

(Europese) Aanbestedingen

In drie stappen naar een kansrijke inschrijving!

Marissa Willemse, Tilburg, juni 2009

(Europese) Aanbestedingen

In drie stappen naar een kansrijke inschrijving!

Marissa Willemse, Tilburg, juni 2009

Naam student:	Marissa Willemse
Studentnummer:	009962770
Stageverlener:	Appeldoorn Tendermanagement
Afstudeermentor:	De heer mr. M.L. Appeldoorn
Opleiding:	HBO-Rechten
Instelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg
1 ^e afstudeerdocent:	De heer mr. P. van Harten
2 ^e afstudeerdocent:	Mevrouw mr. T. Wielders
Stageperiode:	februari 2009 - mei 2009
Publicatie:	juni 2009

VOORWOORD

In september 2005 ben ik begonnen met de studie HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Na drie en een half jaar gestudeerd te hebben ga ik de opleiding afsluiten met een stage bij Appeldoorn Tendermanagement en een voor deze organisatie geschreven scriptie.

Tijdens het solliciteren naar een stageplaats was het duidelijk dat Appeldoorn Tendermanagement de aangewezen plaats was voor het afronden van mijn studie. Met een inhoudelijk interessant (Europees) aanbestedingsrechtelijk onderwerp en goede begeleiding vanuit deze organisatie boden zij de meeste mogelijkheden.

Bij deze scriptie is een dankwoord aan de Juridische Hogeschool zeker op zijn plaats. Voor het vormgeven aan de opleiding HBO-Rechten en voor de geboden inhoudelijke en praktijkgerichte kwaliteit van het onderwijs.

Tijdens het afstuderen heeft de Juridische Hogeschool mij met raad en daad bijgestaan door middel van de afstudeercommissie bestaande uit: mevrouw R. Masselink tot februari 2009, mevrouw W.G. van den Bosch, mevrouw S.A. Ansems en mevrouw J. Pop.

Direct inhoudelijke betrokken bij het schrijven van deze scriptie waren de heer P. van Harten als eerste afstudeerdocent en mevrouw T. Wielders als tweede afstudeerdocent welke mij de nodige verrassende feedback hebben gegeven.

Voor een toegevoegde waarde aan het theoretische gedeelte van deze scriptie heb ik gebruik gemaakt van meerdere diepte interviews met betrokken personen bij het inschrijvingstraject van verschillende organisaties. Hen wil ik bedanken voor de genomen moeite en de vernieuwende en verfrissende inzichten in het aanbestedingstraject vanuit de inschrijvende kant.

Als laatste gaat mijn dank uit naar de organisatie die het voor mij mogelijk heeft gemaakt om mijn scriptie te schrijven: Appeldoorn Tendermanagement. De altijd vriendelijke Harry Smulders, waar ik veel van heb geleerd, en nog kan leren met betrekking tot projectmatig inzicht, Marjolijn van Riel en Guyonne Bruinsma, waar ik al mijn vragen en verhalen kwijt kon, Floris van der Heijden die altijd tijd had om vragen te beantwoorden en mee te denken over verschillende onderwerpen, Tim Slotboom welke samen met mij meedacht over de invulling van het onderzoek en specifiek mijn afstudeermentor Michiel Appeldoorn, met kritische feedback is de scriptie geworden tot wat hij is. Bedankt voor deze feedback, de mogelijkheid om het aanbestedingsrecht te onderzoeken en te ondervinden en voor je geduld.

Met deze scriptie hoop ik u nieuwe en interessante informatie te geven. Ik wens u veel plezier bij het lezen.

Marissa Willemse
Mei 2009

SAMENVATTING

Deze scriptie bevat een onderzoek naar hoe een gegadigde op juridisch correcte wijze een inschrijvingsproces voor (Europese) aanbestedingen voor leveringen of diensten doorloopt en welke overige (subjectieve) factoren bepalen of een inschrijving kansrijk is.

Dit onderzoek is gebaseerd op informatie verkregen uit verschillende literatuur, wet- en regelgeving, jurisprudentie en ervaringen opgedaan uit de praktijk alsmede ervaringen van betrokken personen bij aanbestedingstrajecten.

(Europees) aanbesteden is een inkoopmethode voor (semi)overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde.

Op Europees niveau is aanbesteden geregeld via de aanbestedingsrichtlijnen 2004/18/EG voor werken, diensten en leveringen en richtlijn 2004/17/EG voor opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

Deze Richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd middels respectievelijk het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO) en het Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren (BASS).

In het BAO is in artikel 1 lid r juncto artikel 1 lid q het begrip aanbestedende dienst (semi) overheid gedefinieerd als een staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

Wanneer een opdracht van een aanbestedende dienst boven een bepaalde waarde, de zogenoemde drempelbedragen, komt, dan is deze verplicht de opdracht aan te besteden volgens de Europese wet- en regelgeving. Voor opdrachten onder de Europese drempelbedragen is geen wettelijke basis. In Nederland is het vooralsnog zo dat er lokaal beleid omtrent inkopen en aanbesteden ingesteld kan worden. Vaak treft de omschreven wijze van aanbesteden in een dergelijk lokaal beleid vele gelijkenissen met het Europees aanbestedingsrecht.

Appeldoorn Tendermanagement onderscheidt in een aanbestedingstraject drie fases: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase. De voorfase is de fase voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging tot opdracht waarin betrokken partijen voorbereidingen kunnen treffen. De inschrijvingsfase start op het moment van de publicatie van de aanbesteding en eindigt op het moment dat de inschrijvingstermijn verloopt. Na het sluiten van de inschrijvingsfase begint de evaluatiefase waarin de aanbestedende dienst en de inschrijver gezamenlijk of intern kunnen evalueren.

De meeste gebruikte procedures voor een aanbesteding zijn de openbare en de niet-openbare procedure. Beide procedures verlopen volgens dezelfde stappen met enig verschil dat de niet-openbare procedure uit twee verschillende fases bestaat. Een inschrijver moet allereerst geselecteerd worden waarna deze een uitnodiging zal krijgen om in te schrijven op de aanbesteding. Na het indienen van de inschrijving beoordeelt de aanbestedende dienst de inschrijvingen aan de hand van vooraf vastgestelde gunningscriteria.

Om te komen tot een kansrijke inschrijving is het voor een inschrijver van belang te voldoen aan de eisen en wensen van de aanbestedende dienst welke vaak kenbaar worden gemaakt in de aanbestedingsdocumentatie. Op het moment dat een inschrijver aan alle juridische eisen heeft voldaan en aan de hand van de gunningscriteria de beste aanbieding doet, (de meeste punten scoort aan de hand van de eisen en wensen van de aanbestedende dienst) dan zal deze de opdracht gegund krijgen.

Leeswijzer

(Europees) Aanbesteden

“Een inkoopmethode voor (semi) overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde.

Europese aanbestedingen zijn opdrachten met een waarde boven de drempelbedragen en daarom verplicht zijn om volgens de Europese regelgeving te worden aanbesteed. Opdrachten onder de drempelbedragen hoeven niet verplicht te worden aanbesteed volgens de Europese regelgeving, maar vaak is er een nationaal of lokaal beleid om dit te reguleren. Per lidstaat kan dit verschillen.

In het onderzoek wordt met de term aanbesteden zowel Nationaal aanbesteden (aanbesteden onder de Europese drempelbedragen) alsmede Europees aanbesteden bedoeld, mitst de context specifiek vraagt om een vernoeming als het gaat om Europees of Nationaal aanbesteden. Reden hiervoor is het feit dat