beslissingen na afloop van de inschrijvingstermijn?

- **Wanneer de aanbesteder kan gunnen, wordt aanbevolen zoveel mogelijk gebruik te maken van de hiervoor geschetste mogelijkheden, binnen de kaders van hetgeen juridisch is toegestaan, alvorens te besluiten de bouwopdracht te gunnen aan de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen, dan wel de aanbestedingsprocedure te annuleren al dan niet gevolgd door een heraanbesteding van de gewijzigde bouwopdracht.**
- **Ook wanneer de aanbesteder niet kan gunnen, wordt aanbevolen om vanuit een oogpunt van doelmatigheid datgene wat binnen de juridische kaders toelaatbaar is zoveel mogelijk te doen, alvorens te besluiten de aanbestedingsprocedure te annuleren, al dan niet gevolgd door een heraanbesteding van de (on)gewijzigde bouwopdracht.**

1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt er allereerst van uitgegaan dat de aanbesteder bepaalde beslissingen heeft genomen met betrekking tot:
- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm;
- de aanbestedingsprocedure;
- de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria;
- het gunningscriterium.

Het uitgangspunt voor dit hoofdstuk is verder dat de aanbestedingsprocedure inmiddels zodanig is gevorderd dat de termijn waarbinnen de inschrijvingen dienden plaats te vinden, is verstreken. Voorzover de aanbesteder inschrijvingen heeft ontvangen, heeft hij deze vervolgens beoordeeld op basis van het van het eerder bekendgemaakte gunningscriterium.

Toelichting

Zie daarover meer uitvoerig hoofdstuk 11, par. 4.5. Wanneer de aanbesteder gebruik maakt van de openbare procedure, zal hij in dezelfde beoordelingsronde ook de kwalitatieve beoordeling van de inschrijvers verrichten in het licht van de eerder bekendgemaakte uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Zie daarover meer uitvoerig hoofdstuk 10, par. 4.1.4 en par. 4.2.5.

Gegeven deze uitgangpunten zal zich in het concrete geval de vraag voordoen hoe de aanbesteder de aanbestedingsprocedure nu zou moeten afronden en welke beslissingen hij in dat kader het beste zou kunnen nemen.

Toelichting

Gesteld dat de aanbesteder een of meer inschrijvingen heeft ontvangen en beoordeeld, rijst bijvoorbeeld de vraag of hij wel moet overgaan tot gunning van de bouwopdracht te gunnen? Moet die opdracht dan aan een van de inschrijvers worden gegund en - zo ja - aan wie dan precies? En wat is raadzaam als geen van de inschrijvers een voor de aanbesteder aanvaardbare inschrijving blijkt te hebben gedaan? Of - bij een openbare procedure - als geen van de inschrijvers zich blijkt te hebben gekwalificeerd? Of als er helemaal geen inschrijvingen zijn gedaan?

Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te ondersteunen bij het nemen van beslissingen ten aanzien van het vervolgtraject van de aanbestedingsprocedure, nadat de inschrijvingstermijn is verstreken. In dat kader zal in dit hoofdstuk eerst worden toegelicht wat in de Leidraad wordt verstaan onder 'beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn' *(par. 2)*. Vervolgens komt de vraag aan bod waarom het belangrijk is dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over die beslissingen *(par. 3)*. Daarna wordt ingegaan op de juridische randvoorwaarden die de aanbesteder in acht moet nemen met het oog bij het nemen van die beslissingen *(par. 4)* en hoe hij in dat kader ook overigens het beste te werk zou kunnen gaan gegeven de wens het aanbestedingsproces zo doelmatig mogelijk te laten verlopen *(par. 5)*.

2 Wat wordt bedoeld met 'beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn'?

Het is inherent aan een aanbestedingsprocedure dat de deelnemers aan die procedure binnen een bepaalde termijn hun inschrijving moeten indienen.

Toelichting

Zie daarover meer uitvoerig hoofdstuk 14, par. 4.2 en 4.3.

Zodra die inschrijvingstermijn is verlopen, kan zich een van de twee volgende situaties voordoen:
- er zijn feitelijk géén inschrijvingen ingediend;
- er zijn feitelijk één of meer inschrijvingen ingediend, die vervolgens door de aanbesteder worden beoordeeld.

Gesteld dat de aanbesteder feitelijk één of meer inschrijvingen ontvangt en hij die inschrijvingen heeft beoordeeld, kan hij tot een van de twee volgende oordelen komen:
- één van de inschrijvers komt op basis van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus;
- géén van de inschrijvers komt voor gunning in aanmerking.

Voor alle aanbestedingsprocedures - met uitzondering van de openbare procedure - geldt dat de aanbesteder tot een van deze oordelen kan komen door de ontvangen inschrijvingen te beoordelen in het licht van de eisen van de vraagspecificatie en het gestelde gunningscriterium.

Toelichting

Zie voor een beknopte beschrijving van die aanbestedingsprocedures, hoofdstuk 8, par. 4.3 t/m 4.10.

Dat betekent allereerst dat wanneer alle ontvangen inschrijvingen op één of meer onderdelen afwijken van de eisen van de vraagspecificatie, géén van de inschrijvers voor gunning in aanmerking komt.

Voorbeeld

In geen van de ontvangen inschrijvingen wordt aangegeven dat de uitvoering van het werk mogelijk is binnen de door de aanbesteder gestelde uitvoeringstermijn.

Voorbeeld

Bij een openbare procedure worden vier inschrijvingen ingediend. Aan alle inschrijvingen kleeft een gebrek: één is gedaan onder een voorwaarde, één gaat niet vergezeld van de zogenoemde verklaring conform Model K, de derde is ingediend na het tijdstip waarop die uiterlijk ingediend had moeten zijn en bij de vierde is niet het voorgeschreven rapport gevoegd met een chemische analyse van de in het werk toe te passen hoogovenslakken.

Bij de openbare procedure zal de aanbesteder niet alleen de ontvangen *inschrijvingen* beoordelen in het licht van de eisen van de vraagspecificatie en het gestelde gunningscriterium, maar zal hij daarenboven ook de *inschrijvers* dienen te beoordelen in het licht van de van toepassing verklaarde uitsluitingsgronden en kwalitatieve geschiktheidseisen. Dat betekent vervolgens dat wanneer bij een openbare procedure géén van de inschrijvers zich heeft gekwalificeerd, ook om die reden géén van hen voor gunning in aanmerking komt.

Voorbeeld

Van de drie ontvangen inschrijvingen, is er één gedaan door een bedrijf waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terwijl de tweede niet voldoet aan de in de aankondiging gestelde omzeteis en de derde niet aan de gestelde ervaringseis, bestaande uit het uitgevoerd moeten hebben van een in de aankondiging omschreven referentiewerk.

Toelichting

Zie voor een beknopte beschrijving van de openbare procedure, hoofdstuk 8, par. 4.2. Het voorgaande laat onverlet dat bij een aanbestedingsprocedure anders dan een openbare procedure zich het geval kan voordoen dat een inschrijver ten tijde van de beoordeling van diens inschrijving van verdere deelname aan de procedure moet worden uitgesloten, bijvoorbeeld omdat alsnog gebleken is dat een uitsluitingsgrond van toepassing is of de inschrijver niet voldoet aan een kwalitatieve geschiktheidseis.

De hierboven geschetste mogelijke scenario's leiden er uiteindelijk toe dat een aanbesteder in het concrete geval een tweetal opties tot zijn beschikking heeft, gegeven de uitgangsposities waarin hij als gevolg van die scenario's kan komen te verkeren:

- optie 1 - gunning van de bouwopdracht, nu de inschrijving van één van de gekwalificeerde inschrijvers beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie en op grond van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus is gekomen;
- optie 2 - annuleren van de aanbesteding (gevolgd door een eventuele heraanbesteding) hetzij omdat feitelijk geen inschrijvingen zijn ontvangen, hetzij omdat geen van de inschrijvers voor gunning in aanmerking komt, hetzij omdat de aanbesteder om hem moverende redenen van de bouwopdracht wil afzien.

Toelichting

Hierna wordt in par. 4.2.7 nog meer uitvoerig toegelicht dat een aanbesteder altijd van de gunning van de bouwopdracht kan afzien en de aanbestedingsprocedure kan annuleren.

Het gaat hier om twee definitieve opties in de zin dat de keuze voor één van deze opties de aanbestedingsprocedure hoe dan ook tot een einde brengt. Een aanbesteder zal daarom vaak de behoefte hebben om - alvorens de aanbestedingsprocedure met behulp van één van deze opties af te ronden - na te gaan welke mogelijkheden hij overigens nog tot zijn beschikking heeft om tot een voor hem zo optimaal mogelijke afronding van het aanbestedingsproces te komen en welke beslissingen hij in dat kader het beste zou kunnen nemen. Dit hoofdstuk gaat over díe beslissingen.

3 Waarom dienen beslissingen na afloop van de inschrijvingstermijn goed te zijn doordacht?

In *par. 2* is vastgesteld dat een aanbesteder na afloop van de inschrijvingstermijn een tweetal opties tot zijn beschikking heeft waarmee hij de aanbestedingsprocedure tot een einde kan brengen.

Toelichting

Optie 1: gunning van de bouwopdracht, nu de inschrijving van één van de gekwalificeerde inschrijvers beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie en op grond van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus is gekomen.

Optie 2: annuleren van de aanbesteding (gevolgd door een eventuele heraanbesteding) hetzij omdat er feitelijk geen inschrijvingen zijn ontvangen, hetzij omdat geen van de inschrijvers voor gunning in aanmerking komt, hetzij omdat de aanbesteder om hem moverende redenen van de bouwopdracht wil afzien.

Het gaat hier om twee opties met economisch mogelijk verstrekkende gevolgen. Zelfs wanneer de aanbesteder het gehele aanbestedingsproces tot en met het moment van beoordeling van de ontvangen inschrijvingen binnen de geldende juridische randvoorwaarden doelmatig heeft ingericht en doorlopen, is daarmee nog niet gezegd dat hij - voorzover hij al inschrijvingen heeft ontvangen - per definitie tevreden zal zijn met de inschrijving die objectief gezien als beste uit de bus is gekomen.

Toelichting

De aanbesteder kan met de inrichting van het aanbestedingsproces alleen maar bewerkstelligen dat hij de markt op een zo doelmatig mogelijke manier benadert, gegeven de doelstellingen die hij met het bouwproces als geheel wil realiseren en de accenten die hij in dat kader wil leggen met betrekking tot belangrijke aspecten als kwaliteit, tijd, kosten en innovatie. Zie hierover hoofdstuk 3, par. 2.10 en de paragrafen 3 van de hoofdstukken 5 t/m 11. Uiteindelijk is het echter de markt(werking) die bepaalt of en in hoeverre aan die doelstellingen tegemoet kan worden gekomen. Uitkomsten van de opgeroepen marktwerking kunnen soms tegenvallen.

Dat die uitkomsten soms tegenvallen kan te maken hebben met de wijze waarop het aanbestedingsproces is ingericht, waarover reeds het nodig is opgemerkt in de hoofdstukken 5 t/m 11. Niet ondenkbaar is dat de aanbesteder ook zelf - te laat - tot dat inzicht komt wanneer hij het inschrijvingsresultaat beziet.

Een aanbesteder die wordt geconfronteerd met een inschrijvingsresultaat dat tegenvalt, zal vanuit het resultaat dat hij uiteindelijk met het bouwproces wenst te bereiken altijd moeten blijven zoeken naar mogelijkheden om het inschrijvingsresultaat te optimaliseren. Het zonder verdere omhaal gunnen van de bouwopdracht aan de 'beste' inschrijver (optie 1) dan wel het annuleren van de aanbestedingsprocedure al dan niet met een eventuele heraanbesteding (optie 2) behoeft in termen van doelmatigheid niet per definitie tot de meest optimale uitkomst van het bouwproces te leiden.

Voorbeeld

Denkbaar is dat de aanbesteder binnen de kring van inschrijvers een of meer voor hem aantrekkelijke inschrijvingen heeft gezien en dat hij de aanbestedingsprocedure graag met die partij(en) zou willen

voortzetten. Ook is het mogelijk dat er zich inmiddels buiten de kring van de inschrijvers een marktpartij heeft gemeld met een voor de aanbesteder veel interessantere aanbieding. Daarnaast kan het zo zijn dat de aanbesteder de aan de bouwopdracht ten grondslag liggende vraagspecificatie dan wel de overige aan de inschrijvers te stellen eisen wil aanpassen, nu hij heeft vastgesteld dat er hetzij geen inschrijvingen zijn gedaan, hetzij alleen inschrijvingen zijn gedaan door marktpartijen die zich niet hebben weten te kwalificeren.

Om die reden zal een aanbesteder altijd moeten nagaan welke van de twee geschetste opties hij het beste kan kiezen en welke beslissingen hij in dat kader verder nog het beste zou kunnen nemen met het oog op de gewenste verbetering van het inschrijvingsresultaat. Een in het verlengde daarvan liggende reden om goed na te denken over de beslissingen die hij neemt, na afloop van de inschrijvingstermijn en de beoordeling van eventueel ontvangen inschrijvingen, is dat het aanbestedingsrecht grenzen kan stellen aan die beslissingen.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 Vertrekpunt

De beslissingen die een aanbesteder kan nemen na afloop van de inschrijvingstermijn en de daarop volgende beoordeling van de eventueel ontvangen inschrijvingen, zijn aanbestedingsrechtelijk beperkt. De aanbesteder kan in beginsel overgaan tot gunning van de bouwopdracht (optie 1) dan wel tot annulering van de aanbesteding met een eventuele heraanbesteding (optie 2). Uitoefening van één van deze opties, al dan niet in combinatie met het nemen van andere beslissingen, kan echter aan juridische randvoorwaarden zijn gebonden.

In de navolgende paragrafen zullen die randvoorwaarden worden besproken. Dat gebeurt dan op basis van het onderscheid dat kan worden gemaakt tussen de twee uitgangsituaties waarin de aanbesteder kan komen te verkeren na afloop van de inschrijvingstermijn en de daarop volgende beoordeling van de eventueel ontvangen inschrijvingen.

Aan de ene kant is dat de situatie waarin in ieder geval één gekwalificeerde inschrijver een inschrijving heeft gedaan die beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie en waarbij gesteld kan worden dat die inschrijving op grond van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus is gekomen.

Toelichting

De betreffende inschrijver heeft dan ófwel een inschrijving tegen de laagste prijs gedaan, ófwel de economisch meest voordelige inschrijving gedaan. Zie hoofdstuk 11, par. 2.

In die situatie kan de aanbesteder zowel feitelijk als juridisch gezien tot gunning van de bouwopdracht overgaan. De mogelijkheden die hij heeft tot het nemen van vervolgbeslissingen in deze situatie, worden besproken in *par. 4.2*.

Toelichting

Het gaat dan om de volgende beslissingen:

- *vragen om verduidelijking en aanvulling alvorens tot een vervolgbeslissing te komen;*
- *toestaan dat fouten in (andere) inschrijvingen worden hersteld alvorens tot een vervolgbeslissing te komen;*
- *(andere) inschrijvingen laten verbeteren alvorens tot een vervolgbeslissing te komen;*
- *onderhandelen over het wijzigen van de 'laagste' inschrijving alvorens tot een vervolgbeslissing te komen;*
- *afwijzen van de - abnormaal - 'laagste' inschrijving;*
- *gunnen aan een andere inschrijver;*
- *niet gunnen, annuleren van de aanbestedingsprocedure en vervolgens afzien van de bouwopdracht;*
- *niet gunnen, annuleren van de aanbestedingsprocedure en vervolgens rechtstreeks gunnen aan een marktpartij die niet aan de aanbestedingsprocedure heeft deelgenomen;*
- *niet gunnen, annuleren van de aanbestedingsprocedure en vervolgens dezelfde bouwopdracht heraanbesteden;*
- *niet gunnen, annuleren van de aanbestedingsprocedure, wijzigen van de bouwopdracht en vervolgens de gewijzigde opdracht heraanbesteden.*

Zoals in *par. 4.2* zal blijken, geldt voor veel van de in het overzicht genoemde beslissingen dat het de aanbesteder juridisch *niet* is toegelaten deze beslissingen te nemen.

Aan de andere kant kan de situatie worden onderscheiden waarin de aanbesteder hetzij feitelijk geen inschrijvingen heeft ontvangen, hetzij geconfronteerd wordt met het feit dat géén van de inschrijvers voor gunning in aanmerking komt.

Toelichting

Een inschrijver komt niet voor gunning in aanmerking wanneer zijn inschrijving op een of meer onderdelen afwijkt van de eisen van de vraagspecificatie. In dat geval moet de inschrijving als ongeldig worden aangemerkt. Zie in dit verband ook art. 2.25, art. 3.27, art. 4.26, art. 5.26, art. 6.23, art. 7.17, art. 9.5 en art. 10.5 ARW 2005.

Bij de meeste aanbestedingsprocedures zal tijdens een eerder stadium van die procedure reeds zijn vastgesteld welke gegadigden wel en niet tot inschrijving kunnen worden uitgenodigd. Bij de openbare procedure ligt dat zoals gezegd anders en zal bij de beoordeling van een inschrijving ook moeten worden beoordeeld of een inschrijver dient te worden uitgesloten op grond van een uitsluitingsgrond en/of niet voldoet aan een kwalitatieve geschiktheidseis. Gesteld dat die vragen bevestigend kunnen worden beantwoord, komt zo'n inschrijver om die reden evenmin voor gunning in aanmerking.

In die situatie *kan* de aanbesteder juridisch - en mogelijk ook feitelijk - *niet* tot gunning van de bouwopdracht overgaan. De mogelijkheden die de aanbesteder dan nog heeft wat betreft het nemen van vervolgbeslissingen, worden besproken in *par. 4.3*.

Toelichting

Het gaat dan om de volgende beslissingen:

- *vragen om verduidelijking en aanvulling alvorens tot een vervolgbeslissing te komen;*
- *toestaan dat fouten worden hersteld alvorens tot een vervolgbeslissing te komen;*
- *annuleren van de aanbestedingsprocedure en vervolgens afzien van de bouwopdracht;*
- *annuleren van de aanbestedingsprocedure en vervolgens rechtstreeks gunnen aan een marktpartij die niet aan de aanbestedingsprocedure heeft deelgenomen;*
- *annuleren van de aanbestedingsprocedure en vervolgens dezelfde opdracht heraanbesteden;*
- *annuleren van de aanbestedingsprocedure, wijzigen van de bouwopdracht en vervolgens de gewijzigde opdracht heraanbesteden.*

Zoals in *par. 4.3* zal blijken, geldt ook voor veel van de in dit overzicht genoemde beslissingen dat het de aanbesteder juridisch niet is toegelaten deze beslissingen te nemen.

4.2 Uitgangsituatie: de aanbesteder kan gunnen

In de navolgende paragrafen wordt als vertrekpunt genomen de situatie waarin de aanbesteder zowel feitelijk als juridisch tot gunning van de bouwopdracht zou kunnen overgaan. De te beantwoorden vraag is dan, welke beslissingen de aanbesteder in dat verband eventueel nog verder zou kunnen nemen. Niet alle hierna te bespreken beslissingen zullen juridisch gezien door de beugel kunnen.

4.2.1 Vragen om verduidelijking en aanvulling van de inschrijving

Een beoordeling van de ontvangen inschrijvingen in het licht van het gunningscriterium zal de aanbesteder in de regel in staat stellen te bepalen welke inschrijving als beste uit de bus komt. Soms zal het echter zo zijn dat de aanbesteder een dergelijk oordeel niet meteen kan vellen, omdat de inhoud van een inschrijving vragen en onduidelijkheden oproept.

Toelichting

Zie hierover ook hoofdstuk 9, par. 4.3.1, 4.3.6 en 5.3.3.

Voorbeeld

Een provinciale aanbesteder heeft de aanleg van een ringweg aanbesteed. Het voorgeschreven ontwerp kent speciale maatregelen om zetting van de ondergrond en daarmee spoorvorming en golving van de weg tegen te gaan. Het indienen van varianten is toegestaan en er zijn in dat verband ook minimumeisen gegeven waaraan varianten moeten voldoen. Een inschrijver maakt daar gebruik van en diens variant heeft juist betrekking op de fundering en de constructie van de weg. Niet is evenwel op het eerste gezicht aan de provincie duidelijk of met deze variant een zelfde mate van zettingsvrijheid van de weg wordt bereikt als met het voorgeschreven ontwerp.

In dat geval mag de aanbesteder bij alle aanbestedingsprocedures overgaan tot het vragen om een 'verduidelijking' of een 'aanvulling' aan de gekwalificeerde inschrijver ten aanzien van wiens inschrijving vragen en onduidelijkheden zijn gerezen vooropgesteld dat het vragen om zo'n 'verduidelijking' of 'aanvulling' er niet toe leidt dat de inschrijving op fundamentele punten inhoudelijk wordt gewijzigd.

Toelichting

Zie hierover ook hoofdstuk 9, par. 4.3.6.2. Zie voorts hierna par. 4.2.2.

Het vragen om een *verduidelijking* veronderstelt in de regel dat een aanbesteder (nog) niet kan beoordelen of een inschrijving beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie en als gevolg daarvan niet kan beoordelen of de inschrijving geldig is en/of als beste uit de bus is gekomen.
De beantwoording door de betreffende inschrijver van de door de aanbesteder gestelde verduidelijkingsvraag kan de aanbesteder in staat stellen deze beoordelingen alsnog uit te voeren.
De beantwoording van de verduidelijkingsvraag kan uitwijzen dat een inschrijver een onvolledige inschrijving heeft ingediend of om een andere reden niet voldoet aan de eisen van de vraagspecificatie. In dergelijke gevallen moet de inschrijving ongeldig worden verklaard.

Het vragen om een *aanvulling* veronderstelt dat een aanbesteder - al dan niet na om een verduidelijking te hebben gevraagd - heeft vastgesteld dat een inschrijving beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie en ook overigens geldig is. Denkbaar is voorts - maar dat behoeft niet altijd het geval te zijn - dat hij zelfs al kan vaststellen dat een bepaalde inschrijving als beste uit de bus is gekomen. Wat de aanbesteder echter graag zou willen weten, is hoe de betreffende inschrijver - gesteld dat de bouwopdracht aan hem wordt gegund - diens aangeboden oplossingsrichting nader zal gaan concretiseren.

Overigens dient een aanbesteder zich er dan rekenschap van te geven dat wanneer de eisen in de vraagspecificatie reeds zeer concreet en gedetailleerd omschreven zijn, er weinig ruimte voor de inschrijver overblijft om - op basis van een verzoek tot aanvulling - nog aan te geven hoe hij voornemens is de in zijn inschrijving aangeboden oplossing te concretiseren.

Een aanbesteder die een aanvullingsvraag aan een inschrijver stelt, moet zich realiseren dat het antwoord op die vraag niet van invloed kan zijn op de beantwoording van de vraag of de inschrijving beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie. Die vraag is immers eerder al in positieve zin beantwoord.

Toelichting

Wat natuurlijk wel mogelijk is, is dat het antwoord op de aanvullingsvraag de aanbesteder tot het inzicht brengt dat de eisen van de vraagspecificatie een bepaalde oplossingsrichting toestaan waar hij achteraf bezien niet zo gelukkig mee is. In zo'n geval zal hij zich moeten afvragen of het wel wenselijk is om nog tot gunning van de bouwopdracht over te gaan en of het niet beter zou zijn de aanbestedingsprocedure te annuleren, de eisen van de vraagspecificatie aan te passen en de herziene bouwopdracht opnieuw aan te besteden. Zie hierna ook par. 4.2.10.

Het antwoord op een aanvullingsvraag kan de aanbesteder natuurlijk ook tot het inzicht brengen dat de oplossingsrichting, zoals die is aangeboden, weliswaar beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie, maar dat de door de inschrijver voorziene wijze van uitwerking van die oplossingsrichting mogelijk zal leiden tot een afwijking van die eisen. Dat kan geen grond vormen om de inschrijving ongeldig te verklaren, nu de inschrijving zoals die is ingediend immers aan de eisen voldoet. Gesteld dat deze inschrijving als beste uit de bus komt en de aanbesteder overweegt om tot gunning van de bouwopdracht over te gaan, zal hij deze inschrijver er op moeten wijzen dat diens voorgenomen uitwerking van de aangeboden oplossingsrichting in strijd is met de vraagspecificatie.

De beantwoording van een aanvullingsvraag zou eventueel nog wel een rol kunnen spelen in het kader van de uitkomst van de beoordeling van de verschillende inschrijvingen in het licht van het gestelde gunningscriterium. De aanbesteder weet dan weliswaar dat de aangeboden oplossingsrichtingen voldoen aan de eisen van de vraagspecificatie, maar niet in welke mate zij dat doen.

De antwoorden die de aanbesteder vervolgens krijgt op de aanvullingsvragen die hij aan de inschrijvers stelt, zullen hem in staat kunnen stellen die inschrijvingen beter te beoordelen in het licht van het gestelde gunningscriterium.

Toelichting

In zo'n geval zit er overigens nauwelijks nog verschil tussen het stellen van een verduidelijkingsvraag en het stellen van een aanvullingsvraag.

Een aanbesteder dient er overigens voor te waken te selectief te zijn bij het uitnodigen van inschrijvers om hun inschrijvingen aan te vullen ten einde de beoordeling van die inschrijvingen in het licht van het gunningscriterium uit te kunnen voeren. Inschrijvers van wie de inschrijvingen niet voldoen aan de eisen van de vraagspecificatie, mogen zoals gezegd niet worden uitgenodigd. Maar de strekking van het beginsel van non-discriminatie brengt weer wel mee dat alle inschrijvers van wie de inschrijvingen geldig zijn, allen dezelfde kans moeten krijgen hun inschrijving in het kader van een aanvullingsvraag toe te lichten en te concretiseren, zeker wanneer de aanbesteder de antwoorden op zijn vragen wenst te gebruiken bij het beantwoorden van de vraag welke inschrijving als beste uit de bus is gekomen.

4.2.2 Toestaan dat fouten in (andere) inschrijvingen worden hersteld

Het is denkbaar dat de aanbesteder prima in staat is vast te stellen welke inschrijving als beste uit de bus is gekomen, maar dat er daarnaast ook nog een inschrijving is ingediend door een andere inschrijver die op het eerste gezicht hogere ogen lijkt te gooien, maar die in beginsel op aanbestedingsrechtelijke gronden zou moeten worden gepasseerd.

Toelichting

Het gaat dan vooral om situaties waarin de betreffende inschrijver met zijn inschrijving niet voldoet aan de in de vraagspecificatie gestelde eisen, als gevolg waarvan zijn inschrijving ongeldig dient te worden verklaard. Bij de openbare procedure kan het daarnaast ook nog gaan om de situatie waarin de desbetreffende inschrijver krachtens een uitsluitingsgrond van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure zou moeten worden uitgesloten. Een andere mogelijkheid bij de openbare procedure is dat de inschrijver niet voldoet aan een of meer kwalitatieve geschiktheidseisen, als gevolg waarvan diens inschrijving verder niet meer in beschouwing kan worden genomen. Zie voor deze laatste twee mogelijkheden ook hoofdstuk 10, par. 4.1.4 en par. 4.2.5.

De vraag is dan of er ruimte bestaat om op dat beginsel een uitzondering te maken door die andere inschrijver toe te staan zijn inschrijving zodanig te herstellen dat hij alsnog aan de gestelde eisen voldoet.
Het is de aanbesteder op grond van het beginsel van non-discriminatie verboden om een inschrijver de mogelijkheid te bieden 'fouten' in diens inschrijving te herstellen. Het zou immers betekenen dat een inschrijver die reeds een kans heeft benut om te proberen als beste uit de bus te komen, een tweede kans krijgt in de vorm van een herstelmogelijkheid.

Het hiervoor bedoelde verbod geldt in ieder geval voor wat betreft de situatie waarin de inschrijver met zijn inschrijving niet dan wel onvoldoende blijkt te beantwoorden aan de eisen van de vraagspecificatie. Herstel zou in zo'n geval immers betekenen dat de inschrijver achteraf de mogelijkheid krijgt om een voor hem positieve invloed uit te oefenen op de toepassing door de aanbesteder van het gestelde gunningscriterium.

Het voorgaande verbod geldt ook ingeval van een openbare procedure. Bij die aanbestedingsprocedure zal naast de beoordeling van een *inschrijving* echter ook moeten worden beoordeeld of een *inschrijver* dient te worden uitgesloten op grond van een uitsluitingsgrond en/of omdat hij niet voldoet aan een kwalitatieve geschiktheidseis. Wanneer die vragen bevestigend kunnen worden beantwoord, komt zo'n inschrijver in beginsel evenmin voor gunning in aanmerking. Ook in zo'n situatie is het de aanbesteder dan in de regel niet toegestaan een inschrijver de mogelijkheid te bieden 'fouten' te herstellen.

Dit tweede verbod is echter niet geheel zonder uitzonderingen. Voor een uitzondering is eventueel ruimte wanneer de 'fout' er uit bestaat dat de inschrijver heeft verzuimd bepaalde bewijsstukken op te nemen in diens inschrijving, waarmee aangetoond kan worden dat een uitsluitingsgrond in zijn geval niet van toepassing is, of waarmee hij kan bewijzen te voldoen aan de gestelde geschiktheidscriteria.

Bron

Zie voor deze situatie ook art. 2.14.4 ARW 2005.

Voorbeeld

Een inschrijver heeft verzuimd om bij zijn inschrijving opgave te doen van de in de afgelopen vijf jaren uitgevoerde werken waaruit blijkt dat hij beschikt over de door de aanbesteder vereiste ervaring.

De uitzondering kan in zo'n geval echter alleen worden gemaakt wanneer de fout eenvoudig kan worden hersteld.

Voorbeeld

Eenvoudig te herstellen is volgens het ARW 2005 een gebrek wanneer de inschrijver binnen twee werkdagen na verzending van een daartoe door de aanbesteder gedaan verzoek, alsnog in staat is de ontbrekende stukken over te leggen.

Voorbeeld

Een niet eenvoudig te herstellen gebrek is volgens het ARW 2005 daarmee dat gebrek dat niet binnen twee dagen kan worden verholpen. Denk aan het geval waarin de inschrijver verzuimd heeft te zorgen voor verklaringen van de oorspronkelijke opdrachtgevers van de door hem opgevoerde referentiewerken. Als hij die op het moment van het verzoek nog niet heeft, zal hij die waarschijnlijk niet meer op tijd kunnen verkrijgen om aan de aanbesteder over te leggen.

Het probleem dat een inschrijver niet voldoet aan een kwalitatieve geschiktheidseis of krachtens een uitsluitingsgrond van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure moet worden uitgesloten, kan zich natuurlijk ook voordoen bij andere aanbestedingsprocedures dan de openbare procedure. Bij die andere procedures zal dat probleem zich echter vaak al voordoen in het kader van de beantwoording van de vraag of een bepaalde gegadigde al dan niet voor het doen van een inschrijving kan worden uitgenodigd.

4.2.3 (Andere) inschrijvingen laten verbeteren

In de vorige paragraaf ging het primair om de vraag of een inschrijver, van wie de inschrijving ongeldig is omdat die niet voldoet aan de in de vraagspecificatie gestelde eisen, de mogelijkheid heeft die ongeldigheid te repareren.

Toelichting

Die vraag is in par. 4.2.2 ontkennend beantwoord.

De situatie die zich vervolgens ook kan voordoen is dat een aantal inschrijvingen voldoet aan de in vraagspecificatie gestelde eisen en dat één van die inschrijvingen weliswaar als beste uit de bus komt op grond van het gestelde gunningscriterium, maar dat de aanbesteder om hem moverende redenen meer is geporteerd van de inschrijving van een andere inschrijver. De vraag is dan of de aanbesteder die andere inschrijver nog mag bewegen tot het verbeteren van zijn inschrijving.

Voorbeeld

De opdracht betreft het aanbieden van een brug op basis van de bouworganisatievorm D&B. De aanbesteder is eigenlijk meer gecharmeerd van het schetsontwerp voor de brug van de inschrijver die als een na beste is geëindigd. De best geëindigde inschrijver heeft dat met name te danken aan de in zijn ontwerp toegepaste materialen voor de brug, welke zeer onderhoudsvriendelijk zijn er daardoor hoog scoren op het aspect onderhoudskosten. De aanbesteder overweegt nu om de opvolgende inschrijver te benaderen met de vraag om zijn ontwerp te herzien en uit te gaan van dezelfde materialen als die welke zijn toegepast in het ontwerp van de als beste geëindigde inschrijver.

Het is aanbestedingsrechtelijk verboden om te proberen welke inschrijver dan ook - al dan niet met behulp van informatie die afkomstig is uit een of meer van de andere inschrijvingen die de aanbesteder heeft ontvangen en beoordeeld - ertoe te bewegen dat deze zijn inschrijving zodanig verbetert dat hij daarmee alsnog als beste uit de bus komt. Een dergelijke praktijk is in strijd met de beginselen van aanbestedingsrecht, meer in het bijzonder de beginselen van non-discriminatie en transparantie.

Bron

Zie Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 399-400.

Deze praktijk staat er immers aan in de weg dat de aanbesteder aan alle inschrijvers dezelfde faire kans biedt tot het in de wacht slepen van de bouwopdracht.

4.2.4 Onderhandelen over het wijzigen van de inschrijving die als beste uit de bus komt

In de vorige paragraaf is de situatie besproken waarin de aanbesteder een inschrijver die een geldige inschrijving heeft ingediend - maar niet als beste uit de bus is gekomen - verzoekt om zijn inschrijving te verbeteren. Een dergelijke handelwijze is zoals gezegd verboden.

Toelichting

Zie par. 4.2.3.

In het verlengde van dat verbod ligt het verbod om met een inschrijver - welke dan ook - na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen te onderhandelen over het wijzigen van diens inschrijving.

Toelichting

Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 9, par. 4.3.6.2.

Voor alle aanbestedingsprocedures geldt - met uitzondering van de onderhandelingsprocedures - dat het een aanbesteder niet is toegestaan om een inschrijver door middel van het voeren van onderhandelingen in staat te stellen de kaders van diens op zichzelf genomen geldige inschrijving te verlaten.

Een uitzondering op het hiervoor geformuleerde verbod kan worden gemaakt voor de onderhandelingsprocedures. Bij die aanbestedingsprocedures is het de aanbesteder toegestaan om na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen een inschrijver door middel van het voeren van onderhandelingen te bewegen tot het wijzigen van diens geldige inschrijving op fundamentele punten, in de zin dat de kaders van de oorspronkelijke inschrijving als het ware worden verlaten.

Toelichting

Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 9, par. 4.3.6.3.

De juridische grens ligt overigens bij de kaders die door de eisen van de vraagspecificatie worden gesteld. De onderhandelingen over de wijziging van de inschrijving mogen er immers nimmer toe leiden dat buiten die kaders wordt getreden.

4.2.5 Afwijzen van de - abnormaal - 'laagste' inschrijving

Een andere situatie die zich kan voordoen is dat een aantal inschrijvingen voldoet aan de in vraagspecificatie gestelde eisen, maar dat de inschrijver, wiens inschrijving als beste uit de bus is gekomen, een in de ogen van de aanbesteder veel te lage inschrijving heeft gedaan.

Voorbeeld

Een buitenlandse onderneming biedt de uitvoering van een omvangrijk baggerwerk aan voor een prijs die iets meer dan de helft is van de raming van de aanbesteder. De inschrijvingen van de andere inschrijvers bewegen zich rond het niveau van de raming.

In zo'n geval kan naar de indruk van de aanbesteder het risico bestaan dat de betreffende inschrijver zal proberen een dreigend verlies op de bouwopdracht goed te maken tijdens de uitvoering van die opdracht. De aanbesteder kan proberen dat risico het hoofd bieden door de betreffende inschrijver te vragen diens inschrijving te preciseren en de samenstelling daarvan in overleg met hem te onderzoeken.

Bron

Zie art. 55 lid 1 en lid 2 Algemene Richtlijn en art. 57 lid 1 en lid 2 Richtlijn Nutssectoren. Zie ook art. 56 lid 1 t/m 3 Bao en art. 59 lid 1 t/m 3 Bass en art. 2.27.1 jo. 2.27.2, art. 3.29.1 jo. 3.29.2, art. 4.28.1 jo. 4.28.2, art. 5.27.1 jo. 5.27.2, art. 6.24.1 jo. 6.24.2, art. 7.19.1 jo. 7.19.2, art. 10.7.1 jo. 10.7.2 ARW 2005.

De door de aanbesteder gevraagde preciseringen kunnen in ieder geval verband houden met de doelmatigheid van het bouwproces; de gekozen technische oplossingen of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken kan profiteren; de originaliteit van het ontwerp van de inschrijver; de naleving van de bepalingen inzake arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd; de eventuele ontvangst van staatssteun door de inschrijver.

Aanbestedingsrechtelijk gaat hier om een bevoegdheid van de aanbesteder, niet om een verplichting tot het vragen om precisering van de lage inschrijving.

Toelichting

Zo'n verplichting kan overigens wel bestaan op grond van het privaatrecht. Zie ook de toelichting aan het einde van deze paragraaf.

Wanneer hij van die bevoegdheid gebruik maakt, zal hij afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen aantonen dat de inschrijving in kwestie abnormaal laag is.

Toelichting

De aanbesteder zou in zijn motivatie eventueel kunnen wijzen op de hoogte van de inschrijvingen van de andere inschrijvers, alsook op zijn eigen budget.

Voorbeeld

De aan het begin van deze paragraaf genoemde aanbesteder van het baggerwerk vraagt de inschrijver met de laagste inschrijving waarom die zo laag is uitgevallen. Die inschrijver kan daar echter geen (bevredigende) verklaring voor geven, bijvoorbeeld dat gebruik wordt gemaakt van materieel dat al lang is afgeschreven, of dat de lage prijs is ingegeven door het willen veroveren van een nieuwe markt. Onder die omstandigheden zal de aanbesteder de inschrijving als abnormaal laag terzijde kunnen leggen.

Voorbeeld

Een wegenbouwbedrijf heeft buitengewoon scherp (lager dan de raming van aanbesteder en de inschrijvingen van de andere inschrijvers) ingeschreven op een grote opdracht tot het aanleggen van een nieuwe gemeentelijke rondweg. Bij de door de gemeente gevraagde precisering van de inschrijving blijkt dat het lage prijsniveau mogelijk is omdat de uitvoering van deze opdracht voor het bedrijf precies aansluit op een werk dat de inschrijver even verderop voor een andere aanbesteder uitvoert. Daardoor kan leegloop voorkomen worden en aanzienlijke aan- en afvoerkosten van het in te zetten materieel worden bespaard. De aanbesteder acht die verklaring toereikend en gaat over tot gunning.

Gesteld dat de aanbesteder inderdaad kan aantonen dat de betreffende inschrijving als abnormaal laag kan worden gekwalificeerd, kan de aanbesteder die inschrijving afwijzen. Hij is op grond van het aanbestedingsrecht echter niet verplicht dat te doen.

De aanbesteder kan op grond van het privaatrecht overigens verplicht zijn de inschrijver te wijzen op het feit dat diens inschrijving abnormaal laag is. In het verlengde daarvan kan de verplichting bestaan de inschrijver te vragen of hij zijn inschrijving daadwerkelijk gestand wil doen. Doet de aanbesteder dat niet, dan loopt hij het risico dat de inschrijver zich achteraf beroept op een kennelijke vergissing in zijn inschrijving en aldus de nietigheid van zijn aanbod - lees: de inschrijving - inroept. De omstandigheid dat de aanbesteder om preciseringen vraagt, is een indicatie voor het feit dat ook de aanbesteder zelf betwijfelt of wil en verklaring van de inschrijver wel met elkaar overeenstemmen.

Bron

Zie in dit verband art. 3:33 jo. art. 3:35 en 3:11 BW.

Wanneer een inschrijver echter ondanks de door de aanbesteder gevraagde preciseringen en overigens geëxpliciteerde twijfels volhardt in zijn inschrijving, kan de inschrijver nadien niet meer met behulp van het privaatrecht de nietigheid van zijn inschrijving inroepen.

4.2.6 Gunnen aan een andere inschrijver

In *par. 4.3.3* is de situatie besproken waarin één van de geldige inschrijvingen weliswaar als beste uit de bus is gekomen, maar waarin de aanbesteder om hem moverende redenen meer is geporteerd van de geldige inschrijving van een andere inschrijver. De vraag in die paragraaf was of de aanbesteder die andere inschrijver dan mag proberen te bewegen tot het verbeteren van zijn inschrijving. Dat is zoals gezegd verboden.

Toelichting

Zie par. 4.2.3.

In het verlengde van dat verbod ligt het verbod om de bouwopdracht aan die andere inschrijver te gunnen, nu die inschrijver immers niet als beste uit de bus is gekomen.

Voorbeeld

Gunnen aan de opvolgend inschrijver van de op basis van D&B uit te voeren brug in het voorbeeld als opgenomen in par. 4.2.3 is niet mogelijk, omdat de aanbesteder zich daarmee niet zou houden aan het door hem zelf gestelde gunningscriterium.

Een dergelijke gang van zaken is aanbestedingsrechtelijk niet geoorloofd. Als de aanbesteder wenst over te gaan tot gunning van de bouwopdracht, zal hij de opdracht moeten te gunnen aan de inschrijver wiens inschrijving het best beantwoordt aan het gunningscriterium.

4.2.7 Niet gunnen, annuleren en vervolgens afzien van de bouwopdracht

Het staat de aanbesteder vrij om op elk moment tijdens de aanbestedingsprocedure - dus ook nadat hij de inschrijvingen heeft ontvangen en beoordeeld - te besluiten van zijn bouwvoornemen af te zien.

Toelichting

Zie art. 2.29.1, art. 3.31.1, art. 4.29.1, art. 5.32.1, art. 6.28.1, art. 7.21.1, art. 9.6.1, art. 10.9.1 ARW 2005.

Voorbeeld

Na ontvangst van de inschrijvingen voor de bouw van een nieuw stadhuis annex bibliotheek, besluit de gemeente alsnog om niet tot gunning over te gaan van die opdracht. Niet van belang is daarbij dus of de gemeente daartoe een rechtsgeldige grond heeft, zoals bijvoorbeeld het niet doorgaan van een samenvoeging van enkele gemeenten, wardoor geen behoefte meer bestaat aan het gebouw, dan wel dat als gevolg van de zogenoemde 'kredietcrisis' een tekort is ontstaan op de gemeentelijke begroting.

Met het in gang zetten van een aanbestedingsprocedure verplicht de aanbesteder zich er dus niet toe om tot de daadwerkelijke gunning van de bouwopdracht over te gaan, ook niet aan de inschrijver wiens inschrijving als beste uit de bus is gekomen. De aanbesteder mag te allen tijde besluiten de aanbestedingsprocedure te annuleren en af te zien van het bouwproject om hem moverende redenen.

4.2.8 Niet gunnen, annuleren en rechtstreeks gunnen aan een derde

Gesteld dat de aanbesteder om hem moverende redenen besluit de bouwopdracht niet te gunnen aan de inschrijver wiens inschrijving als beste uit de bus is gekomen en de aanbestedingsprocedure te annuleren, rijst de vraag of hij die opdracht vervolgens kan gunnen aan een marktpartij die niet aan de aanbestedingsprocedure heeft deelgenomen: de zogenoemde 'derde'.

Toelichting

Een dergelijke gang van zaken zou voor de aanbesteder aantrekkelijk kunnen zijn, zeker wanneer blijkt dat die derde - geconfronteerd met informatie over de uitkomsten van de inmiddels geannuleerde aanbestedingsprocedure - bereid is om een inschrijving te doen die in het licht van het voor die procedure geldende gunningscriterium hogere ogen gooit dan de inschrijving die toen als beste uit de bus is gekomen.

Voorbeeld

Na annulering van de opdracht tot de bouw van het gemeentehuis annex bibliotheek als bedoeld in de vorige paragraaf, meldt zich een bouwbedrijf bij de gemeente dat bereid is om dat project alsnog te realiseren tegen een prijs die bijna 10% lager ligt dan de beste inschrijving die tijdens de aanbestedingsprocedure is ingediend. De gemeente overweegt om op dat aanbod in te gaan.

Een dergelijke praktijk is aanbestedingsrechtelijk verboden. Hier kan het in *par. 4.2.6* geformuleerde uitgangspunt worden herhaald dat als de aanbesteder wenst over te gaan tot gunning van de bouwopdracht, hij die opdracht zal moet gunnen aan de inschrijver wiens geldige inschrijving in het licht van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus is gekomen.

Toelichting

Een verplichting om te gunnen is er zoals gezegd niet. De aanbesteder kan altijd afzien van zijn bouwvoornemen, zie par. 4.2.7.

Het is overigens denkbaar dat de motivatie voor de aanbesteder om de aanbestedingsprocedure te annuleren en de bouwopdracht te gunnen aan een derde is gelegen in een voor hem teleurstellend inschrijvingsresultaat.

Toelichting

In het bijzonder kan hier natuurlijk worden gedacht aan de situatie dat zelfs de inschrijver die tijdens de te annuleren aanbestedingsprocedure als beste uit de bus is gekomen, een in de optiek van de aanbesteder veel te hoge inschrijving heeft ingediend.

Ook in die situatie is het echter verboden om na de annulering van de aanbestedingsprocedure de bouwopdracht aan een derde te gunnen. Een aanbesteder die van mening is dat alle ontvangen geldige inschrijvingen te hoog zijn, zal enkel nog kunnen proberen tot een heraanbesteding van de bouwopdracht over te gaan op basis van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Toelichting

Zie voor die mogelijkheid meer uitvoerig hoofdstuk 8, par. 5.2.3.1. Het juridische aanknopingspunt is dan, dat alle inschrijvingen als 'onaanvaardbaar' dienen te worden beschouwd. Bij de beantwoording van de vraag of de inschrijvingen inderdaad onaanvaardbaar zijn, is de subjectieve mening van de aanbesteder overigens niet relevant. Het gaat er uiteindelijk om of de inschrijvingen naar objectieve maatstaven gemeten als te hoog moeten worden beschouwd.

4.2.9 Niet gunnen, annuleren en dezelfde bouwopdracht heraanbesteden

Een aanbesteder die niet tevreden is over het inschrijvingsresultaat, zal mogelijk overwegen de aanbestedingsprocedure te annuleren en tot heraanbesteding van exact dezelfde bouwopdracht over te gaan. Uitgaande van de veronderstelling dat na annulering van aanbestedingsprocedure bekend wordt wat de 'hoogte' is van de inschrijving die in het kader van die procedure als beste uit de bus is gekomen, zal dergelijke informatie mogelijk van invloed zijn op het inschrijvingsgedrag van de inschrijvers die besluiten deel te nemen aan de heraanbesteding.

Voorbeeld

Stel dat het niet opdragen van de bouw van het gemeentehuis annex bibliotheek als genoemd in het voorbeeld in par. 4.2.7 is veroorzaakt omdat de aanbesteder meent dat ook de beste inschrijving op een prijsniveau ligt dat hoger ligt dan de aanbesteder redelijkerwijs mocht verwachten. De gemeente overweegt om korte tijd later de opdracht in ongewijzigde vorm andermaal in de markt te zetten in de hoop op die manier betere inschrijvingen te verkrijgen.

Een heraanbesteding van dezelfde bouwopdracht is in beginsel verboden wanneer bij de geannuleerde aanbestedingsprocedure een geldige inschrijving als beste uit de bus is gekomen.

Bron

Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 403.

Hier moet overigens een uitzondering worden gemaakt voor het geval waarin alle inschrijvingen naar objectieve maatstaven gemeten als 'te hoog' dienen te worden beschouwd en om die redenen allemaal als 'onaanvaardbaar' moeten worden beschouwd. Zie hierover ook hoofdstuk 8, par. 5.2.3.1. In dat geval kunnen een of meer inschrijvingen weliswaar geldig zijn, maar kan de aanbesteder, zoals in die paragraaf uitgelegd, overgaan tot een heraanbesteding van de bouwopdracht met gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, vooropgesteld dat hij de vraagspecificatie niet wezenlijk wijzigt.

Zo'n verbod zal overigens niet tot in lengte van dagen behoeven te duren. De hoogte van de inschrijvingen die zijn ingediend in het kader van een aanbestedingsprocedure vormt immers een momentopname van de marktomstandigheden zoals die op het moment van inschrijving golden. Die omstandigheden zullen in het verloop van de tijd veranderen, zodat informatie over de hoogte van de inschrijvingen die bij de geannuleerde aanbestedingsprocedure zijn ingediend na verloop van tijd geen reële afspiegeling meer zal vormen van de inmiddels veranderde marktomstandigheden. Het is overigens de aanbesteder die zal dienen te bewijzen dat de marktomstandigheden zich inmiddels zodanig hebben gewijzigd, dat een heraanbesteding van dezelfde bouwopdracht (weer) mogelijk is.

4.2.10 Niet gunnen, annuleren, bouwopdracht wijzigen en heraanbesteden

Wanneer een aanbesteder niet tevreden is over het inschrijvingsresultaat, rijst tot slot nog de vraag of hij de aanbestedingsprocedure mag annuleren en tot heraanbesteding van de bouwopdracht mag overgaan op basis van een aangepaste vraagspecificatie.

Toelichting

Dat het inschrijvingsresultaat tegenvalt, kan zoals gezegd te maken hebben met de wijze waarop de aanbesteder het aanbestedingsproces heeft ingericht, zie par. 3. Ook de aanbesteder zelf kan tot dat inzicht komen en beseffen dat met een heraanbesteding op basis van een gewijzigde en daardoor verbeterde vraagspecificatie zijn belangen beter tot hun recht kunnen komen.

Deze vraag kan bevestigend worden beantwoord. Het staat de aanbesteder vrij op elk gewenst ogenblik de aanbestedingsprocedure te annuleren ten einde zijn vraagspecificatie te wijzigen en de bouwopdracht opnieuw, maar nu dus in gewijzigde vorm, aan te besteden. Een voorwaarde is dan wel dat sprake is van een wezenlijke wijziging van de eisen van de vraagspecificatie.

Voorbeeld

Een waterschap heeft een aanbesteding gehouden voor het op basis van een voorgeschreven ontwerp (dus met toepassing van de traditionele bouworganisatievorm) bouwen van een waterzuiveringsinstallatie. Het waterschap heeft, na ontvangst van de inschrijvingen, ervan afgezien om het werk te gunnen omdat het niet tevreden is met het inschrijvingsresultaat. Een wezenlijke wijziging is aan de orde wanneer het waterschap de benodigde waterzuiveringsinstallatie functioneel zou specificeren en de realisatie daarvan op basis van D&B, met meerjarig onderhoud, in de markt zou zetten. Het zelfde is aan de orde wanneer het waterschap weliswaar vasthoudt aan toepassing van de traditionele bouworganisatievorm, maar een installatie voorschrijft die volgens een geheel ander technisch principe werkt, dan wel een veel grotere capaciteit heeft.

Indien de aanbesteder besluit over te gaan tot annulering van de aanbestedingsprocedure en tot heraanbesteding van de bouwopdracht zonder de eisen van de vraagspecificatie wezenlijk te wijzigen, doet zich in feite de in *par. 4.2.9* besproken - verboden - situatie voor.

Voorbeeld

Waarschijnlijk is het in het vorige voorbeeld niet voldoende om te kunnen spreken van een wezenlijke wijziging, wanneer de installatie in ongewijzigde vorm met behulp van de traditionele bouworganisatievorm opnieuw in de markt wordt gezet, met dien verstande dat alleen wordt bepaald dat de aannemer de installatie nu gedurende drie jaren dient te onderhouden.

Een aanbesteder dient zich tot slot nog te realiseren dat wanneer hij op enig ogenblik tijdens de aanbestedingsprocedure - dus ook nadat hij de inschrijvingen heeft ontvangen en beoordeeld - besluit om de vraagspecificatie wezenlijk aan te passen, hij ook zal *moeten* overgaan tot heraanbesteding van de bouwopdracht.

Toelichting

Zie in dit verband ook hoofdstuk 6, par. 4.3.3.3.

4.3 Uitgangsituatie: de aanbesteder kan niet gunnen

In de navolgende paragrafen wordt als vertrekpunt genomen de situatie waarin de aanbesteder hetzij feitelijk geen inschrijvingen heeft ontvangen, hetzij geconfronteerd wordt met het feit dat géén van de inschrijvers formeel voor gunning van de bouwopdracht in aanmerking kan komen. De te beantwoorden vraag is dan, welke beslissingen de aanbesteder eventueel nog zou kunnen nemen. Ook nu geldt weer dat niet alle hierna te bespreken beslissingen juridisch gezien toelaatbaar zijn.

4.3.1 Vragen om verduidelijking en aanvulling van de inschrijving

Indien de beoordeling van de ontvangen inschrijvingen uitwijst dat géén van de inschrijvers voor gunning in aanmerking komt, heeft het vanuit het perspectief van het nemen van een gunningsbeslissing geen toegevoegde waarde om een of meer van die inschrijvers nog te vragen hun inschrijvingen te verduidelijken en/of aan te vullen.

Toelichting

Een inschrijver komt immers niet voor gunning in aanmerking wanneer zijn inschrijving op een of meer onderdelen afwijkt van de eisen van de vraagspecificatie. In dat geval moet de inschrijving als ongeldig worden aangemerkt. Zie in dit verband ook art. 2.25, art. 3.27, art. 4.26, art. 5.26, art. 6.23, art. 7.17, art. 9.5 en art. 10.5 ARW 2005.

Bij de meeste aanbestedingsprocedures zal tijdens een eerder stadium van die procedure reeds zijn vastgesteld welke gegadigden wel en niet tot inschrijving kunnen worden uitgenodigd. Bij de openbare procedure ligt dat zoals gezegd anders en zal bij de beoordeling van een inschrijving ook moeten worden beoordeeld of een inschrijver dient te worden uitgesloten op grond van een uitsluitingsgrond en/of niet voldoet aan een kwalitatieve geschiktheidseis. Gesteld dat die vragen bevestigend kunnen worden beantwoord, komt zo'n inschrijver om die reden evenmin voor gunning in aanmerking.

Zoals is verduidelijkt in *par. 4.2.1* hierboven, kan een verduidelijking of aanvulling van een inschrijving niet leiden tot een inhoudelijke wijziging van die inschrijving. Een ongeldige inschrijving kan dus niet worden 'verduidelijkt' of 'aangevuld' tot een geldige inschrijving. In *par. 5.2* zal overigens nog blijken dat het vragen om een verduidelijking eventueel nog zinvol zou kunnen zijn in het kader van het nemen van een doelmatige vervolgbeslissing.

4.3.2 Toestaan dat fouten worden hersteld

Het feit dat géén van de ontvangen inschrijvingen voor gunning in aanmerking komt, wordt veroorzaakt doordat alle inschrijvingen behept zijn met fouten. Denkbaar is dat géén van die inschrijvingen voldoet aan de eisen van de vraagspecificatie. Denkbaar is voorts - ingeval de openbare procedure is gevolgd - dat alle inschrijvers moeten worden uitgesloten op basis van een uitsluitingsgrond of dat geen van zich heeft gekwalificeerd. Een combinatie van deze oorzaken is natuurlijk ook mogelijk.

Zoals reeds is toegelicht in *par. 4.2.2* is het de aanbesteder verboden om een inschrijver de mogelijkheid te bieden 'fouten' in diens inschrijving te herstellen. Dat geldt dus ook voor de onderhavige situatie, waarin géén van de ontvangen inschrijvingen voor gunning in aanmerking komt. Ook hier is echter ruimte voor een uitzondering wanneer de 'fout' er uit bestaat dat de inschrijver heeft verzuimd bepaalde bewijsstukken op te nemen in diens inschrijving, waarmee aangetoond kan worden dat een uitsluitingsgrond in zijn geval niet van toepassing is, of waarmee hij kan bewijzen te voldoen aan de gestelde geschiktheidscriteria.

Toelichting

Zie hierover meer uitvoerig par. 4.2.2.

4.3.3 Annuleren en vervolgens afzien van de bouwopdracht

Het staat de aanbesteder vrij om op elk moment tijdens de aanbestedingsprocedure te besluiten die procedure te annuleren en van zijn bouwvoornemen af te zien.

Toelichting

Zie hierover meer uitvoerig par. 4.2.7.

Dat kan hij dus ook wanneer hij na afloop van de inschrijvingstermijn heeft vastgesteld dat hij feitelijk geen inschrijvingen heeft ontvangen dan wel na beoordeling van de ontvangen inschrijvingen op formele gronden heeft moeten vaststellen dat geen van de inschrijvers voor gunning van de bouwopdracht in aanmerking komt.

4.3.4 Annuleren en rechtstreeks gunnen aan een derde

Indien de aanbestedingsprocedure feitelijk bezien geen enkele inschrijving oplevert, is het de aanbesteder toegestaan die procedure te annuleren en de bouwopdracht rechtstreeks te gunnen aan

een derde. Formeel gebeurt dat dan via gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

Toelichting

Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 8, par. 5.2.4.1.

De aanbesteder mag dat overigens ook doen wanneer géén van de ingediende inschrijvingen als geldig kan worden aangemerkt.

Toelichting

Hier valt bijvoorbeeld te denken aan de situatie waarin alle inschrijvingen te laat zijn ingediend en/of onder voorwaarden zijn ingediend. Ook kan worden gedacht aan het geval waarin alle ontvangen inschrijvingen als ongeldig moeten worden beschouwd, bijvoorbeeld omdat de inschrijvingen op belangrijke onderdelen niet voldoen aan de eisen van de vraagspecificatie. Zie over deze situaties ook hoofdstuk 8, par. 5.2.4.1.

Annulering van de aanbestedingsprocedure en gunning van de bouwopdracht aan een derde door gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is óók toegestaan indien géén van de ingediende inschrijvingen als 'geschikt' kan worden aangemerkt.

Toelichting

Zie ook over deze situatie hoofdstuk 8, par. 5.2.4.1. Daaruit blijkt overigens dat het hier om een situatie gaat die zich zelden of nooit zal voordoen.

Van de hierboven geschetste situaties dient overigens te worden onderscheiden de situatie die zich eventueel zou kunnen voordoen bij een openbare procedure. Het gaat dan om de situatie waarin de aanbesteder weliswaar een aantal geldige inschrijvingen ontvangt, maar waarbij tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat geen van de inschrijvers voldoet aan de gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen en/of dat alle inschrijvers moeten worden uitgesloten op grond van een van toepassing zijnde uitsluitingsgrond. In zo'n situatie moeten alle inschrijvingen als 'onaanvaardbaar' worden aangemerkt. Gunning van de opdracht aan een derde - via de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking - is in zo'n situatie verboden. De aanbesteder zou er eventueel wel toe kunnen besluiten de bouwopdracht te heraanbesteden met gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Zie over deze situatie hoofdstuk 8, par. 5.2.3.1 alsook hierna par. 4.3.5.

Voor de gevallen waarin het de aanbesteder is toegestaan de bouwopdracht te gunnen aan een derde, onder gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, geldt overigens dat de aanbesteder de eisen van de vraagspecificatie niet wezenlijk zal mogen wijzigen.

Toelichting

Zie opnieuw hoofdstuk 8, par. 5.2.4.1.

Tot slot dient de aanbesteder zich nog te realiseren dat het doorschakelen naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in de in deze paragraaf beschreven gevallen niet noodzakelijkerwijs behoeft te betekenen dat de aanbesteder die procedure met slechts één door hem te kiezen derde doorloopt. Hij kan ook twee of meer derden vragen aan de procedure deel te nemen.

4.3.5 Annuleren en dezelfde bouwopdracht heraanbesteden

De gevallen waarin de aanbesteder de aanbestedingsprocedure annuleert om vervolgens de bouwopdracht ongewijzigd te mogen heraanbesteden met gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, zijn al in de vorige paragraaf besproken.

Toelichting

Het gaat dan om de gevallen waarin hetzij feitelijk, hetzij juridisch 'geen' inschrijvingen zijn ingediend of waarin alleen maar 'ongeschikte' inschrijvingen zijn ingediend. Wat daaronder moet worden verstaan, is uitvoeriger toegelicht in hoofdstuk 8, par. 5.2.4.1.

De aanbesteder is overigens niet verplicht om in de hiervoor bedoelde gevallen de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te gebruiken in het kader van de heraanbesteding. Hij mag daar ook een ander type aanbestedingsprocedure voor gebruiken.

Toelichting

Zoals in par. 4.2.9 is toegelicht, is een heraanbesteding van dezelfde bouwopdracht verboden wanneer bij de geannuleerde aanbestedingsprocedure een geldige inschrijving als beste uit de bus is gekomen. Van een geldige inschrijving is echter geen sprake in de gevallen waarin 'geen' of alleen maar 'ongeschikte' inschrijvingen zijn ingediend. Daarom is het in die gevallen ook niet bezwaarlijk om de aanbesteder toe te staan dezelfde bouwopdracht opnieuw aan te besteden.

De aanbesteder mag de bouwopdracht ook ongewijzigd heraanbesteden wanneer hij in het kader van een openbare procedure een of meer geldige inschrijvingen ontvangt, maar tegelijkertijd moet vaststellen dat geen van de inschrijvers voldoet aan de gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen en/of dat alle inschrijvers moeten worden uitgesloten op grond van een van toepassing zijnde uitsluitingsgrond.

Toelichting

In zo'n situatie moeten alle inschrijvingen als 'onaanvaardbaar' worden aangemerkt. De aanbesteder mag de bouwopdracht dan heraanbesteden met gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Zie over deze situatie hoofdstuk 8, par. 5.2.3.1.

4.3.6 Annuleren, bouwopdracht wijzigen en heraanbesteden

Het annuleren van de aanbestedingsprocedure met het oog op het heraanbesteden van bouwopdracht na wijziging van de eisen van de vraagspecificatie kan op elk gewenst moment tijdens een aanbestedingsprocedure plaatsvinden.

Toelichting

Zie eerder par. 4.2.10. Een voorwaarde is dan wel dat sprake is van een wezenlijke wijziging van de eisen van de vraagspecificatie.

De aanbesteder kan dat dus ook doen nadat hij heeft geconstateerd dat er in het geheel geen inschrijvingen zijn ingediend dan wel dat er in het geheel geen geldige inschrijvingen zijn ingediend door daartoe gekwalificeerde inschrijvers.

5 Doelmatig beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn

5.1 Uitgangsituatie: de aanbesteder kan gunnen

Wanneer de aanbesteder na afloop van de inschrijvingstermijn en na beoordeling van de ontvangen inschrijvingen heeft kunnen constateren dat één of meer geldige inschrijvingen zijn ingediend door gekwalificeerde inschrijvers, zal hij kunnen bepalen welke van die inschrijvers in het licht van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus is gekomen. Dat betekent vervolgens dat er juridisch gezien geen beletsel meer bestaat de bouwopdracht te gunnen aan die inschrijver.

Dat er juridisch geen beletsel tot gunnen bestaat, betekent niet dat de aanbesteder ook altijd tevreden zal zijn met het inschrijvingsresultaat. In zo'n geval doet de aanbesteder er verstandig aan zoveel mogelijk te achterhalen wat de oorzaak is van het voor hem tegenvallende inschrijvingsresultaat. Hij moet dat doen met het oog op het nemen van één van de beslissingen die hij juridisch zou *kunnen* nemen.

Toelichting

De aanbesteder kan (i) ófwel de bouwopdracht gunnen aan de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen, (ii) ófwel de aanbestedingsprocedure annuleren en vervolgens (a) hetzij definitief afzien van zijn bouwvoornemen, (b) hetzij de eisen van de vraagspecificatie wijzigen met het oog op een heraanbesteding van de bouwopdracht.

De mogelijkheid die zich ook nog kan voordoen, is dat de aanbesteder formeel weliswaar tot gunning kan overgaan, maar dat alle inschrijvingen naar objectieve maatstaven gemeten als 'te hoog' dienen te worden beschouwd en om die redenen allemaal als 'onaanvaardbaar' moeten worden beschouwd. Zie hierover ook hoofdstuk 8, par. 5.2.3.1. In dat geval kan de aanbesteder, zoals in die paragraaf uitgelegd, overgaan tot een heraanbesteding van de bouwopdracht met gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, vooropgesteld dat hij de vraagspecificatie niet wezenlijk wijzigt. In alle andere gevallen waarin de inschrijvingen 'onaanvaardbaar' zijn, zal de aanbesteder in de regel niet tot gunning kunnen overgaan. Ook dat is in de hiervoor genoemde paragraaf van hoofdstuk 8 verduidelijkt. Die gevallen komen hierna ook nog aan bod in par. 5.2.

De aanbesteder zou kunnen proberen de oorzaak van het voor hem tegenvallende inschrijvingsresultaat te achterhalen door binnen de kaders van hetgeen juridisch toelaatbaar is gebruik te maken van de mogelijkheid de inschrijvers te vragen hun inschrijvingen te verduidelijken of aan te vullen.

Toelichting

Zie hiervoor ook par. 4.2.1. Zie bovendien hoofdstuk 9, par. 4.3.6 en 5.3.4.

De één-op-één communicatie die in dat kader juridisch mag plaatsvinden, kan de aanbesteder onder andere inzicht geven in het antwoord op de vraag waarom de markt heeft gereageerd op de door hem in de markt gezette vraagspecificatie op de wijze zoals dat is gebeurd. In dat verband kan bijvoorbeeld aan het licht komen dat de aanbesteder de marktomstandigheden niet goed heeft ingeschat, of dat de eisen van de vraagspecificatie door de inschrijvers anders zijn begrepen dan de aanbesteder ze heeft bedoeld. Ook is denkbaar dat de vraagspecificatie met een aantal gebreken is behept en dat zich dat heeft vertaald in de inschrijvingen die de aanbesteder heeft ontvangen.

Voorbeeld

Het Rijk besteedt de aanleg van een nieuwe snelweg aan op basis van D&B en met daaraan verbonden de verplichting tot het onderhouden van de weg gedurende een periode van 20 jaar. De verstrekte informatie over de in het tracé aanwezige bodemgesteldheid is evenwel summier en bovendien is bepaald dat de aanbieders het risico dienen te dragen van het wijzigen van de voor de aanleg en het onderhoud van de weg relevante publiekrechtelijke regelgeving gedurende de komende 15 jaar. De inschrijvers schatten deze risico's naar beste weten en kunnen in, hetgeen evenwel leidt een voor de aanbesteder tegenvallend inschrijvingsresultaat.

Vanuit een oogpunt van doelmatigheid wordt sterk aanbevolen de mogelijkheid tot het vragen om verduidelijkingen en aanvullingen binnen de kaders van hetgeen juridisch is toegestaan zoveel mogelijk te benutten. Alleen op die manier kan een aanbesteder die ontevreden is over het inschrijvingsresultaat een geïnformeerde en daardoor doelmatige vervolgbeslissing in het aanbestedingsproces nemen.

Toelichting

Overigens doet de aanbesteder er natuurlijk ook verstandig aan de oorzaken van het tegenvallende inschrijvingsresultaat te proberen te achterhalen met behulp van andere deskundigen dan de inschrijvers.

Het optimaliseren van het inschrijvingsresultaat door middel van het voeren van onderhandelingen met een of meer inschrijvers, alvorens te beslissen de bouwopdracht al dan niet te gunnen, is bij de meeste aanbestedingsprocedures verboden. Dergelijke onderhandelingen mogen alleen plaatsvinden in het kader van de onderhandelingsprocedures. Een aanbesteder die zo'n procedure toepast en vervolgens ontevreden is over het inschrijvingsresultaat, wordt ten zeerste aangeraden de maximale ruimte binnen die procedures te benutten ten einde het bedoelde resultaat te proberen te optimaliseren.

Toelichting

Zie hierover ook par. 4.2.4. Zie meer uitvoerig hoofdstuk 9, par. 4.3.6.3.

Zo'n aanbesteder moet zich overigens wel realiseren dat wanneer de oorzaak van het tegenvallende inschrijvingsresultaat is gelegen in de eisen van de vraagspecificatie zelf, het voeren van onderhandelingen in het kader van de onderhandelingsprocedures geen ruimte biedt om die eisen aan te passen. Onderhandelingen voeren biedt dus niet altijd een oplossing om tot een verbetering van het inschrijvingsresultaat te komen.

Op basis van de informatie die de aanbesteder kan verkrijgen door gebruik te maken van de hierboven geschetste mogelijkheden, kan hij vervolgens een doelmatige afweging maken van de voor- en nadelen die kleven aan de beslissing om hetzij de bouwopdracht te gunnen aan de inschrijver wiens inschrijving als beste uit de bus is gekomen, hetzij de aanbestedingsprocedure te annuleren al dan niet in combinatie met een heraanbesteding van een gewijzigde bouwopdracht.

Toelichting

Andere opties heeft de aanbesteder niet. Wat hij dus niet mag doen, is toestaan dat fouten in inschrijvingen worden hersteld; inschrijvingen laten verbeteren; gunnen aan een andere inschrijver of aan een derde; heraanbesteding van dezelfde bouwopdracht. Zie hiervoor par. 4.2.2, 4.2.3, 4.2.6, 4.2.8 en 4.2.9.

Wanneer de oorzaak van het tegenvallende inschrijvingsresultaat vooral verband lijkt te houden met een verkeerde inschatting van de marktsituatie, komt het uiteindelijk aan op de vraag of de aanbesteder in staat is en bereid is de door de markt gevraagde prijs voor uitvoering van de bouwopdracht te betalen. In het bevestigende geval is het doelmatig om over te gaan tot gunning van de bouwopdracht aan de inschrijver wiens inschrijving als beste uit de bus is gekomen.

Voorbeeld

Bij het met behulp van een openbare aanbesteding in de markt zetten van een grote infrastructurele opdracht door een provincie heeft zij zich onvoldoende gerealiseerd dat de daarvoor in aanmerking komende bedrijven al zeer goed gevulde orderportefeuilles hadden, waardoor slechts een gering aantal inschrijvingen is ontvangen en waarvan het prijsniveau hoger lag dan dat waarvan de provincie enkele jaren geleden bij het bepalen van het budget is uitgegaan.

Ingeval de aanbesteder niet bereid of in staat is de door de markt gevraagde prijs te betalen, maar afstel van het bouwproject geen optie is, heeft de aanbesteder geen andere mogelijkheid dan de bouwopdracht opnieuw aan te besteden na wijziging van de eisen van de vraagspecificatie.

Toelichting

Het voorgaande laat overigens onverlet, zoals hierboven reeds is opgemerkt, dat de aanbesteder zich soms op het standpunt zal kunnen stellen - niet overigens in het hierboven geschetste voorbeeld - dat alle inschrijvingen naar objectieve maatstaven gemeten als 'te hoog' dienen te worden beschouwd en om die redenen allemaal als 'onaanvaardbaar' moeten worden beschouwd. In dat geval kan de aanbesteder overgaan tot een heraanbesteding van de bouwopdracht op basis van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, vooropgesteld dat hij de vraagspecificatie niet wezenlijk wijzigt. Zie hierover ook hoofdstuk 8, par. 5.2.3.1.

Ingeval de aanbesteder tot heraanbesteding na wijziging van de vraagspecificatie overgaat, zal hij overigens wel moeten nagaan of de kosten die verband houden met die wijziging en met de heraanbesteding - alsook de vertraging die daardoor in het aanbestedingsproces ontstaat - opwegen tegen het voordeel dat hij met een en ander beoogt te bereiken. Een aanbesteder die tot het inzicht komt dat de oorzaak van het tegenvallende inschrijvingsresultaat vooral verband houdt met de inhoud van de eisen van de vraagspecificatie, doet er onverstandig aan tot gunning van de bouwopdracht over te gaan. Gunning van de bouwopdracht zou namelijk betekenen dat de doelstellingen die de aanbesteder met het bouwproces beoogt te verwezenlijken niet dan wel onvoldoende zullen worden gerealiseerd.

Voorbeeld

Het Rijk zou zich de vraag moeten stellen in hoeverre de eis dat de aanbieders van het eerder in deze paragraaf bedoelde snelwegproject het risico lopen van de in de komende 15 jaren wijzigende publiekrechtelijke regelgeving, het inschrijvingsresultaat ongunstig heeft beïnvloed. Als in verband daarmee de opdracht in gewijzigde vorm (zonder dat risico) opnieuw in de markt wordt gezet, is bovendien te overwegen, de inschrijvers dit maal van meer informatie over de bodemgesteldheid in het tracé van de weg te voorzien.

Gunning van de bouwopdracht is in zo'n situatie slechts een reële optie wanneer de aanbesteder tegelijkertijd accepteert dat hij zijn doelstellingen zal moeten bijstellen. Is dat laatste echter niet mogelijk, dan zal een professionele aanbesteder achtereenvolgens moeten besluiten de aanbestedingsprocedure te annuleren, de eisen van de vraagspecificatie te wijzigen en vervolgens de gewijzigde bouwopdracht opnieuw aan te besteden.

5.2 Uitgangsituatie: de aanbesteder kan niet gunnen

Wanneer de aanbesteder na afloop van de inschrijvingstermijn géén inschrijvingen heeft ontvangen, of wanneer na beoordeling van de ontvangen inschrijvingen blijkt dat géén van de inschrijvers voor gunning in aanmerking komt en hij dus *niet kan* gunnen aan een inschrijver, zal de aanbesteder per definitie ontevreden zijn over het inschrijvingsresultaat.

Ook in deze situatie doet de aanbesteder er verstandig aan zoveel mogelijk te achterhalen wat de oorzaak is van het voor hem tegenvallende inschrijvingsresultaat. Hij moet dat wederom doen met het oog op het nemen van één van de beslissingen die hij juridisch zou *kunnen* nemen.

Toelichting

Nu de aanbesteder de bouwopdracht niet aan een inschrijver kan gunnen, rest hem in vergelijking met de in par. 5.1 besproken situatie slechts de optie de aanbestedingsprocedure te annuleren en vervolgens (a) hetzij definitief af te zien van zijn bouwvoornemen, (b) hetzij de eisen van de vraagspecificatie te wijzigen met het oog op een heraanbesteding van de bouwopdracht. Anders dan in de situatie die is besproken in par. 5.1 heeft de aanbesteder nu echter ook een aantal specifieke mogelijkheden om na annulering van de aanbestedingsprocedure dezelfde bouwopdracht opnieuw aan te besteden met gebruikmaking van een van de onderhandelingsprocedures. Zie daarvoor meer uitvoerig par. 4.3.4 en 4.3.5. Andere opties heeft de aanbesteder niet.

De aanbesteder zou kunnen proberen de oorzaak van het voor hem tegenvallende inschrijvingsresultaat te achterhalen door binnen de kaders van hetgeen juridisch toelaatbaar is gebruik te maken van de mogelijkheid de inschrijvers te vragen hun inschrijvingen te verduidelijken.

Toelichting

Zie hiervoor ook par. 4.2.1 en met name 4.3.1. Zie bovendien hoofdstuk 9, par. 4.3.6 en 5.3.4.

Het vragen om een verduidelijking kan er weliswaar niet toe leiden dat alsnog kan worden besloten tot gunning van de bouwopdracht aan een van de inschrijvers, maar de één-op-één communicatie die in het kader van de verduidelijking mag plaatsvinden, kan de aanbesteder desalniettemin inzicht geven in de redenen waarom het inschrijvingsresultaat is zoals het is. Dat kan zoals gezegd waardevolle informatie opleveren die hij nodig heeft om een doelmatige vervolgbeslissing te nemen.

Toelichting

Vergelijk in dit verband ook par. 5.1.

Het voeren van onderhandelingen met het oog op het optimaliseren van het inschrijvingsresultaat is bij de meeste aanbestedingsprocedures zoals gezegd verboden. Dergelijke onderhandelingen mogen alleen plaatsvinden in het kader van de onderhandelingsprocedures. Omdat het in de situatie die in deze paragraaf centraal staat niet mogelijk is tot gunning van de bouwopdracht aan een van de inschrijvers te komen, is het voeren van onderhandelingen vanuit dat perspectief dan ook niet erg zinvol. Anderzijds kan de aanbesteder die onderhandelingsmogelijkheid in het verlengde van de mogelijkheid tot het vragen om verduidelijking van de inschrijving wel weer gebruiken om inzicht te krijgen in de oorzaken van het tegenvallende inschrijvingsresultaat.

Op basis van de informatie die de aanbesteder verkrijgt door gebruik te maken van de hierboven geschetste mogelijkheden, kan hij vervolgens een doelmatige afweging maken van de voor- en

nadelen die kleven aan het al of niet opnieuw aanbesteden van de bouwopdracht. Gesteld dat hij een eventuele heraanbesteding van de bouwopdracht overweegt, kan hij in dat kader bovendien doelmatig afwegen of hij er wel of niet verstandig aan doet over te gaan tot het wijzigen van de eisen van de vraagspecificatie.

Wanneer de aanbesteder tot het inzicht komt dat de oorzaak van het tegenvallende inschrijvingsresultaat is gelegen in de inhoud van de eisen van de vraagspecificatie, zal hij er ingeval van een heraanbesteding van de bouwopdracht verstandig aan doen die eisen aan te passen.

Toelichting

In zoverre is er geen verschil met de in par. 5.1 besproken situatie.

Het voorgaande advies is met name van belang voor die situaties waarin het - door toedoen van de vraagspecificatie - tegenvallende inschrijvingsresultaat de aanbesteder juridisch de mogelijkheid zou bieden de bouwopdracht aan te besteden met behulp van een van de onderhandelingsprocedures. Een aanbesteder dient zich te realiseren dat in zo'n geval gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure betekent dat de eisen van de vraagspecificatie niet mogen worden gewijzigd.

Toelichting

Zie hierover hoofdstuk 8, par. 5.2.3.1 en 5.2.4.1.

Juist omdat de aanbesteder tot het inzicht komt dat de vraagspecificatie uit een oogpunt van doelmatigheid wél moet worden gewijzigd, wordt gebruikmaking van de onderhandelingsprocedures afgewezen zelfs wanneer het juridisch is toegestaan die procedure te gebruiken.

Voorbeeld

Het inschrijvingsresultaat van een aanbestedingsprocedure valt tegen, in de zin dat alle inschrijvers naar objectieve maatstaven gemeten een te hoge inschrijving hebben ingediend. Dat betekent dat alle inschrijvingen 'onaanvaardbaar' zijn en dat de aanbesteder zich op het standpunt mag stellen dat hij de bouwopdracht niet kan gunnen. De consequentie daarvan is dat de aanbesteder de aanbestedingsprocedure mag annuleren en dezelfde bouwopdracht mag heraanbesteden op basis van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, zie hoofdstuk 8, par. 5.2.3.1. De aanbesteder heeft de oorspronkelijke inschrijvers echter gevraagd om hun inschrijvingen te verduidelijken en is in dat kader tot het inzicht gekomen dat hij zijn vraagspecificatie op onderdelen anders had moeten inrichten om het door hem met het bouwproces beoogde doel te realiseren. Hij besluit de vraagspecificatie dan ook aan te passen. Dat betekent vervolgens echter dat de heraanbesteding niet meer op basis van de onderhandelingsprocedure mag plaatsvinden, althans niet op grond van de stelling dat bij de eerdere aanbesteding alleen maar onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend.

Wanneer de oorzaak van het teleurstellende inschrijvingsresultaat geen verband houdt met de eisen van de vraagspecificatie, kan zich de situatie voordoen dat de aanbesteder de juridische mogelijkheid heeft na annulering van de aanbestedingsprocedure dezelfde bouwopdracht opnieuw aan te besteden op grond van een onderhandelingsprocedure.

Toelichting

Zie in dit verband par. 4.3.4 en 4.3.5.

Voorbeeld

Alle inschrijvers hebben te laat ingeschreven en/of een inschrijving onder voorwaarden ingediend. In dat geval mag de aanbesteder de bouwopdracht heraanbesteden op grond van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, zie hoofdstuk 8, par. 5.2.3.1.

Er is feitelijk geen enkele inschrijving ingediend. In dat geval mag de aanbesteder de bouwopdracht heraanbesteden op grond van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, zie hoofdstuk 8, par. 5.2.4.1.

Wanneer het is toegestaan door te schakelen naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, heeft hij juridisch de mogelijkheid om de bouwopdracht één-op-één te gunnen aan een derde na het voeren van onderhandelingen. Vanzelfsprekend is het dan mogelijk - en wellicht ook voldoende - om via het voeren van onderhandelingen met één marktpartij alsnog tot een zo optimaal mogelijk inschrijvingsresultaat te komen. Maar niets weerhoudt de aanbesteder er van meer dan één marktpartij te betrekken in een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking die volgt op een mislukte aanbestedingsprocedure. Het creëren van prijsdruk kan ook in die situatie mogelijk tot een nog doelmatigere uitkomst leiden.

Hoe de bouwopdracht aan te kondigen?

13

Managementsamenvatting

Wat is het doel van dit hoofdstuk?

- **Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te ondersteunen bij het nemen van de juiste beslissingen in het kader van de verplichting tot aankondiging van de bouwopdracht.**

Aan welke juridische randvoorwaarden is een aanbesteder gebonden in het kader van de aankondiging?

- **Op de aanbesteder kan de verplichting rusten tot aankondigen. De verplichting tot aankondigen kan enerzijds betrekking hebben op het voornemen een bouwopdracht te plaatsen in welk geval zo'n aankondiging vooraf kan worden gegaan door een vooraankondiging. Een aankondiging kan echter ook betrekking hebben op een inmiddels gegunde bouwopdracht.**
- **De verplichting tot aankondigen van een voornemen tot plaatsing van een bouwopdracht is aanwezig in die gevallen waarin een aanbesteder op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG of op grond van nationale wet- en regelgeving verplicht is een bouwopdracht aan te besteden en waarbij hij dan gebruik maakt van een van de volgende aanbestedingsprocedures: openbare procedure; niet-openbare procedure; concurrentiegerichte dialoog; onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking; concessieovereenkomst voor openbare werken.**
- **De verplichting tot aankondiging van een inmiddels gegunde bouwopdracht is daarenboven ook verplicht in die gevallen waarin de aanbesteder op grond van een aanbestedingsplicht gebruik maakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.**

Welke aanbevelingen kunnen vanuit een oogpunt van doelmatigheid worden gedaan ten aanzien van het aankondigen?

- **In alle gevallen waarin een aanbesteder - verplicht of onverplicht - aankondigingen opstelt en publiceert in het kader van een aanbestedingsprocedure, doet hij er verstandig aan zowel bij het formuleren van de aankondiging als bij de elektronische publicatie daarvan gebruik te maken van de applicatie op de internetsite www.aanbestedingskalender.nl welke op termijn ook benaderbaar zal zijn via www.tenderned.nl. Op deze manier zorgt de aanbesteder er niet alleen voor dat de inhoud en de publicatie van een aankondiging voldoen aan de daarvoor geldende aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving, maar bewerkstelligt hij bovendien dat de wijze van aankondigen bijdraagt aan een zo doelmatig mogelijk aanbestedingsproces.**

1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt er van uitgegaan dat de aanbesteder bepaalde beslissingen heeft genomen met betrekking tot:
- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm;
- de aanbestedingsprocedure;
- de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria;
- het gunningscriterium.

Afhankelijk van de aanbestedingsprocedure die de aanbesteder voornemens is toe te passen - gegeven de daarvoor geldende juridische randvoorwaarden en overwegingen van doelmatigheid - zal op de aanbesteder de verplichting rusten de bouwopdracht algemeen aan te kondigen.

Toelichting

Zie hierna ook par. 4.1.

Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te ondersteunen bij het nemen van de juiste beslissingen in het kader van de verplichting tot aankondiging van de bouwopdracht. Om dat te kunnen doen, wordt in dit hoofdstuk eerst duidelijk gemaakt wat in de Leidraad onder het begrip 'aankondigen' wordt verstaan *(par. 2)*. Vervolgens komt de vraag aan de orde waarom het belangrijk is dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over het aankondigen van de bouwopdracht in het concrete geval *(par. 3)*. Daarna wordt ingegaan op de vraag welke juridische randvoorwaarden de aanbesteder in acht dient te nemen in het kader van de aankondiging van bouwopdrachten *(par. 4)*. Gegeven die juridische randvoorwaarden worden tot slot aanbevelingen gedaan op basis waarvan een aanbesteder het proces van aankondigen ook overigens zo doelmatig mogelijk kan laten verlopen *(par. 5)*.

2 Wat is 'aankondigen'?

Het aankondigen van een bouwopdracht in de context van een aanbestedingsprocedure heeft in de Leidraad twee verschillende betekenissen. In de eerste plaats is sprake van 'aankondigen' wanneer de aanbesteder de markt in kennis stelt van het feit dat hij een bouwopdracht wenst te plaatsen op basis van een aanbestedingsprocedure. Met de aankondiging wordt dan in feite het formele startsein voor die aanbestedingsprocedure gegeven en worden potentiële gegadigden en inschrijvers uitgenodigd om aan die procedure deel te nemen.

Toelichting

Ingeval van de openbare procedure worden marktpartijen met de aankondiging uitgenodigd tot het doen van een inschrijving. Ingeval van de overige aanbestedingsprocedures die worden aangekondigd (niet-openbare procedure; concurrentiegerichte dialoog; onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking; concessieovereenkomst voor openbare werken), worden marktpartijen uitgenodigd zich als gegadigde te melden.

'Aankondigen' kan in de context van een aanbestedingsprocedure ook nog een tweede betekenis hebben. Daarmee wordt dan gedoeld op het feit dat een aanbesteder de markt in kennis stelt van het feit dat hij een aanbestedingsprocedure heeft doorlopen en vervolgens een bouwopdracht aan een inschrijver heeft gegund.

Toelichting

In de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving wordt dit ook wel aangeduid als het aankondigen van de geplaatste opdracht.

3 Waarom dient het aankondigen van de opdracht goed te zijn doordacht?

In dit hoofdstuk wordt het als een gegeven beschouwd dat de aanbesteder verplicht is een bouwopdracht algemeen aan te kondigen. Zo'n verplichting hangt onverbrekelijk samen met de positieve beantwoording van de vraag óf op een aanbesteder in het concrete geval de verplichting rust een bouwopdracht aan te besteden en - in het bevestigende geval - het antwoord op de vraag welke aanbestedingsprocedure de aanbesteder vervolgens voor die aanbesteding mag hanteren.

Toelichting

Zie voor een beantwoording van deze vragen eerder hoofdstuk 8, met name par. 5.1 en par. 6.3. Hierna zal nog in par. 4.1 een kort overzicht worden gegeven van de aanbestedingsprocedures die wel en niet door middel van een aankondiging van start moeten gaan. In dat overzicht staat ook aangegeven welke procedures moeten worden afgesloten met een aankondiging waarmee de aanbesteder de markt in kennis stelt van het feit dat hij die aanbestedingsprocedure heeft doorlopen en op basis daarvan tot gunning van een bouwopdracht aan een inschrijver is gekomen.

Gegeven de verplichting tot aankondiging van de bouwopdracht moet de aanbesteder de inhoud van die aankondiging alsook de wijze waarop hij die aankondiging publiceert goed doordenken. De aankondiging van een bouwopdracht is namelijk een belangrijke stap in het proces waarmee de aanbesteder tot verwezenlijking van de door hem gestelde doelen zal kunnen komen.

Toelichting

Zie over deze doelen ook hoofdstuk 1, par. 1.2.

Om die doelen te kunnen realiseren, zal de aanbesteder er immers behoefte aan hebben de belangstelling voor de bouwopdracht te trekken van díe marktpartijen die hem daar het beste bij zouden kunnen helpen. Het is om die reden in het belang van de aanbesteder de inhoud van de aankondiging goed op die behoefte af te stemmen en er ook overigens voor te zorgen dat de aankondiging zoveel mogelijk van die marktpartijen bereikt.

Afgezien van deze overwegingen zal de aanbesteder zich bij het opstellen en publiceren van de aankondiging tot slot nog moeten afvragen of en in hoeverre het aanbestedingsrecht grenzen stelt aan de beslissingen die hij in dat verband zou willen nemen.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 De verplichting tot aankondigen

De verplichting tot aankondigen van een bouwopdracht is zoals gezegd onlosmakelijk verbonden met de verplichting tot aanbesteden en - in het verlengde daarvan - de verplichting tot het hanteren van een aanbestedingsprocedure. In dit verband moet een onderscheid worden gemaakt tussen het type aankondiging dat in het geding is.

Toelichting

Zie eerder par. 2. Het kan enerzijds gaan om de aankondiging van de wens tot plaatsing van een bouwopdracht en anderzijds om de aankondiging van een inmiddels geplaatste opdracht.

De aankondiging van de wens tot plaatsing van een bouwopdracht is verplicht in die gevallen waarin de aanbesteder op grond van een aanbestedingsplicht kiest voor het gebruik van de openbare procedure; de niet-openbare procedure; de concurrentiegerichte dialoog; de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de concessieovereenkomst voor openbare werken, waarbij die laatste procedure dan wordt geoperationaliseerd met behulp een van de andere genoemde procedures.

Toelichting

Zie over de hier bedoelde aanbestedingsplicht ook hoofdstuk 8, met name par. 5.1. De genoemde procedures staan in dat hoofdstuk kort beschreven in par. 4.2 t/m 4.5 en in par. 4.8.

Bron

Zie voor de aan deze aanbestedingsplicht gekoppelde aankondigingsplicht: art. 35 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 35 lid 9 Bao voor wat betreft de openbare procedure, de niet-openbare procedure, de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de concurrentiegerichte dialoog en art. 58 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 60 lid 1 Bao voor wat betreft de concessieovereenkomst voor openbare werken. Zie ook art. 40 lid 2 jo. art. 42 lid 1 sub (c) Richtlijn Nutssectoren en art. 37 lid 1 jo. art. 42 lid 1 sub (c) Bass. Zie daarnaast art. 2.3.1, art. 3.3.1, art. 4.4.1, art. 5.4.1 en art. 8.2.1 ARW 2005.
Een bijzonderheid geldt nog ten aanzien van de Richtlijn Nutssectoren, waarin is bepaald dat de aankondiging van de bouwopdracht kan plaatsvinden door het publiceren van een mededeling inzake een erkenningsregeling, zie art. 42 lid 1 sub (b) jo. art. 41 lid 3 Richtlijn Nutssectoren alsook art. 42 lid 1 sub (b) jo. art. 41 Bass. Vooropgesteld dat de erkenningsregeling op de juiste wijze is aangekondigd, kan de aanbesteder behoeft een niet-openbare procedure of een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking alleen die marktpartijen uit te nodigen die volgens dat systeem in aanmerking komen, zie art. 51 lid 2 en lid 3 Richtlijn Nutssectoren en art. 54 lid 12 Bass.

De hierboven bedoelde bepalingen hebben in ieder geval betrekking op de aankondigingsplicht die verband houdt met de aanbestedingsplicht die voortvloeit uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Wanneer een aanbestedingsplicht echter niet uit die aanbestedingsrichtlijnen voortvloeit, maar wel uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, zullen aanbesteders eveneens aan hun aankondigingsplicht kunnen voldoen door de hierboven weergegeven bepalingen in acht te nemen. Zie over deze categorie van gevallen ook hoofdstuk 8, par. 5.1.2.

Wanneer een aanbestedingsplicht niet voortvloeit uit de aanbestedingsrichtlijnen en evenmin uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, kan zo'n plicht eventueel wel nog voortvloeien uit nationale wet- en regelgeving, zie hoofdstuk 8, par. 5.1.3. Indien in dat geval ook de verplichting bestaat het ARW 2005 te hanteren - of wanneer daar vrijwillig voor wordt gekozen - vloeit de aankondigingsplicht voort uit art. 2.3.2, art. 3.3.2, art. 4.4.2, art. 5.4.2 of art. 8.2.2 ARW 2005.

De aanbesteder *kan* ingeval van de hierboven genoemde aanbestedingsprocedures de aankondiging door een zogenoemde 'vooraankondiging' vooraf laten gaan.

Toelichting

Een aanbesteder zal tot een vooraankondiging overgaan indien hij het van belang acht dat potentiële gegadigden of inschrijvers voorafgaande aan de eigenlijke aankondiging van de bouwopdracht inzicht krijgen in de bouwbehoefte van de aanbesteder. Met die kennis kunnen zij zich dan zorgvuldiger voorbereiden op de aanbestedingsprocedure die komen gaat. Een vooraankondiging kan ook betrekking hebben op meerdere bouwopdrachten die op een later tijdstip via afzonderlijke aanbestedingsprocedures in de markt zullen worden gezet.

Bron

Zie voor de mogelijkheid tot het doen van een vooraankondiging: art. 35 lid 1 aanhef en sub (c) Algemene Richtlijn en artikel 35 lid 1 Bao. Zie voorts artikel 2.2.1, 3.2.1, 4.3.1 en 5.3.1 ARW 2005.

In dit verband kan een bijzonderheid worden genoemd wat betreft de Richtlijn Nutssectoren. Ook in dat geval kan een vooraankondiging - indicatieve periodieke aankondiging genoemd - plaatsvinden, zie art. 41 lid 1 sub (c) jo. art. 42 lid 1 sub (a) Richtlijn Nutssectoren en art. 40 lid 1 sub (c) jo. art. 42 lid 1 sub (a) Bass. Het doen van zo'n periodieke indicatieve aankondiging kan vervolgens de verplichting tot het doen van de 'eigenlijke' aankondiging doen vervallen, indien is voldaan aan de voorwaarden genoemd in art. 42 lid 3 Richtlijn Nutssectoren en art. 42 lid 3 Bass. Die voorwaarden komen er op neer dat (a) de aankondiging specifiek verwijst naar de werken waarop de te gunnen bouwopdracht betrekking heeft; (b) de aankondiging vermeldt dat de opdracht zal worden gegund door middel van een niet-openbare procedure of een onderhandelingsprocedure, waarbij achteraf geen aankondiging wordt gepubliceerd en dat belangstellende marktpartijen worden verzocht hun belangstelling schriftelijk kenbaar te maken en (c) de uitnodiging tot inschrijving binnen 12 maanden na publicatie van de aankondiging wordt verzonden.

Voor wat betreft het vooraankondigen van bouwopdrachten die niet behoeven te worden aanbesteed op grond van hetzij de Europese aanbestedingsrichtlijnen hetzij de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, maar wel op grond van nationale wet- en regelgeving, zijn geen bijzondere bepalingen van toepassing.

Een verplichting tot vooraankondigen bestaat overigens niet. Een aanbesteder die echter gebruik maakt van de mogelijkheid tot vooraankondigen, is vervolgens wel verplicht de wet- en regelgeving in acht te nemen die betrekking heeft op de inhoud van een vooraankondiging, de wijze van publicatie en de termijnen die in dat kader in acht dienen te worden genomen.

Bron

Zie hierna nog par. 4.2 en par. 4.3 en hoofdstuk 14.

Een aanbesteder die gebruik maakt van de mogelijkheid tot het vooraankondigen van zijn voornemen een bouwopdracht te plaatsen, verplicht zich daarmee niet tot het daadwerkelijk aanbesteden van die bouwopdracht. Hij kan altijd afzien van de bouwopdracht en dat kan dus ook wanneer die opdracht onderwerp van een vooraankondiging is geweest.

Toelichting

Zie in dit verband ook hoofdstuk 12, par. 4.2.7 en par. 4.3.3.

Voorbeeld

Een aanbesteder publiceert in november een vooraankondiging op www.aanbestedingskalender.nl en op TED. Naast een korte beschrijving van de voorgenomen opdracht bevat de aankondiging ook gegevens over het begin van de aanbestedingsprocedure (begin januari) en de uitvoeringstermijn (binnen 12 maanden na de gunning).

Een belangrijke consequentie van een vooraankondiging die tot slot nog kan worden genoemd, is dat de inschrijvingstermijn daarmee kan worden verkort.

Bron

Zie art. 35 lid 1, vijfde alinea, Algemene Richtlijn en art. 38 lid 5 Bao. In het ARW 2005 is dit alleen uitgewerkt voor de openbare en de niet-openbare procedure, zie art. 2.4.7 en art. 3.16.4 ARW 2005, omdat bij de overige aanbestedingsprocedures geen minimuminschrijvingstermijnen gelden, zie hoofdstuk 14, par. 4.2. Overigens is het zo dat van deze mogelijkheid tot verkorting alleen gebruik kan worden gemaakt indien de vooraankondiging alle informatie bevat die ook in de aankondiging is vermeld (zie hierna ook par. 4.2) en indien de bouwopdracht daadwerkelijk wordt aangekondigd binnen 12 maanden na de verzending van de vooraankondiging. Zie over deze voorwaarden ook art. 38 lid 4, derde alinea, Algemene Richtlijn, art. 38 lid 6 Bao, art. 2.4.8 en art. 3.16.5 ARW 2005. Zie over de in acht te nemen termijnen ook hoofdstuk 14.

De verplichting tot aankondiging van een inmiddels geplaatste opdracht is gekoppeld aan de gevallen waarin de aanbesteder op grond van een aanbestedingsplicht kiest voor het gebruik van de openbare procedure; de niet-openbare procedure; de concurrentiegerichte dialoog; de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en de concessieovereenkomst voor openbare werken.

Bron

Zie voor deze aankondigingsplicht: art. 35 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 35 lid 12 Bao. Zie voorts art. 43 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 1 Bass. Zie ook art. 2.32.1, art. 3.34.1, art. 4.32.1, art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005.
De hierboven bedoelde verplichting geldt ook indien de aanbestede opdracht een raamovereenkomst is. De aanbesteder is echter niet verplicht de plaatsing van de opdrachten die weer als uitvloeisel van deze raamovereenkomst worden gegund, aan te kondigen, zie art. 35 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 35 lid 13 Bao. Zie ook art. 43 lid 1, tweede alinea, Richtlijn Nutssectoren alsook art. 43 lid 2 Bass. Zie voor een korte beschrijving van de procedures die ten grondslag liggen aan de gunning van opdrachten uit hoofde van een raamovereenkomst: hoofdstuk 8, par. 4.9 en par. 4.10.

Er bestaat geen verplichting tot het aankondiging van een inmiddels geplaatste opdracht die niet is aanbesteed op grond van hetzij de Europese aanbestedingsrichtlijnen hetzij de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, maar wel is aanbesteed op grond van nationale wet- en regelgeving.

Op de verplichting tot aankondiging van een inmiddels geplaatste opdracht kan een uitzondering worden gemaakt indien de daarmee gepaard gaande openbaarmaking van gegevens in strijd zou zijn met de wet; in strijd zou zijn met het openbaar belang; de rechtmatige commerciële belangen van derden zou schaden; of de eerlijke mededinging tussen inschrijvers zou aantasten.

Bron

Zie art. 35 lid 4, vierde alinea, Algemene Richtlijn en art. 35 lid 17 Bao. Zie voorts art. 43 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 2 Bass, waarin is bepaald dat de Commissie het gevoelige commerciële karakter moet eerbiedigen - overigens na daarop door de aanbesteder te zijn gewezen - betreffende het aantal inschrijvingen, de identiteit van de inschrijvers en hun prijzen. Zie ook art. 2.32.1, art. 3.34.1, art. 4.32.1, art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005.

Voorbeeld

In het verleden heeft zich het geval voorgedaan dat een aanbesteder technische vernieuwde opdrachten in de markt heeft gezet waarbij zelfs de projecttitel commercieel gevoelig was in verband met intellectuele eigendomsrechten. Dat is toen ondervangen door het inmiddels geplaatste project abstract te omschrijven en door CPV codes te gebruiken. Zelfs een informatieverzoek op grond van de Wet Openbaarheid van Bestuur is toen niet gehonoreerd omdat het om commercieel gevoelige informatie ging.

4.2 Inhoud van de aankondiging

De inhoud van de verschillende aankondigingen die de aanbesteder in het concrete geval kan doen dan wel verplicht is te doen, wordt in sterke mate voorgeschreven door de inhoud van gedetailleerde modellen die de aanbesteder op grond van aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving verplicht is te hanteren.

Bron

Deze modellen zijn opgenomen in: Bijlage VII en Bijlagen VII A t/m VII D van de Algemene Richtlijn, Bijlage XIII t/m XVI van de Richtlijn Nutssectoren, Bijlage 4 van het Bao, Bijlage 2 van het Bass. Zie voorts de Modellen A, B, C en E opgenomen in Deel II van het ARW 2005.

Indien een aanbesteder gebruik maakt van de mogelijkheid een vooraankondiging te doen, moet hij in ieder geval de hoofdkenmerken bekendmaken van de bouwopdracht die hij voornemens is te plaatsen.

Bron

Zie art. 35 lid 1 aanhef en sub (c) Algemene Richtlijn en artikel 35 lid 1 sub (c) Bao. Zie voor wat betreft de indicatieve periodieke aankondiging in het kader van de Richtlijn Nutssectoren: art. 41 lid 1 sub (c) Richtlijn Nutssectoren en art. 40 lid 1 sub (c) Bass. Zoals in par. 4.1 is opgemerkt, kan zo'n periodieke indicatieve aankondiging onder de Richtlijn Nutssectoren vervolgens de verplichting tot het doen van de 'eigenlijke' aankondiging doen vervallen, indien is voldaan aan de voorwaarden genoemd in art. 42 lid 3 Richtlijn Nutssectoren en art. 42 lid 3 Bass. Een van die voorwaarden is dat indicatieve periodieke aankondiging specifiek verwijst naar de werken waarop de te gunnen bouwopdracht betrekking heeft.

Verder moet de vooraankondiging onder andere bevatten: de (adres)gegevens van de aanbesteder; de plaats van de uitvoering van de bouwopdracht; de aard en omvang van de prestaties en de raming van de kostenmarge; de voorlopige datum waarop de aanbestedingsprocedure zal worden ingeleid; de voorlopige datum voor de aanvang van de werkzaamheden en het tijdschema voor de uitvoering van de werken.

Bron

Zie allereerst art. 36 lid 1 jo. Bijlage VII A van de Algemene Richtlijn en art. 35 lid 2 jo. art. 36 lid 1 jo. Bijlage 4, onderdeel A, Bao. Zie daarnaast art. 41 lid 1 aanhef en sub (c) jo. art. 42 lid 1 sub (a) jo. Bijlage XV A Richtlijn

Nutssectoren en art. 40 lid 2 jo. Bijlage 2, onderdeel C, Bass. Zie tot slot ook art. 2.2.1, art. 3.2.1, art. 4.3.1 en art. 5.3.1 ARW jo. Model A behorende bij het ARW 2005. Uit dat Model kan worden opgemaakt welke informatie in de vooraankondiging moet en mag worden opgenomen.

De aanbesteder is verplicht om een bepaalde voorgeschreven opmaak te hanteren voor de vooraankondiging.

Bron

Zie hiervoor www.aanbestedingskalender.nl en http://simap.eu.int

In de daadwerkelijk aankondiging van de bouwopdracht moet de aanbesteder naast algemene (contact)informatie in ieder geval ook informatie opnemen met betrekking tot: de wijze van aanbesteden; de vorm van de opdracht; de plaats van de uitvoering; de aard en de omvang van de opdracht; de verdeling in percelen; de termijn voor de uitvoering; datum en tijdstip van de aanbesteding; de selectiecriteria; de gunningscriteria.

Bron

Zie art. 36 lid 1 jo. Bijlage VII A Algemene Richtlijn en art. 36 lid 1 jo. Bijlage 4, onderdeel A, Bao. Zie daarnaast art. 42 lid 1 sub (c) jo. Bijlage XIII A, B of C Richtlijn Nutssectoren en art. 42 lid 1 sub (c) jo. Bijlage 2, onderdeel A, onder 1O, 2O of 3O Bass.

In par. 4.1 is reeds opgemerkt dat de aankondiging onder de Richtlijn Nutssectoren kan plaatsvinden door het publiceren van een mededeling inzake een erkenningsregeling. Zie voor de informatie die dient te zijn opgenomen in die mededeling art. 42 lid 1 sub (b) jo. Bijlage XIV Richtlijn Nutssectoren alsook art. 42 lid 1 sub (b) jo. Bijlage 2, onderdeel B, Bass.

Zie ook art. 2.3.1, art. 3.3.1, art. 4.4.1, art. 5.4.1 jo. Model B en art. 8.2.1 jo. Model E behorende bij het ARW 2005. Uit de Modellen B en E kan worden opgemaakt welke informatie in de aankondiging moet en mag worden opgenomen. Ook voor wat betreft de verplichte opmaak van deze aankondiging kan worden verwezen naar www.aanbestedingskalender.nl en http://simap.eu.int.

Wanneer een aanbestedingsplicht niet voortvloeit uit de aanbestedingsrichtlijnen en evenmin uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, kan zo'n plicht zoals gezegd eventueel nog voortvloeien uit nationale wet- en regelgeving, zie par. 4.1 jo. hoofdstuk 8, par. 5.1.3. Indien in dat geval ook de verplichting bestaat het ARW 2005 te hanteren - of wanneer daar vrijwillig voor wordt gekozen - vloeit de aankondigingsplicht voort uit art. 2.3.2, art. 3.3.2, art. 4.4.2, art. 5.4.2 of art. 8.2.2 ARW 2005. In dat geval dient eveneens gebruik te worden gemaakt van Model B of - ingeval van een concessieovereenkomst voor openbare werken: Model E - behorende bij het ARW 2005.

Ook wanneer de aanbesteder een zogenoemde aanbestedings- of selectieleidraad van toepassing verklaart op de aanbestedingsprocedure, waarin hij onderdelen van de aanbestedingsprocedure nader heeft uitgewerkt, zal hij die toepasselijkheid moeten vermelden in de hierboven bedoelde aankondiging.

Voor wat betreft de aankondiging van een inmiddels geplaatste opdracht moet de aanbesteder in ieder geval de volgende informatie in die aankondiging opnemen: de (adres)gegevens van de aanbesteder; de wijze van aanbesteding; de datum van de gunning van de bouwopdracht; de gunningcriteria; het aantal ontvangen inschrijving; de (adres)gegevens van de inschrijver; de aard en omvang van de geleverde prestaties; de betaalde prijs of prijzen; de onderaannemers; overige inlichtingen; datum van bekendmaking in het EG-Publicatieblad; datum van verzending van de aankondiging; datum van ontvangst van de aankondiging door het EG Publicatiebureau; de voorwaarden inzake financiering van de werken en herziening van de prijzen; overige inlichtingen.

Bron

Zie art. 36 lid 1 jo. Bijlage VII A Algemene Richtlijn en art. 36 lid 1 Bao jo. Bijlage 4, onderdeel A, Bao.
Zie voorts art. 43 lid 1 jo. Bijlage XVI Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 1 jo. Bijlage 2, Onderdeel D, Bass.
Zie ook art. 2.32.1, art. 3.34.1, art. 4.32.1, art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005 jo. Model C behorende bij het ARW 2005. Ook uit dit Model kan worden opgemaakt welke informatie in de aankondiging moet en mag worden opgenomen. Voor wat betreft de verplichte opmaak van deze aankondiging kan wederom worden verwezen naar http://simap.eu.int.

In dit verband wordt nog eens gewezen op het einde van *par. 4.1*. Daar is aangegeven dat bij de naleving van de hierboven bedoelde verplichting tot aankondiging van een inmiddels geplaatste opdracht onder omstandigheden een uitzondering kan worden gemaakt wat betreft de bekendmaking van informatie.

4.3 Publicatie van de aankondiging

De aanbesteder is verplicht de aankondiging toe te sturen aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen in Luxemburg. Publicatie van een aankondiging via dit Publicatiebureau is de enige manier waarop een aanbesteder zijn publicatieverplichting kan nakomen terzake een vooraankondiging, een aankondiging van een voornemen tot plaatsing van een bouwopdracht of een aankondiging van een inmiddels geplaatste bouwopdracht, althans wanneer zo'n aankondiging plaatsvindt in het kader van een aanbestedingplicht op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Bron

Zie art. 36 lid 2 jo. Bijlage VIII, punt 3, Algemene Richtlijn alsook art. 36 lid 2 Bao. Zie voorts art. 44 lid 2 jo. Bijlage XX, punt 3, Richtlijn Nutssectoren en art. 44 lid 2 Bass. Zie ook de volgende bepalingen van het ARW 2005: art. 2.2.1; art. 2.3.1; art. 2.32.1; art. 3.2.1; art. 3.3.1; art. 3.34.1, art. 4.3.1; art. 4.4.1; art. 4.32.1; art. 5.3.1; art. 5.4.1; art. 5.24.1, art. 6.31.1; art. 8.2.1.

Niet geregeld is hoe de publicatie dient plaats te vinden van aankondigingen die plaatsvinden in het kader van een aanbestedingsplicht die voortvloeit uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, zie hoofdstuk 8, par. 5.1.2. Het is niet verboden om ook zo'n aankondiging te laten publiceren door het Publicatiebureau. Zie in dit verband ook art. 37 Algemene Richtlijn en art. 44 lid 8 Algemene Richtlijn. Zie hierna ook nog par. 5.4.

Het beleid van het Publicatiebureau is erop gericht aankondigingen elektronisch af te handelen. Deze aankondigingen worden binnen vijf werkdagen na de datum van verzending bekendgemaakt in het Supplement van het Publicatieblad van de EU via de internetdatabank Tender Electronic Daily (TED).

Toelichting

Zie: www.ted.europa.eu.

De aankondigingen dienen aan het Publicatiebureau te worden toegezonden door tussenkomst van een zogenoemde 'eSender'. Deze verzekert toezending op basis van de voorgeschreven elektronische standaardformulieren.

Toelichting

In Nederland is slechts één eSender actief: www.aanbestedingskalender.nl. De aankondiging kan ook rechtstreeks via http://simap.eu.int.

Het Publicatiebureau draagt er zorg voor dat de aankondigingen worden gepubliceerd in de door de aanbestedende dienst zelf gekozen taal, met een samenvatting van de overige talen. De omvang van de aankondigingen is gemaximeerd op 650 woorden. De kosten van de bekendmaking zijn voor rekening van de Europese Gemeenschap.

Naast de publicatie van de aankondiging in TED kan de aanbesteder de aankondiging op de datum van toezending aan het Publicatiebureau - niet eerder - ook op andere manieren bekendmaken via een voor ieder toegankelijk medium, vooropgesteld dat de inhoud dan niet afwijkt van de publicatie in TED.

Bron

Zie art. 36 lid 5 Algemene Richtlijn en art. 36 lid 4 en lid 5 Bao. Zie daarnaast art. 44 lid 5 Richtlijn Nutssectoren en art. 44 lid 3 en lid 4 Bass. Zie ook de volgende bepalingen van het ARW 2005: art. 2.2.4, art. 2.2.6; art. 2.2.7; art. 2.3.9; art. 2.3.11; art. 2.3.12; art. 2.32.3; art. 2.32.5; art. 2.32.6; art. 3.2.4; art. 3.2.6; art. 3.2.7; art. 3.3.10; art. 3.3.12; art. 3.3.13; art. 3.34.3, art. 3.35.5; art. 3.35.6; art. 4.3.4; art. 4.3.6; art. 4.3.7; art. 4.4.11; art. 4.4.13; art. 4.4.14; art. 4.32.3; art. 4.32.5; art. 4.32.6; art. 5.3.4; art. 5.3.6; art. 5.3.7; art. 5.4.12; art. 5.4.14; art. 5.4.15; art. 5.35.3; art. 5:35.5; art. 5:35.6, art. 6.31.3; art. 6.31.5; art. 6.31.6; art. 8.2.8; art. 8.2.10; art. 8.2.11.

De bepalingen in het ARW 2005 maken in dit verband melding van "een voor iedereen toegankelijk elektronisch medium, de Staatscourant of een landelijk verspreid dagblad".

Voorbeeld

Een aanbesteder doet het niet goed wanneer hij op de eigen website ten onrechte een aankondiging plaatst nog voordat deze - al dan niet via www.aanbestedingskalender.nl - naar TED is gestuurd. Cruciaal is de verzenddatum en niet de publicatiedatum in TED.

Wanneer een aankondigingsplicht niet voortvloeit uit de aanbestedingsrichtlijnen en evenmin uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, kan zo'n plicht zoals gezegd eventueel nog voortvloeien uit nationale wet- en regelgeving of uit eigen aanbestedingsbeleid.

Toelichting

Zie par. 4.1 jo. hoofdstuk 8, par. 5.1.3.

Wanneer in dat geval ook de verplichting bestaat het ARW 2005 te hanteren - of wanneer daar vrijwillig voor wordt gekozen - vloeit de aankondigingsplicht uit het ARW 2005 voort en volstaat publicatie van de aankondiging in Nederland.

Bron

Zie art. 2.3.2, art. 3.3.2, art. 4.4.2, art. 5.4.2 en art. 8.2.2 ARW 2005. In dat geval moet publicatie plaatsvinden in "een voor iedereen toegankelijk elektronisch medium, de Staatscourant of een landelijk verspreid dagblad".

5 Doelmatig aankondigen

5.1 Vertrekpunt

De wijze waarop een aanbesteder te werk dient te gaan bij het formuleren en publiceren van aankondigingen in het kader van een aanbestedingsplicht, wordt in sterke mate bepaald door aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving. Deze wet- en regelgeving bevordert in sterke mate de uniformering van het aankondigingsbeleid van aanbesteders in de bouw. Het in acht nemen van de op dit punt geldende regels levert op zichzelf reeds een belangrijke bijdrage aan het zo doelmatig mogelijk aanbesteden van bouwopdrachten.

Het voorgaande neemt niet weg dat in het navolgende nog een aantal aanvullende aanbevelingen kunnen worden gedaan met betrekking tot het aankondigingsbeleid van aanbesteders vanuit het perspectief van doelmatigheid. Daarmee kan dan met name het belang van kostenefficiënt aanbesteden zijn gediend.

5.2 Vooraankondigen

In *par. 4.1* is aangegeven dat een aanbesteder de mogelijkheid heeft om zijn voornemen tot het plaatsen van een bouwopdracht door middel van een vooraankondiging bekend te maken. Een verplichting om dat te doen, bestaat evenwel niet. Dat doet de vraag rijzen in welke gevallen een aanbesteder er verstandig aan doet zo'n vooraankondiging te publiceren.

Het doen van een vooraankondiging kan vooral worden gezien als een manier om de markt rijp te maken voor opdrachten die bij aanbestedende diensten in de pijplijn zitten. Dat zou overigens ook op andere manieren kunnen gebeuren.

Toelichting

Hier valt bijvoorbeeld te denken aan het uitvoeren van een marktconsultatie, zie daarvoor hoofdstuk 9, par. 4.2.2.

Als algemene aanbeveling geldt dat een aanbesteder er in ieder geval verstandig aan doet een vooraankondiging te publiceren in die gevallen waarin de aanbestedingsprocedure naar verwachting meer voeten in aarde zal hebben dan een 'standaard' procedure en de markt zich extra goed op de aanbesteding zal moeten voorbereiden.

5.3 Inhoud van de aankondiging

Voor het opstellen van aankondigingen wordt geadviseerd gebruik te maken van de applicatie op de internetsite www.aanbestedingskalender.nl die op termijn ook benaderbaar zal zijn via www.tenderned.nl. Deze applicatie maakt gebruik van de door de Commissie voorgeschreven modellen.

Om te voorkomen dat aankondigingen ondanks deze modellen op uiteenlopende wijze worden opgesteld, wort geadviseerd bij het opstellen van aankondigingen gebruik te maken van het Eurasbosysteem.

Toelichting

"Eurasbo" staat voor: EURopees Advertentie Systeem voor BouwOpdrachten. Het gaat hier om een systeem dat door het Ministerie van VROM wordt gebruikt en dat is geïntegreerd in het beveiligde deel (https://secure.aanbestedingskalender.nl) van Aanbestedingskalender. Het huidige Eurasbo-systeem is een verdere ontwikkeling van het in 2001 ontwikkelde Eurasbosysteem en is bedoeld als steun voor aanbestedende diensten die een opdracht in de markt willen brengen, met inachtneming van de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving. Voor het gebruik van het Eurasbosysteem dient de aanbesteder zich via het publieke deel van Aanbestedingskalender (www.aanbestedingskalender.nl) aan te melden.

In dit systeem worden standaard teksten voor de op te stellen aankondigingen aangeboden waarmee de aanbesteder een verantwoorde basistekst. Door een verdere standaardisering van aankondigingen te bewerkstelligen kan een grotere eenvormigheid in het aanbestedingsproces worden bereikt, wat weer leidt tot vermindering van onnodige complicaties en transactiekosten.

5.4 Publicatie van de aankondiging

Net als hierboven is opgemerkt voor het opstellen van aankondigingen, doet de aanbesteder er vanuit een oogpunt van doelmatigheid verstandig aan bij de elektronische publicatie van aankondigingen gebruik te maken van de applicatie op de internetsite www.aanbestedingskalender.nl welke op termijn ook benaderbaar zal zijn via www.tenderned.nl. Een aankondiging die is opgesteld met behulp van deze applicatie wordt zonder verdere bewerking tevens gepubliceerd op het internet.

Welke termijnen dienen er in acht te worden genomen?

14

Managementsamenvatting

Wat is het doel van dit hoofdstuk?

- **Afhankelijk van de aanbestedingsprocedure die de aanbesteder voornemens is toe te passen, zal op de aanbesteder de verplichting rusten om bij het uitvoeren van die procedure een aantal termijnen in acht te nemen.**
- **Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te ondersteunen bij het nemen van de juiste beslissingen in het kader van de verplichting tot het in acht nemen van termijnen.**

Aan welke juridische randvoorwaarden is een aanbesteder gebonden in het kader van het in acht nemen van termijnen?

- **Wanneer in aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving termijnen worden gebruikt, zijn deze uitgedrukt in kalenderdagen. De dag waarop een gebeurtenis plaatsvindt die een termijn doet ingaan, is niet bij die termijn inbegrepen. Een termijn gaat in bij de aanvang van het eerste uur van de eerste dag ervan en eindigt bij het einde van het laatste uur van de laatste dag daarvan. Wanneer een termijn afloopt op een zaterdag, zondag of een in Nederland erkende feestdag, wordt de termijn geacht af te lopen op de eerstvolgende werkdag.**
- **De (minimum)termijnen die een aanbesteder verplicht is in acht te nemen wanneer hij een aanbestedingsprocedure hanteert op grond van een aanbestedingsplicht, verschillen per procedure.**
- **De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving kent slechts verplichte minimumtermijnen terzake de aanmelding als gegadigde (ingeval van de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking) en terzake de inschrijving (ingeval van de openbare procedure, niet-openbare procedure, onderhandse procedure). Afgezien van deze specifieke verplichtingen, heeft een aanbesteder beleidsvrijheid terzake het stellen van (langere) termijnen.**
- **De hierboven bedoelde specifieke verplichtingen dienen overigens te worden bezien in het licht van de in de Europese aanbestedingsrichtlijnen meer algemeen geformuleerde verplichting van een aanbesteder om bij de vaststelling van de termijnen voor de ontvangst van inschrijvingen en de aanmeldingen als gegadigde met name rekening te houden met de complexiteit van de bouwopdracht en met de voor de voorbereiding van de inschrijvingen benodigde tijd.**

Welke aanbevelingen kunnen vanuit een oogpunt van doelmatigheid worden gedaan ten aanzien van het in acht nemen van termijnen?

- **Naleving van de hiervoor bedoelde verplichtingen is ook in het belang van een doelmatige aanbesteding en wordt dan ook als beleidslijn aanbevolen in die gevallen waarin een aanbestedingsprocedure wordt gehanteerd zonder dat daartoe een verplichting uit hoofde van de Europese aanbestedingsrichtlijnen bestaat.**
- **Wat de aanbesteder zich zal moeten realiseren, is dat het belangrijk is dat voor elke beslissing die hijzelf dan wel een deelnemer aan de aanbestedingsprocedure neemt, de tijd beschikbaar is die objectief gezien nodig is om die beslissing op een professionele manier te kunnen nemen. Te korte of te lange beslissingstermijnen kunnen tot gevolg hebben dat de doelen die de aanbesteder met het bouwproces beoogt te realiseren niet dan wel onvoldoende worden gerealiseerd.**

1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt er van uitgegaan dat de aanbesteder bepaalde beslissingen heeft genomen met betrekking tot:

- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm;
- de aanbestedingsprocedure;
- de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria;
- het gunningscriterium.

Afhankelijk van de aanbestedingsprocedure die de aanbesteder voornemens is toe te passen - gegeven de daarvoor geldende juridische randvoorwaarden en overwegingen van doelmatigheid - zal op de aanbesteder de verplichting rusten om bij het uitvoeren van die procedure een aantal termijnen in acht te nemen.

Toelichting

Het gaat hier om de aanbestedingsprocedures waarvan het verloop kort staat toegelicht in hoofdstuk 8, par. 4.2 t/m 4.10: openbare procedure; niet-openbare procedure; concurrentiegerichte dialoog; onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking; onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking; onderhandse procedure; concessieovereenkomst voor openbare werken (welke dient te worden geoperationaliseerd met behulp een van de andere genoemde procedures); raamovereenkomst met een enkele ondernemer; raamovereenkomst met meerdere ondernemers.

Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te ondersteunen bij het nemen van de juiste beslissingen in het kader van de verplichting tot het in acht nemen van termijnen. Daartoe wordt in dit hoofdstuk eerst duidelijk gemaakt wat in de Leidraad onder het begrip 'termijnen' wordt verstaan *(par. 2)*. Daarna komt de vraag aan de orde waarom het belangrijk is dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over de in het kader van een aanbestedingsprocedure in acht te nemen termijnen *(par. 3)*. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag met welke juridische randvoorwaarden de aanbesteder in dat verband rekening zal moeten houden *(par. 4)*. Tegen die achtergrond worden tot slot nog een aantal aanbevelingen gedaan vanuit doelmatigheidsoogpunt *(par. 5)*.

2 Wat zijn 'termijnen'?

Aanbestedingsprocedures vallen in een aantal fasen uiteen. De meeste procedures beginnen met een algemene aankondiging van het voornemen van de aanbesteder tot plaatsing van de bouwopdracht, waarna geïnteresseerde marktpartijen gedurende een bepaalde periode de gelegenheid krijgen zich als gegadigde voor de procedure aan te melden. Met de ontvangst van die aanmeldingen start een volgende fase van de procedure, waarin de aanbesteder op zijn beurt de gelegenheid heeft na te gaan welke van die gegadigden hij voor het doen van een inschrijving zal uitnodigen. Wanneer de gegadigden een uitnodiging tot het doen van een inschrijving hebben ontvangen, begint weer een nieuwe fase van het aanbestedingsproces. In die fase krijgen de inschrijvers de tijd hun inschrijvingen voor te bereiden en in te dienen. Na ontvangst van de inschrijvingen is het weer de beurt aan de aanbesteder, die de inschrijvingen zal gaan beoordelen om vast te stellen welke inschrijver als beste uit de bus komt.

Toelichting

Zie voor het verloop van de verschillende aanbestedingsprocedures ook hoofdstuk 8, par. 4.2 t/m 4.10 alsook de bijlagen bij dat hoofdstuk.

Kenmerkend voor een aanbestedingsprocedure is dat in elke (nieuwe) fase van zo'n procedure een procesbeslissing wordt voorbereid en genomen hetzij door de aanbesteder, hetzij door een deelnemer aan die procedure in diens hoedanigheid van gegadigde dan wel inschrijver. De tijd die de aanbesteder, gegadigden en/of inschrijvers tot hun beschikking hebben om dergelijke procesbeslissingen voor te bereiden en te nemen, is in een aantal gevallen gelimiteerd. Wanneer in de Leidraad het begrip 'termijn' wordt gebruikt, wordt daarmee gedoeld op de gelimiteerde tijd die beschikbaar is om zo'n procesbeslissing voor te bereiden en te nemen.

3 Waarom dienen de in acht te nemen termijnen goed te zijn doordacht?

Een aanbesteder die - al dan niet verplicht - kiest voor het gebruik van een bepaalde aanbestedingsprocedure, zal goed moeten nadenken hoeveel tijd hij zichzelf alsook de gegadigden en inschrijvers geeft voor het voorbereiden en het nemen van bepaalde procesbeslissingen.

Toelichting

Het kan hier gaan om de volgende procesbeslissingen: het aanmelden als gegadigde; het beoordelen en uitnodigen van gegadigden tot het doen van een inschrijving; het doen van een inschrijving door inschrijvers; het door de aanbesteder beoordelen van inschrijvingen alvorens tot een gunningsbeslissing te komen.

Wat de aanbesteder zich met name zal dienen te realiseren, is dat het belangrijk is dat voor elke procesbeslissing de tijd beschikbaar is die objectief gezien nodig is om die beslissing op een professionele manier te kunnen nemen. Te korte of te lange termijnen kunnen tot gevolg hebben dat de doelen die de aanbesteder met het bouwproces beoogt te verwezenlijken niet dan wel onvoldoende worden gerealiseerd.

Toelichting

Zie over deze doelen ook hoofdstuk 1, par. 1.2.

Wordt een bepaalde termijn te kort gesteld, dan kan dat tot gevolg hebben dat (potentiële) gegadigden of inschrijvers zich laten afschrikken en besluiten niet deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure. Ook als een gegadigde of inschrijver zich niet laat afschrikken, kan een te kort gestelde termijn tot gevolg hebben dat hij bepaalde procesbeslissingen onvoldoende doordacht neemt, waardoor hem de (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure moet worden ontzegd. Een ander gevolg zou kunnen zijn dat de aanbesteder met inschrijvingen wordt geconfronteerd waar hij eigenlijk niet op zat te wachten, maar die de consequentie zijn van een te kort gestelde termijn. Zo'n uitkomst kan overigens ook het gevolg zijn van een te kort gestelde (beoordelings) termijn ten aanzien van een door de aanbesteder zelf te nemen beslissing in het aanbestedingsproces.

Een termijn kan ook te lang zijn, met als gevolg dat het bouwproces als geheel onnodig lang duurt waardoor onnodig kosten worden gemaakt in verband met rente, kostenstijging van materiaal, personeel, etcetera.

In de context van het voorafgaande zal een aanbesteder zich bovendien moeten realiseren dat bij de toepassing van een door wet- en regelgeving gereglementeerde aanbestedingsprocedure minimumtermijnen in acht zullen moeten worden genomen. Op basis van een berekening van de minimaal in acht te nemen proceduretermijnen zal de aanbesteder kunnen nagaan op welk moment hij - gegeven de datum waarop hij zijn voornemen tot het plaatsen van een bouwopdracht bekend maakt - tot het sluiten van een contract kan overgaan met de inschrijver die als beste uit de bus zal komen. Gegeven de aldus vastgestelde datum zal hij vervolgens weer kunnen nagaan op welk moment die inschrijver zijn prestaties uit hoofde van dat contract in beginsel zal hebben uitgevoerd. Een aanbesteder die deze minimumtermijnen niet goed doordenkt, kan voor onaangename verrassingen komen te staan in de zin dat een bepaalde planning die hij voor ogen had niet blijkt te kunnen worden gehaald.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 Berekening van termijnen

Wanneer in aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving termijnen worden gebruikt, zijn deze uitgedrukt in kalenderdagen. De dag waarop een gebeurtenis plaatsvindt die een termijn doet ingaan, is niet bij die termijn inbegrepen. Een termijn gaat in bij de aanvang van het eerste uur van de eerste dag ervan en eindigt bij het einde van het laatste uur van de laatste dag daarvan. Wanneer een termijn afloopt op een zaterdag, zondag of een in Nederland erkende feestdag, wordt de termijn geacht af te lopen op de eerstvolgende werkdag.

Bron

Zie Verordening 1182/71, die van toepassing is op alle termijnen genoemd in de Europese aanbestedingsrichtlijnen, zie art. 1 van de Verordening. Zie voorts Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 191. Zie ook art. 1.2 ARW 2005.

Voorbeeld

Een termijn van 10 dagen, die ingaat op woensdag 3 mei, loopt af op maandag 15 mei, 24 uur (zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 191).

4.2 Termijnen ingeval van een aanbestedingsplicht op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen

4.2.1 Vertrekpunt

De (minimum)termijnen die een aanbesteder verplicht is in acht te nemen wanneer hij een aanbestedingsprocedure hanteert op grond van een verplichting uit hoofde van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, verschillen per procedure.

Toelichting

Zie voor de keuzemogelijkheden die de aanbesteder heeft ten aanzien van de te hanteren procedures ingeval van een aanbestedingsplicht uit hoofde van de Europese aanbestedingsrichtlijnen: hoofdstuk 8, par. 5.1.1. Een aanbestedingsplicht kan ook voortvloeien uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. In zo'n geval kunnen aanbesteders aan die plicht voldoen door aansluiting te zoeken bij de procedures zoals die in de Europese aanbestedingsrichtlijnen, het Bao, het Bass en het ARW 2005 (voor 'Europese aanbestedingen') zijn geregeld. Dat geldt dan dus ook voor de verplichting tot het in acht nemen van de met die procedures verband houdende minimumtermijnen. Zie voor de keuzemogelijkheden die de aanbesteder heeft ten aanzien van de te hanteren procedures ingeval van een aanbestedingsplicht uit hoofde van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG: hoofdstuk 8, par. 5.1.2.

In de navolgende paragrafen zullen de verplichtingen van de aanbesteder terzake het in acht nemen van termijnen in kaart worden gebracht voor de openbare procedure enerzijds *(par. 4.2.2)* en voor de andere aanbestedingsprocedures die algemeen worden bekendgemaakt anderzijds *(par. 4.2.3)*.

Die specifieke verplichtingen dienen overigens te worden bezien in het licht van de meer algemeen geformuleerde verplichting van een aanbesteder om bij de vaststelling van de termijnen voor de ontvangst van inschrijvingen en de aanmeldingen als gegadigde met name rekening te houden met de complexiteit van de bouwopdracht en met de voor de voorbereiding van de inschrijvingen benodigde tijd.

Bron

Zie art. 38 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 1 Bao. Zie ook art. 45 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 1 Bass.

4.2.2 Openbare procedure

Indien de aanbesteder kiest voor het gebruik van de openbare procedure, zal hij na de publicatie van de aankondiging vanuit de markt verzoeken ontvangen tot toezending van de vraagspecificatie en aanvullende stukken. Hij is vervolgens verplicht binnen 6 dagen na ontvangst van zo'n verzoek daaraan gehoor te geven, mits dat verzoek tijdig is ingediend voor de uiterste datum van inschrijving.

Bron

Zie art. 39 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 39 lid 1 Bao. Zie ook art. 46 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 47 lid 1 Bass.

Zo'n verzoek is niet tijdig ingediend, wanneer het wordt ingediend na het verstrijken van de in de aankondiging vermelde termijn voor ontvangst van zo'n verzoek. Zie in dit verband bijvoorbeeld Model B, sub IV.3.3, behorende bij de ARW 2005. Zo'n termijn dient natuurlijk wel een redelijke termijn te zijn (zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys, p. 307).

Voorbeeld

Wanneer een aanbesteder de markt voorschrijft het bestek of andere aanbestedingsstukken vóór 15 maart op te vragen, terwijl de publicatie van de aankondiging van de aanbesteding op 10 maart plaatsvond, dan is deze termijn in feite te krap - en dus onredelijk - om alle potentiële inschrijvers de gelegenheid te geven de stukken op te vragen.

Bij de openbare procedure geldt voor de ontvangst van de inschrijvingen vervolgens een minimumtermijn van 52 dagen te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging tot het voornemen van de plaatsing van een bouwopdracht.

Bron

Zie art. 38 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 2 Bao. Zie voorts art. 45 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 2 Bass. Zie tot slot ook art. 2.4.1 ARW 2005. De exacte termijn dient overigens te worden vermeld in de aankondiging, zie bijvoorbeeld Model B, sub IV.3.4, behorende bij de ARW 2005.

Voorbeeld

Wanneer bij een openbare procedure de aankondiging op 13 mei is verzonden dan mag de aanbesteding niet vóór 4 juli plaatsvinden, oftewel de uiterste termijn van inschrijving ligt op 4 juli of later.

Deze minimumtermijn van 52 dagen geldt overigens ook in het kader van de concessieovereenkomst voor openbare werken.

Bron

Zie art. 59 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 61 lid 1 Bao. Zie ook art. 8.3.1 ARW 2005.

De hierboven genoemde termijn van 52 dagen kan worden bekort met in totaal 12 dagen, wanneer de aanbesteder niet alleen de aankondiging van zijn voornemen tot het plaatsen van een opdracht langs elektronische weg opstelt en verzendt (7 dagen), maar vanaf de datum van de aankondiging met elektronische middelen vrije, rechtstreekse en volledige toegang biedt tot de vraagspecificatie en alle aanvullende stukken en hij in de aankondiging het internetadres vermeldt dat toegang biedt tot deze documenten (5 dagen).

Bron

Zie art. 38 lid 5 en lid 6 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 7 t/m 9 Bao. Zie daarnaast art. 45 lid 5 en lid 6 Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 8 t/m 10 Bass. Zie ook art. 2.4.3 jo. art. 2.4.5 en art. 2.4.6 ARW 2005.

Voorbeeld

Wanneer bij een openbare procedure de aankondiging op 13 mei is verzonden en het bestek en aankondiging zijn elektronisch beschikbaar, dan mag de aanbesteding niet vóór 22 juni plaatsvinden oftewel de uiterste termijn van inschrijving ligt op 22 juni of later.

In *par. 4.1* van hoofdstuk 13 is uiteengezet dat een aanbesteder zijn voornemen tot het plaatsen van een bouwopdracht door middel van een zogenoemde 'vooraankondiging' kan bekendmaken. Wanneer hij dat doet in het kader van een openbare procedure, biedt hem dat de mogelijkheid de verplichte minimuminschrijvingstermijn van 52 dagen te bekorten tot 36 dagen, maar in geen geval tot minder dan 22 dagen.

Bron

Zie art. 38 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 4 Bao. Zie ook art. 45 lid 4 Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 6 Bass. Zie voorts art. 2.4.7 ARW 2005. Deze verkorte termijn loopt bij de openbare procedure vanaf de verzending van de aankondiging.
Van deze mogelijkheid tot verkorting kan alleen gebruik worden gemaakt indien de vooraankondiging alle informatie bevat die ook in de aankondiging is vermeld en indien de bouwopdracht daadwerkelijk wordt aangekondigd binnen 12 maanden na de verzending van de vooraankondiging. Zie over deze voorwaarden ook art. 38 lid 4, derde alinea, Algemene Richtlijn, art. 38 lid 6 Bao, art. 45 lid 4, tweede alinea, Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 7 Bass. Zie ook art. 2.4.8 ARW 2005.

Voorbeeld

Een vooraankondiging van een werk bevat alle informatie die ook in aankondiging nodig is. Wanneer vervolgens bij een openbare procedure de aankondiging op 13 mei is verzonden dan mag de aanbesteding niet vóór 22 juni plaatsvinden, oftewel de uiterste termijn van inschrijving ligt op 22 juni of later.

Vóórdat de inschrijvers hun inschrijvingen indienen, kunnen zij nog nadere inlichtingen vragen over de inhoud van de vraagspecificatie en de aanvullende stukken.

Toelichting

Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 9, par. 4.3.4.

De aanbesteder is vervolgens verplicht de gevraagde informatie te verstrekken uiterlijk 6 dagen vóór de geplande ontvangst van de inschrijvingen, vooropgesteld dat de informatie tijdig is aangevraagd.

Bron

Zie art. 39 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 39 lid 2 Bao. Zie voorts art. 46 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 47 lid 2 Bass. Zie ook art. 2.16.1 ARW 2005.

Nadat de aanbesteder de inschrijvingen heeft ontvangen, zal hij deze beoordelen met het oog op het bepalen van de inschrijving die als beste uit de bus komt. Voor deze beoordelingstermijn gelden geen voorschriften, anders dan dat hij de inschrijvers ten spoedigste in kennis moet stellen van zijn beslissing tot gunning van de bouwopdracht.

Bron

Zie art. 41 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 1 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 1 Bass. Zie ook art. 2.29.5 ARW 2005.

De aanbesteder mag echter pas tot feitelijke gunning van de bouwopdracht overgaan nadat 15 dagen na de verzending van de hiervoor bedoelde kennisgeving zijn verstreken.

Bron

Zie art. 55 lid 2 Bao en art. 57 lid 2 Bass. Deze bepalingen codificeren de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG inzake de zogenoemde 'Alcateltermijn', zie HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98 (Alcatel), Jurispr. 1999, blz. I-7671 en NJ 2000, 528. Zie ook art. 2.30.1 ARW 2005.

De aanbesteder is tot slot verplicht om binnen 48 dagen na de gunning een aankondiging aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen in Luxemburg te sturen betreffende de resultaten van de aanbestedingsprocedure.

Bron

Zie art. 35 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 35 lid 12 Bao. Zie voorts art. 43 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 1 Bass. Zie ook art. 2.32.1 ARW 2005.

4.2.3 Overige aanbestedingsprocedures die algemeen bekend worden gemaakt

Voor de overige aanbestedingsprocedures die algemeen bekend moeten worden gemaakt - namelijk: de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking - geldt een minimumtermijn van 37 dagen voor de ontvangst van een aanmelding als gegadigde, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging waarin het voornemen tot plaatsing van een bouwopdracht is bekendgemaakt.

Bron

Zie art. 38 lid 3 sub (a) Algemene Richtlijn en art. 38 lid 3 Bao. Zie ook art. 3.4.1, art. 4.5.1 en art. 5.5.1 ARW 2005. De exacte termijn moet door de aanbesteder worden aangegeven in de aankondiging, zie bijvoorbeeld Model B, sub IV.3.4, behorende bij de ARW 2005.

Zie voorts art. 45 lid 3 sub (a) Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 3 Bass, waarin is bepaald dat de termijn in het algemeen ten minste 37 dagen bedraagt vanaf de datum van verzending van de aankondiging of van de uitnodiging, en in geen geval minder dan 22 dagen bedraagt in geval de aankondiging met andere middelen dan elektronische middelen of per fax ter bekendmaking wordt verzonden, en niet minder dan 15 dagen in geval de aankondiging wel met deze middelen wordt verzonden.

Voorbeeld

Wanneer bij een niet-openbare procedure de aankondiging op 13 mei is verzonden dan sluit de aanmeldingstermijn niet vóór 19 juni, oftewel de uiterste termijn van aanmelding ligt op 19 juni of later.

Deze minimumtermijn van 37 dagen kan worden bekort met 7 dagen, wanneer de aanbesteder de aankondiging van zijn voornemen tot het plaatsen van een opdracht langs elektronische weg opstelt en verzendt.

Bron

Zie art. 38 lid 5 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 7 Bao. Zie ook art. 3.4.4, art. 4.5.4 en art. 5.5.4 ARW 2005.

Voorbeeld

Wanneer bij een niet-openbare procedure de aankondiging op 13 mei is verzonden en via www.aanbestedingskalender.nl bekend is gemaakt, dan sluit de aanmeldingstermijn niet vóór 12 juni, oftewel de uiterste termijn van aanmelding ligt op 12 juni of later.

Het is ook nog mogelijk - met uitzondering overigens van de concurrentiegerichte dialoog - om de minimumtermijn van 37 dagen nog verder te bekorten wanneer het om dringende redenen niet haalbaar is die termijn in acht te nemen.

Bron

Zie art. 38 lid 8 sub (a) Algemene Richtlijn en art. 38 lid 11 sub (a) Bao. Zie ook art. 3.4.6 en art. 5.5.6 ARW 2005. Het moet dan overigens om een dringende reden gaan die niet aan de aanbesteder zelf is te wijten.

In dat geval mag de aanbesteder voor de ontvangst van de aanmeldingen uitgaan van een termijn van minimaal 15 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de bouwopdracht, of 10 dagen indien die aankondiging elektronisch is verzonden.

Voorbeeld

Bij een niet-openbare procedure is er (terecht) sprake van dringende spoed. Wanneer de aankondiging op 13 mei is verzonden en via www.aanbestedingskalender.nl bekend is gemaakt dan is de uiterste termijn van aanmelding 23 mei.

Nadat de gegadigden zich hebben aangemeld, gaat de aanbesteder over tot de beoordeling van de kwalitatieve geschiktheid van de gegadigden in het licht van de gestelde uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen. Ook kan het zo zijn dat hij op basis van selectiecriteria tot een nadere selectie van gegadigden komt. Het is aan de aanbesteder zelf om te bepalen hoeveel tijd hij hiervoor reserveert. Hij kan eventueel in de aankondiging van zijn voornemen tot plaatsing van de bouwopdracht de datum van de uitnodiging tot inschrijving of - ingeval de concurrentiegerichte dialoog - de datum van uitnodiging tot deelname aan de dialoogronde opnemen, maar er bestaat geen verplichting om dat te doen.

Toelichting

Zie in dit verband bijvoorbeeld Model B, sub IV.3.5, behorende bij de ARW 2005. Zie in algemene zin over de inhoud van de aankondiging: hoofdstuk 13, par. 4.3.

Voorbeeld

Bij een niet-openbare procedure is de aankondiging op 13 mei verzonden en via www.aanbestedingskalender.nl bekend gemaakt. De aanbesteder heeft in de aankondiging ook de datum van uitnodiging tot inschrijving opgenomen. Deze datum kan bijvoorbeeld 16 juni zijn, vier dagen na de uiterste termijn van aanmelding.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de aanbesteder, indien hij gebruik maakt van de concurrentiegerichte dialoog, zelf kan bepalen hoeveel tijd hij wenst in te plannen voor de zogenoemde dialoogronde.

Toelichting

Zie over deze dialoogronde ook hoofdstuk 8, par. 4.4. Op grond van het voorafgaande hebben marktpartijen vanaf het moment van de aankondiging ten minste 37 dagen de tijd om zich als gegadigde voor deelname aan deze dialoogronde aan te melden. De exacte termijn wordt door de aanbesteder aangegeven in de aankondiging, zie bijvoorbeeld Model B, sub IV.3.4, behorende bij de ARW 2005. De aanbesteder kan in de aankondiging daarnaast vermelden wat de uiterste termijn is waarbinnen hij de geschikte gegadigden tot deelname aan de dialoogronde zal uitnodigen, zie bijvoorbeeld Model B, sub IV.3.5, behorende bij de ARW 2005. Als hij dat doet, zal hij vóór die tijd de dialoogronde moeten hebben afgerond.

De inschrijvingstermijn die geldt in het kader van de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, is vervolgens verschillend geregeld.

Voor de niet-openbare procedure geldt voor de ontvangst van de inschrijvingen een minimumtermijn van 40 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

Bron

Zie art. 38 lid 3 sub (b) Algemene Richtlijn en art. 38 lid 4 Bao. Zie ook art. 3.16.1 ARW 2005. De aanbesteder bepaalt zelf op welk moment hij de geschikte (en eventueel nader geselecteerde) gegadigden uitnodigt tot

inschrijving. Hij kan die datum in de aankondiging vermelden, zie bijvoorbeeld Model B, sub IV.3.5, behorende bij de ARW 2005. Hij is verplicht alle hiervoor bedoelde gegadigden op hetzelfde moment tot inschrijving uit te nodigen, zie art. 40 lid 1 Algemene Richtlijn, art. 40 lid 1 Bao en art. 3.15.5 ARW 2005.

Voor wat betreft de Richtlijn Nutssectoren geldt een afwijkende regeling, zie art. 45 lid 3 sub (b) en (c) van die Richtlijn alsook art. 46 lid 4 en lid 5 Bass. Die regeling komt er op neer dat de aanbesteder in onderling overleg met de uitgekozen gegadigden een voor ieder gelijke inschrijvingstermijn kan vaststellen. Wanneer dergelijke overeenstemming niet kan worden bereikt, moet de aanbesteder een inschrijvingstermijn hanteren van ten minste 24 dagen vanaf de dag van verzending van de uitnodiging tot inschrijving en in geen geval minder dan 10 dagen.

Voorbeeld

De uitnodiging tot inschrijving wordt op 13 mei verstuurd aan alle geselecteerde gegadigden. Het bestek is niet elektronisch beschikbaar gesteld. Dan sluit de inschrijvingstermijn niet vóór 22 juni, oftewel de uiterste termijn van inschrijving ligt op 22 juni of later.

Deze termijn van 40 dagen kan worden bekort met 5 dagen, wanneer de aanbesteder vanaf de datum van de aankondiging met elektronische middelen vrije, rechtstreekse en volledige toegang biedt tot de vraagspecificatie en alle aanvullende stukken en hij in de aankondiging het internetadres vermeldt dat toegang biedt tot deze documenten.

Bron

Zie art. 38 lid 6 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 8 Bao. Zie daarnaast ook art. 45 lid 6 Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 9 Bass. Zie ook art. 3.16.3 ARW 2005.

Voorbeeld

De uitnodiging tot inschrijving wordt op 13 mei verstuurd aan alle geselecteerde gegadigden. Het bestek is elektronisch beschikbaar gesteld. Dan sluit de inschrijvingstermijn niet vóór 17 juni, oftewel de uiterste termijn van inschrijving ligt op 17 juni of later.

In *par. 4.1* van hoofdstuk 13 is uiteengezet dat een aanbesteder zijn voornemen tot het plaatsen van een bouwopdracht door middel van een zogenoemde 'vooraankondiging' kan bekendmaken. Wanneer hij dat doet in het kader van een niet-openbare procedure, biedt hem dat de mogelijkheid de verplichte minimuminschrijvingstermijn van 40 dagen te bekorten tot 36 dagen, maar in geen geval tot minder dan 22 dagen.

Bron

Zie art. 38 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 4 Bao. Zie ook art. 45 lid 4 Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 6 Bass. Zie voorts 3.16.4 ARW 2005. Deze verkorte termijn loopt bij de niet-openbare procedure vanaf de verzending van de uitnodiging tot indiening van een inschrijving.

Van deze mogelijkheid tot verkorting kan alleen gebruik worden gemaakt indien de vooraankondiging alle informatie bevat die ook in de aankondiging is vermeld en indien de bouwopdracht daadwerkelijk wordt aangekondigd binnen 12 maanden na de verzending van de vooraankondiging. Zie over deze voorwaarden ook art. 38 lid 4, derde alinea, Algemene Richtlijn, art. 38 lid 6 Bao, art. 45 lid 4, tweede alinea, Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 7 Bass. Zie ook art. 3.16.5 ARW 2005.

Voorbeeld

De vooraankondiging is in januari gepubliceerd en bevat alle nodige informatie. De uitnodiging tot inschrijving wordt op 13 mei verstuurd aan alle geselecteerde gegadigden. Dan sluit de inschrijvingstermijn niet vóór 18 juni, oftewel de uiterste termijn van inschrijving ligt op 18 juni of later.

Het is ook nog mogelijk om de minimumtermijn van 40 dagen nog verder te bekorten wanneer het om dringende redenen niet haalbaar is die termijn in acht te nemen.

Bron

Zie art. 38 lid 8 sub (b) Algemene Richtlijn en art. 38 lid 11 sub (b) Bao. Zie ook art. 3.16.6 ARW 2005. Het moet dan om een dringende reden gaan die niet aan de aanbesteder zelf is te wijten. Van deze mogelijkheid tot bekorting kan overigens ook (nog) gebruik worden gemaakt indien de aanbesteder de procedure reeds heeft kunnen bekorten op grond van een vooraankondiging zoals hierboven bedoeld.

In dat geval mag de aanbesteder voor de ontvangst van de inschrijvingen uitgaan van een termijn van minimaal 10 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

Voorbeeld

Bij een niet-openbare procedure is er (terecht) sprake van dringende spoed. Wanneer de uitnodiging tot inschrijving op 13 mei is verzonden, dan is de uiterste termijn van inschrijving 23 mei.

Anders dan het geval is bij de niet-openbare procedure, geldt voor de concurrentiegerichte dialoog en de beide onderhandelingsprocedures geen minimuminschrijvingstermijn. De aanbesteder is echter wel verplicht in zijn uitnodiging tot inschrijving - die hij ook bij deze procedures gelijktijdig moet versturen aan alle geschikte (en eventueel nader geselecteerde) gegadigden - aan te geven welke inschrijvingstermijn hij bij die procedures zal hanteren.

Bron

Zie art. 40 lid 1 en lid 5 sub (b), alsook de laatste alinea van lid 5, Algemene Richtlijn en art. 40 lid 1, lid 7 sub (b) en lid 8 Bao. Zie vervolgens ook art. 47 lid 1 jo. lid 4 sub (b) Richtlijn Nutssectoren en art. 48 lid 1 en lid 6 sub (b) Bass. Zie ook art. 4.19.3 jo. art. 4.19.4; art. 5.16.3 sub (b) jo. art. 5.16.5; art. 6.13.1 sub (a) jo. 6.13.4 ARW 2005.

Vóórdat de inschrijvers hun inschrijvingen indienen, kunnen zij nog nadere inlichtingen vragen over de inhoud van de vraagspecificatie en de aanvullende stukken.

Toelichting

Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 9, par. 4.3.4.

De aanbesteder is vervolgens verplicht de gevraagde informatie te verstrekken uiterlijk 6 dagen vóór de geplande ontvangst van de inschrijvingen, vooropgesteld dat de informatie tijdig is aangevraagd.

Bron

Zie art. 40 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 40 lid 5 Bao. Zie voorts art. 47 lid 3 Richtlijn Nutssectoren en art. 48 lid 5 Bass. Zie in aansluiting op deze bepalingen ook art. 3.18.1, art. 5.18.1, art. 6.15.1, art. 7.8.1 en art. 8.3.5 ARW 2005. Indien gebruik wordt gemaakt van de versnelde procedure (vanwege dringende redenen, zie art. 3.16.6 ARW 2005) bedraagt de in art. 3.18.1 bedoelde termijn 4 dagen.

Zodra de aanbesteder de inschrijvingen heeft ontvangen, zal hij deze beoordelen om vast te stellen welke inschrijving als beste uit de bus komt. Voor deze beoordelingstermijn gelden geen voorschriften.

Toelichting

Ook wanneer de aanbesteder in het kader van de onderhandelingsprocedure na beoordeling van de ontvangen inschrijvingen overgaat tot het voeren van onderhandelingen, gelden daarvoor geen termijnvoorschriften.

De aanbesteder moet de inschrijvers echter wel ten spoedigste in kennis stellen van zijn beslissing tot gunning van de bouwopdracht.

Bron

Zie art. 41 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 1 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 1 Bass. Zie ook art. 3.31.5, art. 4.29.6, art. 5.32.5 ARW. Zie overigens ook art. 6.28.5 en art. 10.9.3 ARW 2005.

Net zoals het geval is bij de openbare procedure, is het ook bij de andere procedures die algemeen moeten worden aangekondigd zo dat de aanbesteder pas tot feitelijke gunning van de bouwopdracht mag over gaan, nadat 15 dagen na de verzending van de hiervoor bedoelde kennisgeving zijn verstreken.

Bron

Zie par. 4.2.2 hierboven. Zie art. 55 lid 2 Bao en art. 57 lid 2 Bass. Deze bepalingen codificeren de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG inzake de zogenoemde 'Alcateltermijn', zie HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98 (Alcatel), Jurispr. 1999, blz. I-7671 en NJ 2000, 528. Zie ook art. 2.30.1 ARW 2005.

De aanbesteder is ook nu weer verplicht om binnen 48 dagen na de gunning een aankondiging aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen in Luxemburg te sturen betreffende de resultaten van de aanbestedingsprocedure.

Bron

Zie art. 35 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 35 lid 12 Bao. Zie voorts art. 43 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 1 Bass. Zie ook art. 3.34.1, art. 4.32.1, art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005.

4.3 Termijnen ingeval van een niet-Europese aanbestedingsplicht

4.3.1 Vertrekpunt

De verplichting van een aanbesteder tot het hanteren van een aanbestedingsprocedure vloeit niet altijd voort uit een Europese aanbestedingsrichtlijn of uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. In plaats daarvan kan zo'n verplichting weer wel voortvloeien uit nationale wet- en regelgeving. In zo'n geval kan ook de verplichting bestaan gebruik te maken van een in het ARW 2005 geregelde aanbestedingsprocedure (voor 'nationale aanbestedingen').

Toelichting

Zie voor de keuzemogelijkheden die de aanbesteder heeft ten aanzien van de in zo'n situatie te hanteren procedures: hoofdstuk 8, par. 5.1.3.

Dat geldt dan dus ook voor de verplichting tot het in acht nemen van de met die procedure verband houdende minimumtermijnen. In de navolgende paragrafen zullen de verplichtingen van de aanbesteder terzake het in acht nemen van termijnen in kaart worden gebracht voor de openbare procedure (par. 4.3.2), voor de andere aanbestedingsprocedures die algemeen worden bekendgemaakt *(par. 4.3.3)* en voor de onderhandse procedure *(par. 4.3.4)*.

4.3.2 Openbare procedure

Voor de openbare procedure wordt voor de ontvangst van de inschrijvingen minimaal een termijn van 36 dagen, te rekenen vanaf de publicatiedatum van de aankondiging gehanteerd. Wanneer de aankondiging langs elektronische weg wordt opgesteld, wordt de termijn voor de ontvangst van de inschrijvingen met 4 dagen verkort. De aanbesteder kan de termijn voor de ontvangst van inschrijvingen met 5 dagen verkorten indien hij vanaf de datum van aankondiging met elektronische middelen vrije, rechtstreekse en volledige toegang biedt tot de vraagspecificatie en alle aanvullende stukken en in de aankondiging het internetadres dat toegang biedt tot deze documenten vermeldt.

Bron

Zie art. 2.4.2 en art. 2.4.4 t/m 2.4.6 ARW 2005.

Wanneer de aanbesteder niet langs elektronische weg vrije, rechtstreekse en volledige toegang biedt tot de vraagspecificatie en alle aanvullende stukken, zendt de aanbesteder die documenten binnen 6 dagen na ontvangst van een daartoe strekkende aanvraag aan de verzoekers toe, mits deze aanvraag tijdig voor de uiterste datum voor de indiening van de inschrijvingen is gedaan. Nadere inlichtingen over de vraagspecificatie en de aanvullende stukken worden, mits tijdig aangevraagd, uiterlijk 6 dagen voor de uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen door de aanbesteder verstrekt.

Bron

Zie art. 2.6.4 en art. 2.16.1 ARW 2005.

De aanbesteder mag pas tot feitelijke gunning van de bouwopdracht overgaan nadat 15 dagen na de verzending van een kennisgeving aan de inschrijvers inzake zijn gunningsbeslissing zijn verstreken.

Bron

Zie art. 2.30.1 jo. art. 2.29.5 ARW 2005.

4.3.3 Andere procedures die algemeen bekend worden gemaakt

Ingeval van de niet-openbare procedure en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking geldt voor de ontvangst van de aanmeldingen als gegadigde een minimumtermijn van 21 dagen. Deze termijn kan met 4 dagen worden verkort wanneer de aankondiging langs elektronische weg wordt opgesteld en gepubliceerd

Bron

Zie art. 3.4.2 jo. art. 3.4.5, art. 4.5.2 jo. art. 4.5.5 en art. 5.5.2 jo. art. 5.5.5 ARW 2005.

Wanneer het om dringende redenen niet haalbaar is de minimumtermijn van 21 dagen in acht te nemen, mag de aanbesteder de termijn voor de ontvangst van de aanmeldingen als gegadigde vaststellen op minimaal 15 dagen, te rekenen vanaf de publicatiedatum van de aankondiging, of 10 dagen indien de aankondiging elektronisch is gepubliceerd.

Bron

Zie art. 3.4.7 en art. 5.5.7 ARW 2005.

Voor de niet-openbare procedure wordt voor de ontvangst van de inschrijvingen een minimumtermijn van 21 dagen gehanteerd, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving. De aanbesteder kan deze termijn met 5 dagen verkorten indien hij vanaf de datum van aankondiging met elektronische middelen vrije, rechtstreekse en volledige toegang biedt tot de vraagspecificatie en alle aanvullende stukken en in de aankondiging het internetadres dat toegang biedt tot deze documenten vermeldt.

Bron

Zie art. 3.16.2 jo. 3.16.3 ARW 2005.

Wanneer het om dringende redenen niet haalbaar is de minimuminschrijvingstermijn van 21 dagen in acht te nemen, mag de aanbesteder die termijn vaststellen op minimaal 10 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

Bron

Zie art. 3.16.6 ARW 2005.

Voor de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking gelden geen minimuminschrijvingstermijnen. Dat laat onverlet dat de aanbesteder bij deze procedures wel verplicht is in de uitnodiging tot inschrijving aan te geven wat de uiterste datum is waarop de inschrijvingen moeten zijn ingediend.

Bron

Zie art. 4.19.4, art. 5.16.3 sub (b), art. 6.13.1 sub (a) ARW 2005.

Nadere inlichtingen over de vraagspecificatie en de aanvullende stukken worden, mits tijdig aangevraagd, uiterlijk 6 dagen voor de uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen door de aanbesteder verstrekt.

Bron

Zie art. 3.18.1, art. 5.18.1 en art. 6.15.1 ARW 2005. Indien in het kader van de niet-openbare procedure gebruik wordt gemaakt van de versnelde procedure (vanwege dringende redenen, zie art. 3.16.6 ARW 2005) bedraagt de in art. 3.18.1 bedoelde termijn 4 dagen.

Ook voor de in deze paragraaf besproken procedures geldt dat de aanbesteder pas tot feitelijke gunning van de bouwopdracht mag overgaan nadat 15 dagen na de verzending van een kennisgeving aan de inschrijvers inzake zijn gunningsbeslissing zijn verstreken.

Bron

Zie art. 2.32.1, art. 4.30.1 en 5.33.1 ARW 2005. Zie overigens ook art. 6.29.1 ARW 2005.

4.3.4 Onderhandse procedure

Wanneer de aanbesteder kiest voor de onderhandse procedure, dient hij een minimumtermijn van 21 dagen te hanteren voor de ontvangst van de inschrijvingen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving. Deze termijn kan met 2 dagen worden verkort indien de aanbesteder vanaf de verzenddatum van de uitnodiging met elektronische middelen vrije, rechtstreekse en volledige toegang biedt tot het bestek en alle aanvullende stukken en in de uitnodiging het internetadres dat toegang biedt tot deze documenten vermeldt. Wanneer het om dringende redenen niet haalbaar is de minimuminschrijvingstermijn van 21 dagen in acht te nemen, mag de aanbesteder die termijn vaststellen op minimaal 10 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

Bron

Zie art. 7.6.1 t/m 7.6.3 ARW 2005.

Nadere inlichtingen over de vraagspecificatie en de aanvullende stukken worden, mits de inschrijvers deze tijdig aanvragen, uiterlijk 6 dagen vóór de sluitingstermijn van de inschrijvingen verstrekt.

Bron

Zie art. 7.8.1 ARW 2005.

4.4 Gestanddoeningstermijn

De aanbestedingsrichtlijnen, het Bao en het Bass voorzien niet in een regeling van de zogenoemde gestanddoeningstermijn. Dat neemt niet weg dat de aanbesteder de bevoegdheid heeft om in de aankondiging van een aanbestedingsprocedure te vermelden dat de inschrijvers hun inschrijvingen gedurende een bepaalde periode gestand doen, hetgeen inhoudt dat een inschrijver zijn inschrijving gedurende die termijn niet kan herroepen. Na verloop van die termijn kan hij dat wel, vooropgesteld natuurlijk dat de aanbesteder zijn inschrijving dan nog niet heeft aanvaard.

Bron

Zie art. 6:219 Burgerlijk Wetboek.

Voor aanbestedingsprocedures waarop de aanbesteder het ARW 2005 van toepassing heeft verklaard, geldt wel een gestanddoeningstermijn.

Toelichting

Zie art. 2.23, art. 3.25, art. 4.24, art. 7.15, art. 9.4 en art. 10.4 ARW 2005. Afhankelijk van het type aanbestedingsprocedure dat wordt toegepast, geldt als uitgangspunt een gestanddoeningstermijn van 45 dan wel 30 dagen, tenzij de aanbesteder een andere termijn heeft opgenomen in de aanbestedingsstukken.

De aanbesteder kan de inschrijver verzoeken die termijn te verlengen - ook bij procedures waarop het ARW 2005 niet van toepassing is verklaard - wanneer het einde van de gestanddoeningstermijn nadert en de aanbesteder nog geen gunningsbeslissing heeft genomen. Het is uiteindelijk echter aan de inschrijver om te beslissen of hij zijn inschrijving langer dan de gestelde termijn gestand wenst te doen.

5 Doelmatig beslissen met betrekking tot termijnen

De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving kent slechts verplichte minimumtermijnen terzake de aanmelding als gegadigde (ingeval van de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking) en terzake de inschrijving (ingeval van de openbare procedure, niet-openbare procedure, onderhandse procedure). Afgezien van deze specifieke verplichtingen, heeft een aanbesteder beleidsvrijheid terzake het stellen van (langere) termijnen.

Bij de uitoefening van die beleidsvrijheid zal een aanbesteder - afgezien van de hiervoor bedoelde minimumverplichtingen - voorzover de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn ook rekening moeten houden met de meer algemeen geformuleerde verplichting om bij de vaststelling van termijnen rekening te houden met de complexiteit van de bouwopdracht en met de voor de voorbereiding van de inschrijvingen benodigde tijd.

Bron

Zie art. 38 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 1 Bao. Zie ook art. 45 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 1 Bass.

Deze beleidslijn wordt ook aanbevolen aan aanbesteders die - hetzij verplicht, hetzij vrijwillig - een gereguleerde aanbestedingsprocedure toepassen buiten het toepassingsgebied van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Het gaat dan overigens niet alleen om termijnen die de aanbesteder de gegadigden en inschrijvers gunt, maar ook om termijnen die hij zichzelf gunt wat betreft het voorbereiden van informatie die hij gegadigden en inschrijvers moet doen toekomen alsook het beoordelen en verwerken van informatie die hij van die gegadigden en inschrijvers ontvangt.

Toelichting

Zie in dit verband ook de toelichting op het ARW 2005.

Hoe dienen beslissingen te worden gemotiveerd?

15

Managementsamenvatting

Wat is het doel van dit hoofdstuk?

- **Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te ondersteunen bij het motiveren van beslissingen die als consequentie hebben dat een gegadigde of inschrijver niet langer meer aan de aanbestedingsprocedure mag deelnemen.**

Wat is het belang van motiveren van beslissingen in de context van een aanbesteding?

- **Een adequate motivering van een beslissing geeft inzicht in de feiten waarop die beslissing is gebaseerd, dat er een behoorlijke afweging van de betrokken belangen heeft plaatsgevonden en dat de gestelde feiten de inhoud van de beslissing kunnen dragen.**
- **Het deugdelijk motiveren van beslissingen is allereerst van belang voor de gegadigden en inschrijvers die deelnemen aan de aanbestedingsprocedure. Zij worden daardoor immers in staat gesteld na te gaan of de aanbesteder zijn beslissingen heeft genomen met inachtneming van de daarvoor geldende juridische randvoorwaarden. In het verlengde daarvan kunnen die gegadigden en inschrijvers vervolgens zelf een geïnformeerde beslissing nemen terzake het al dan niet maken van bezwaar tegen een door de aanbesteder genomen beslissing.**
- **Een deugdelijk gemotiveerde beslissing prikkelt ook de aanbesteder tot het rationaliseren van de gronden daarvan. Aldus bezien bevordert het doordacht motiveren van beslissingen dat die beslissingen op een professionele manier worden genomen.**

Aan welke juridische randvoorwaarden is een aanbesteder gebonden in het kader van het motiveren van beslissingen?

- **De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving verplicht een aanbesteder tot het motiveren van een viertal beslissingen die hij tijdens een aanbestedingsprocedure kan nemen: het afwijzen van een gegadigde; het afwijzen van een inschrijving; de gunningsbeslissing; de beslissing om de bouwopdracht niet te gunnen.**
- **De hiervoor bedoelde motiveringsverplichtingen moeten worden nagekomen jegens de gegadigden en inschrijvers die deelnemen aan de aanbestedingsprocedure in kwestie.**
- **Bepaalde onderdelen van die informatie zal de aanbesteder echter breder moeten verspreiden, in de zin dat hij die onderdelen ook zal moeten opnemen in een aan Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen in Luxemburg toe te sturen aankondiging van de geplaatste bouwopdracht.**
- **Bovendien zal de aanbesteder - althans wanneer de aanbestedingsprocedure plaatsvindt op grond van de Algemene Richtlijn - een proces-verbaal terzake die procedure op te stellen welk op verzoek van de Europese Commissie aan de laatste zal moeten worden toegestuurd.**

Welke aanbevelingen kunnen vanuit een oogpunt van doelmatigheid worden gedaan ten aanzien van het motiveren van beslissingen?

- **Een aanbesteder doet er verstandig aan een verzoek tot motivering niet af te wachten, maar in plaats daarvan de redenen die ten grondslag liggen aan de afwijzende beslissing meteen kenbaar te maken samen met de mededeling van de afwijzende beslissing zelf.**
- **Het getuigt van verstandig beleid om - kort nadat de schriftelijke mededeling door de afgewezen gegadigde of inschrijver zal zijn ontvangen - op eigen initiatief nog een mondelinge toelichting te verstrekken, bijvoorbeeld tijdens een bijeenkomst met de afgewezen marktpartij.**

1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt er van uitgegaan dat de aanbesteder bepaalde beslissingen heeft genomen met betrekking tot:

- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm;
- de aankondiging van de bouwopdracht;
- de aanbestedingsprocedure;
- de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria;
- het gunningscriterium;
- het vervolg van de procedure na afloop van de inschrijvingstermijn.

Voor sommige van deze beslissingen kan op de aanbesteder de verplichting rusten om die beslissingen te motiveren. Zo'n verplichting kan dan in het bijzonder bestaan jegens de gegadigde of inschrijver die als gevolg van de genomen beslissing niet langer meer aan de aanbestedingsprocedure mag deelnemen.

Toelichting

Het gaat hier allereerst om beslissingen die betrekking hebben op het in het concrete geval toepassen van uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen, eventuele selectiecriteria en gunningscriteria. Zie in dit verband hoofdstuk 10, par. 4.1.4, par. 4.2.5 en par. 4.3.5 en hoofdstuk 11, par. 4.5. Ook kan worden gedacht aan bepaalde beslissingen die de aanbesteder neemt nadat hij de inschrijvingen heeft ontvangen en beoordeeld, zoals de beslissing om de opdracht niet te gunnen. Zie daarover hoofdstuk 12.

Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te ondersteunen bij het motiveren van beslissingen die als consequentie hebben dat een gegadigde of inschrijver niet langer meer aan de aanbestedingsprocedure mag deelnemen. In dat kader zal in dit hoofdstuk eerst worden toegelicht wat in de Leidraad onder het begrip 'motiveren' wordt verstaan *(par. 2)*. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag waarom het belangrijk is dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over de motivering van dergelijke beslissingen(*par. 3)*. Daarna komt de vraag aan de orde welke juridische randvoorwaarden de aanbesteder in acht zal dienen te nemen met het oog op de naleving van de verplichting tot motivering van beslissingen zoals hierboven bedoeld *(par. 4)* en hoe hij in dat kader ook overigens het beste te werk zou kunnen gaan gegeven de wens het aanbestedingsproces zo doelmatig mogelijk te laten verlopen *(par. 5)*.

2 Wat is 'motiveren'?

Wanneer een aanbesteder een tijdens een aanbestedingsprocedure genomen beslissing motiveert, betekent dit dat hij die beslissing inzichtelijk onderbouwt. Uit een inzichtelijke onderbouwing zal blijken op welke feiten de beslissing is gebaseerd, dat er een behoorlijke afweging van de betrokken belangen heeft plaatsgevonden en dat de gestelde feiten de inhoud van de beslissing kunnen dragen. Aldus bezien volgt uit een motivering van een beslissing waarom die beslissing de inhoud heeft die zij heeft.

3 Waarom dient het motiveren van beslissingen goed te zijn doordacht?

Wanneer een aanbesteder tijdens een aanbestedingsprocedure beslissingen neemt, kan dat tot gevolg hebben dat een gegadigde of inschrijver niet (langer meer) mag deelnemen aan die procedure. Dat is inherent aan een aanbestedingsprocedure. Het voorgaande neemt niet weg dat een aanbesteder zich bij het nemen van dergelijke beslissingen zal hebben te houden aan een aantal juridische randvoorwaarden.

Toelichting

Zie daarvoor met name de hoofdstukken 6 t/m 14.

Het deugdelijk motiveren van beslissingen is vanuit dat perspectief bezien in de eerste plaats van belang voor de gegadigden en inschrijvers die deelnemen aan de aanbestedingsprocedure. Zij worden daardoor immers in staat gesteld na te gaan of de aanbesteder zijn beslissingen heeft genomen met inachtneming van die randvoorwaarden. In het verlengde daarvan kunnen die gegadigden en inschrijvers vervolgens zelf een geïnformeerde beslissing nemen terzake het al dan niet maken van bezwaar tegen een door de aanbesteder genomen beslissing.

Toelichting

Het niet dan wel onvoldoende motiveren van een beslissing kan op zichzelf reeds een juridische grond opleveren om tegen zo'n beslissing in het geweer te komen.

De verplichting tot het deugdelijk motiveren van beslissingen is dus ook in het belang van de aanbesteder zelf. Dat belang is er niet alleen in gelegen dat hij met een deugdelijk gemotiveerde beslissing de risico's van een eventueel door een gegadigde of inschrijver aangespannen juridische procedure kan beheersen. Er kan namelijk ook nog een ander belang worden genoemd. De verplichting tot het deugdelijk motiveren van een beslissing prikkelt de aanbesteder - gegeven de juridische randvoorwaarden waarbinnen hij die beslissing moet nemen - tot het rationaliseren van de gronden daarvan. In dat kader zal hij dan bovendien op een beredeneerde manier in de beslissing kunnen betrekken of en in hoeverre hij met die beslissing een bijdrage levert aan het realiseren van de doelstellingen die hij uiteindelijk met het bouwproces voor ogen heeft.

Toelichting

Zie over deze doelstellingen ook hoofdstuk 1, par. 1.2.

Aldus bezien bevordert het doordacht motiveren van beslissingen dat die beslissingen op een professionele manier worden genomen. In het verlengde van de hierboven genoemde redenen om het motiveren van beslissingen tijdens een aanbestedingsprocedure goed te doordenken, kan nog worden opgemerkt dat ook het motiveren zelf aan een aantal juridische randvoorwaarden zal moeten beantwoorden.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 Inhoud van de motivering

4.1.1 Vertrekpunt

De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving verplicht een aanbesteder tot het motiveren van een viertal beslissingen die hij tijdens een aanbestedingsprocedure kan nemen. Die vier specifieke motivatieverplichtingen zullen in de navolgende paragrafen worden besproken. Het gaat achtereenvolgens om de motiveringsverplichtingen terzake het afwijzen van een gegadigde *(par. 4.1.2)*; het afwijzen van een inschrijving *(par. 4.1.3)*; de gunning *(par. 4.1.4)*; het niet gunnen (*4.1.5)*. Voor elk van deze motiveringsverplichtingen zal de inhoud van die verplichting worden nagegaan zowel voor wat betreft aanbestedingsprocedures die plaatsvinden op grond van de Europese aanbestedingsprocedures als procedures die worden geïnitieerd zonder dat daartoe een verplichting op grond van de Richtlijnen dan wel het Hof van Justitie EG bestaat.

Toelichting

Zie over dit onderscheid ook hoofdstuk 8, par. 5.1.1, par. 5.1.2 en par. 5.1.3.

4.1.2 Afwijzen van een gegadigde

De aanbesteder is verplicht om - desgevraagd - een marktpartij die zich als gegadigde heeft aangemeld en vervolgens niet wordt uitgenodigd tot het doen van een inschrijving of - ingeval van de concurrentiegerichte dialoog, tot deelname aan de dialoogronde - in kennis te stellen van de redenen die ertoe hebben geleid dat hij niet is uitgenodigd. De aanbesteder is verplicht deze redenen zo spoedig mogelijk, maar in elk geval binnen 15 dagen na ontvangst van zo'n verzoek van een afgewezen gegadigde, aan de verzoeker schriftelijk mee te delen.

Bron

Zie art. 41 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 2 jo. art. 42 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 2 Bass. Zie ook art. 3.15.7, art. 4.16.7 en art. 5.16.7 ARW 2005. De regels van het ARW 2005 zijn op dit punt gelijkluidend voor Europese en nationale aanbestedingen.

Voorbeeld

Van een deugdelijke wijze van afwijzen van een gegadigde is sprake wanneer de aanbesteder de gegadigde bijvoorbeeld desgevraagd laat weten dat het model K formulier niet is aangeleverd of niet (goed) is ingevuld en dat de gegadigde om die reden niet kan worden uitgenodigd tot inschrijving.

Voorbeeld

Van een ondeugdelijke afwijzing is sprake wanneer de aanbesteder een gegadigde desgevraagd laat weten deze niet voor het doen van een inschrijving uit te nodigen "omdat uw aanmelding niet voldoet aan de daaraan gestelde eisen".

Deze motiveringsplicht speelt alleen een rol in het kader van de niet-openbare procedure, concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

4.1.3 Afwijzen van een inschrijving

De aanbesteder is verplicht om - desgevraagd - een inschrijver wiens inschrijving wordt afgewezen in kennis te stellen van de redenen die tot die afwijzing hebben geleid. Hij moet dat zo spoedig mogelijk schriftelijk doen, maar in elk geval binnen 15 dagen na ontvangst van zo'n verzoek van een afgewezen inschrijver.

Toelichting

Zie art. 41 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 3 jo. art. 42 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 3 Bass. Zie ook art. 2.29.7, art. 3.31.7, art. 4.29.8, art. 5.32.7 en art. 6.28.7 ARW 2005. De regels van het ARW 2005 zijn ook op dit punt gelijkluidend voor Europese en nationale aanbestedingen.

De motivering moet in voorkomend geval ook betrekking hebben op de redenen voor de beslissing van de aanbesteder dat er geen gelijkwaardigheid voorhanden is of dat de werken niet aan de functionele en prestatie-eisen voldoen.

Voorbeeld

Een aanbesteder van een baggerwerk past de regels goed toe wanneer hij een inschrijver, meedeelt dat de inschrijving als ongeldig wordt beschouwd en niet verder in beschouwing wordt genomen "omdat u in uw inschrijving uitgaat van de toepassing van de in art. 5.3.1 van de vraagspecificatie verboden methode van het zogenoemde 'schuiven' van bagger met behulp van een schuifboot."

Deze motiveringsplicht speelt in het kader van de openbare procedure, de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedures met en zonder voorafgaande bekendmaking. Wet- en regelgeving voorzien niet in een motiveringsverplichting ingeval gebruik wordt gemaakt van de onderhandse procedure.

4.1.4 Gunning

De aanbesteder is allereerst verplicht om alle inschrijvers in kennis te stellen van het feit dat hij een besluit tot gunning heeft genomen.

Bron

Zie art. 41 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 1 jo. art. 42 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 1 Bass. Zie ook art. 2.29.5, art. 3.31.5, art. 4.29.6, art. 5.32.5, art. 6.28.5, art. 7.21.5 en art. 10.9.3 ARW 2005. De regels van het ARW 2005 zijn ook op dit punt gelijkluidend voor Europese en nationale aanbestedingen, met uitzondering van art. 7.21.5 dat alleen betrekking heeft op nationale aanbestedingen.

In dat verband is de aanbesteder bovendien verplicht - met uitzondering van de onderhandse procedure - om iedere afgewezen inschrijver die een aan de eisen van de vraagspecificatie beantwoordende inschrijving heeft gedaan, in kennis te stellen van de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving en van de naam van de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen.

Bron

Zie art. 41 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 4 jo. art. 42 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 4 Bass. Zie ook art. 2.29.5, art. 3.31.5, art. 4.29.6, art. 5.32.5 en art. 6.28.5 ARW 2005. De regels van het ARW 2005 zijn ook op dit punt gelijkluidend voor Europese en nationale aanbestedingen.

De motivering van de gunningsbeslissing dient meer te behelzen dan het enkel opsommen van de eigenschappen en voordelen van de gekozen inschrijving. De inschrijvingen dienen met elkaar te worden vergeleken. Zo zal naast de opgave van de inschrijving die als beste uit de bus is gekomen ook, in voorkomend geval, moeten worden aangegeven waarom andere inschrijvers met een

ogenschijnlijk betere inschrijving niet voor gunning in aanmerking komen, bijvoorbeeld omdat hun inschrijvingen afwijken van de eisen van de vraagspecificatie.

Voorbeeld

Een aanbesteder doet het goed wanneer hij als volgt motiveert: "Voor het aspect functionaliteit heeft uw inschrijving 40 punten gekregen. De inschrijving van de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen, heeft voor dat aspect 60 punten gekregen omdat deze op de navolgende deelaspecten beter scoorde: (...)".

Voorbeeld

Niet goed is de motivering die enkel inhoudt dat "uw inschrijving helaas lager scoorde dan die van de winnende inschrijver".

De aanbesteder kan overigens besluiten om bepaalde gegevens met betrekking tot de gunning van de bouwopdracht niet aan de andere inschrijvers mee te delen.

Bron

Zie art. 41 lid 3 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 5 jo. art. 42 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 2, derde alinea, Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 5 Bass. Zie ook art. 2.29.9, art. 3.31.9, art. 4.29.10, art. 5.32.9, art. 6.28.9 en art. 7.21.7 ARW 2005. De regels van het ARW 2005 zijn ook op dit punt gelijkluidend voor Europese en nationale aanbestedingen, met uitzondering van art. 7.21.7 dat alleen betrekking heeft op nationale aanbestedingen.

Het gaat dan met name om situaties waarbij het verstrekken van die gegevens in strijd zou zijn met de wet; in strijd zou zijn met het openbaar belang; de rechtmatige commerciële belangen van derden zou schaden; of de eerlijke mededinging tussen inschrijvers zou aantasten.

Voorbeeld

Bij het aanbesteden van de aanleg van een alarm- en beveiligingsinstallatie in een overheidsgebouw kan uit bepaalde uit de inschrijvingen te halen informatie en uit de hoogte van de inschrijvingssom mogelijk worden afgeleid wat de mate van beveiliging is. Om die reden kan ertoe besloten worden de winnende inschrijvingssom niet openbaar te maken.

4.1.5 Niet gunnen

De aanbesteder is ook verplicht de inschrijvers in kennis te stellen van het feit dat hij heeft besloten om de bouwopdracht niet te gunnen.

Bron

Zie art. 41 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 1 jo. art. 42 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 1 Bass. Zie ook art. 2.29.8, art. 3.31.8, art. 4.29.9, art. 5.32.8, art. 6.28.8, art. 7.21.6 en art. 10.9.6 ARW 2005. De regels van het ARW 2005 zijn ook op dit punt gelijkluidend voor Europese en nationale aanbestedingen, met uitzondering van art. 7.21.6 dat alleen betrekking heeft op nationale aanbestedingen.

In dat kader dient hij voorts aan te geven welke redenen aan zijn beslissing ten grondslag liggen. Voor zover de ARW 2005 van toepassing zijn op de aanbestedingsprocedure, dient de aanbesteder in het verlengde van deze verplichting op grond van de hierboven genoemde bepalingen de inschrijvers ook te informeren wanneer hij besluit tot een heraanbesteding over te gaan. Ook in dat geval zal hij de aan dat besluit ten grondslag liggende redenen moeten aangeven. Ook hier geldt

overigens weer dat de aanbesteder kan besluiten om bepaalde gegevens met betrekking tot de gunning van de bouwopdracht niet aan de andere inschrijvers mee te delen.

Bron

Zie eerder par. 4.1.4. Zie art. 41 lid 3 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 5 jo. art. 42 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 2, derde alinea, Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 5 Bass. Zie ook art. 2.29.9, art. 3.31.9, art. 4.29.10, art. 5.32.9, art. 6.28.9 en art. 7.21.7 ARW 2005. De regels van het ARW 2005 zijn ook op dit punt gelijkluidend voor Europese en nationale aanbestedingen, met uitzondering van art. 7.21.7 dat alleen betrekking heeft op nationale aanbestedingen.

Het gaat dan opnieuw om situaties waarbij het verstrekken van die gegevens in strijd zou zijn met de wet; in strijd zou zijn met het openbaar belang; de rechtmatige commerciële belangen van derden zou schaden; of de eerlijke mededinging tussen inschrijvers zou aantasten.

4.2 Publicatie van de motivering

4.2.1 Vertrekpunt

De in *par. 4.1* besproken motiveringsverplichtingen dienen te worden nagekomen jegens de gegadigden en inschrijvers die de aanbesteder verzoeken om informatie die verband houdt met bepaalde beslissingen die hij tijdens de aanbestedingsprocedure heeft genomen. Bepaalde onderdelen van die informatie zal hij breder moeten verspreiden, in de zin dat hij die onderdelen ook zal moeten opnemen in een aan Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen in Luxemburg toe te sturen aankondiging van de geplaatste bouwopdracht *(par. 4.2.2)*. Bovendien zal de aanbesteder - althans wanneer de aanbestedingsprocedure plaatsvindt op grond van de Algemene Richtlijn - een proces-verbaal terzake die procedure op te stellen welk op verzoek van de Europese Commissie aan de laatste zal moeten worden toegestuurd *(par. 4.2.3)*.

4.2.2 Aankondiging van geplaatste bouwopdracht

Zoals ook reeds is toegelicht in hoofdstuk 13, *par. 4.1* en *par. 4.2*, is de aanbesteder onder omstandigheden verplicht tot het aankondigen van een inmiddels geplaatste bouwopdracht.

Bron

De verplichting tot aankondiging van een inmiddels geplaatste opdracht is gekoppeld aan de gevallen waarin de aanbesteder op grond van een aanbestedingsplicht kiest voor het gebruik van de openbare procedure; de niet-openbare procedure; de concurrentiegerichte dialoog; de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en de concessieovereenkomst voor openbare werken. Zie voor deze aankondigingsplicht: art. 35 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 35 lid 12 Bao. Zie voorts art. 43 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 1 Bass. Zie ook art. 2.32.1, art. 3.34.1, art. 4.32.1, art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005.

Er bestaat geen verplichting tot het aankondiging van een inmiddels geplaatste opdracht die niet is aanbesteed op grond van hetzij de Europese aanbestedingsrichtlijnen hetzij de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, maar wel is aanbesteed op grond van nationale wet- en regelgeving. Het ARW 2005 voorziet dan ook niet in een aankondigingsplicht voor 'nationale aanbestedingen').

Voor wat betreft de aankondiging van een inmiddels geplaatste opdracht moet de aanbesteder in ieder geval de volgende informatie in die aankondiging opnemen: de (adres)gegevens van de

aanbesteder; de wijze van aanbesteding; de datum van de gunning van de bouwopdracht; de gunningcriteria; het aantal ontvangen inschrijving; de (adres)gegevens van de inschrijver; de aard en omvang van de geleverde prestaties; de betaalde prijs of prijzen; de onderaannemers; overige inlichtingen; datum van bekendmaking in het EG-Publicatieblad; datum van verzending van de aankondiging; datum van ontvangst van de aankondiging door het EG Publicatiebureau; de voorwaarden inzake financiering van de werken en herziening van de prijzen; overige inlichtingen.

Bron

Zie art. 36 lid 1 jo. Bijlage VII A Algemene Richtlijn en art. 36 lid 1 Bao jo. Bijlage 4, onderdeel A, Bao. Zie voorts art. 43 lid 1 jo. Bijlage XVI Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 1 jo. Bijlage 2, Onderdeel D, Bass. Zie ook art. 2.32.1, art. 3.34.1, art. 4.32.1, art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005 jo. Model C behorende bij het ARW 2005. Ook uit dit Model kan worden opgemaakt welke informatie in de aankondiging moet en mag worden opgenomen. Voor wat betreft de verplichte opmaak van deze aankondiging kan worden verwezen naar www.aanbestedingskalender.nl en http://simap.eu.int/.

Op de verplichting tot aankondiging van een inmiddels geplaatste opdracht kan een uitzondering worden gemaakt indien de daarmee gepaard gaande openbaarmaking van gegevens in strijd zou zijn met de wet; in strijd zou zijn met het openbaar belang; de rechtmatige commerciële belangen van derden zou schaden; of de eerlijke mededinging tussen inschrijvers zou aantasten.

Bron

Zie art. 35 lid 4, vierde alinea, Algemene Richtlijn en art. 35 lid 17 Bao. Zie voorts art. 43 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 2 Bass, waarin is bepaald dat de Commissie het gevoelige commerciële karakter moet eerbiedigen - overigens na daarop door de aanbesteder te zijn gewezen - betreffende het aantal inschrijvingen, de identiteit van de inschrijvers en hun prijzen. Zie ook art. 2.32.1, art. 3.34.1, art. 4.32.1, art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005.

De aanbesteder is verplicht de aankondiging toe te sturen aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen in Luxemburg dat vervolgens voor publicatie daarvan zorgdraagt.

Toelichting

Zie hoofdstuk 13, par. 4.3.

4.2.3 Proces-verbaal

Op grond van de Algemene Richtlijn en het Bao is de aanbesteder verplicht om voor iedere gegunde bouwopdracht een proces-verbaal op te stellen en desgevraagd toe te sturen aan de Europese Commissie.

Bron

Zie art. 43 Algemene Richtlijn en art. 43 Bao. Zie ook art. 2.31.1, art. 3.33.1, art. 4.31.1, art. 5.34.1 en art. 6.30.1 ARW 2005. Het ARW 2005 bevat deze verplichting dus niet voor de zogenoemde 'nationale aanbestedingen'.

Dat proces-verbaal bevat in ieder geval de volgende gegevens terzake die gunning:

- naam, adres van de aanbestedende dienst en het voorwerp en de waarde van de bouwopdracht;
- namen van de uitgekozen gegadigden of inschrijvers en de redenen voor die keuze;
- namen van de uitgesloten gegadigden of inschrijvers met redenen voor die uitsluiting;
- de redenen voor de afwijzing van abnormaal laag bevonden inschrijvingen;
- naam van de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen en de redenen voor de keuze van zijn inschrijving en, indien bekend, het gedeelte van de bouwopdracht dat die inschrijver voornemens is aan derden in onderaanneming te geven;
- in voorkomend geval, de redenen waarom de aanbesteder besloten heeft de bouwopdracht niet te gunnen.

De Richtlijn Nutssectoren en het Bass verplichten de aanbesteder niet tot het opstellen van zo'n proces-verbaal. Anderzijds is de aanbesteder wel verplicht om gedurende ten minste 4 jaar te rekenen vanaf de datum van gunning van een bouwopdracht de nodige informatie te bewaren die hem in staat stelt achteraf beslissingen te motiveren.

Bron

Zie art. 50 Richtlijn Nutssectoren en art. 51 Bass.

5 Doelmatig motiveren

Wanneer aanbesteders de in de vorige paragraaf beschreven juridische randvoorwaarden in acht nemen bij het motiveren van hun beslissingen, draagt dat niet alleen bij aan een juridisch verantwoorde maar ook aan een doelmatige aanbesteding van bouwopdrachten. In aanvulling daarop kunnen ook nog de volgende aanbevelingen worden gedaan.

De regels staan toe dat een aanbesteder de redenen voor een afwijzende beslissing pas aan een gegadigde of inschrijver bekend maakt wanneer de betreffende gegadigde of inschrijver hem daar om vraagt ('desgevraagd'). Het is natuurlijk veel verstandiger om zo'n verzoek niet af te wachten, maar in plaats daarvan de redenen die ten grondslag liggen aan de afwijzende beslissing meteen kenbaar te maken samen met de mededeling van de afwijzende beslissing zelf. Dat is niet alleen efficiënter voor de aanbesteder en de afgewezen gegadigde of inschrijver, maar zal de afwijzing voor de laatste van meet af aan meer begrijpelijk en daardoor mogelijk ook acceptabeler maken. De kans bestaat immers dat ongemotiveerde afwijzende beslissingen een voedingsbodem gaan vormen voor het onnodig ontstaan van een conflictsituatie.
In dat verband wordt tevens aanbevolen het niet te laten bij een schriftelijke en van een motivering vergezeld gaande mededeling van een afwijzende beslissing. Het getuigt van verstandig beleid om - kort nadat de schriftelijke mededeling door de afgewezen gegadigde of inschrijver zal zijn ontvangen - op eigen initiatief nog een mondelinge toelichting te verstrekken. Dat kan telefonisch, maar nog beter is het om daarvoor een bijeenkomst van de belangrijkste betrokkenen binnen de organisatie van de aanbesteder en de betreffende gegadigde of inschrijver te organiseren, vooropgesteld natuurlijk dat die laatste daar ook daadwerkelijk prijs op stelt. Nog afgezien van het feit dat de aanbesteder op die manier de genomen beslissing meer begrijpelijk en daardoor mogelijk ook meer acceptabel kan maken voor de betrokken gegadigde of inschrijver - met alle positieve gevolgen van dien - kan het omgekeerd zo zijn dat de aanbesteder van die gegadigde of inschrijver feedback ontvangt tijdens de bedoelde bijeenkomst. Dergelijke feedback zou na evaluatie daarvan een zinvolle bijdrage kunnen leveren aan de verdere professionalisering van het aanbestedingsbeleid van de aanbesteder. De planning van de hiervoor bedoelde bijeenkomsten zou in feite al kunnen worden vastgelegd met alle aan de aanbestedingsprocedure deelnemende marktpartijen, nog voordat er afwijzende beslissingen zijn genomen.

Colofon

Uitgave
Regieraad Bouw

Auteur
prof. Mr. C.E.C. Jansen, Vrije Universiteit Amsterdam,
faculteit der rechtsgeleerdheid, hoogleraar privaatrecht

Vormgeving
Van Lint Vormgeving, Zierikzee

Druk
De Groot, Goudriaan

Gouda, januari 2009

Copyright © Regieraad Bouw 2009
Postbus 420, 2800 AK Gouda
Alle rechten voorbehouden

De Regieraad Bouw en degenen die aan deze publicatie hebben meegewerkt, hebben de hierin opgenomen gegevens met grote zorgvuldigheid verzameld. Desondanks kunnen er onjuistheden in deze publicatie voorkomen. Gebruikers aanvaarden het risico daarvan.
De Regieraad Bouw sluit, mede ten behoeve van degenen die aan deze publicatie hebben meegewerkt, iedere aansprakelijkheid uit voor schade die mocht voortvloeien uit het gebruik van de gegevens.

Regieraad Bouw

• Postbus 420 • 2800 AK Gouda • T 0182 - 540 626 • F 0182 - 540 627 • secretariaat@regieraadbouw.nl • www.regieraadbouw.nl •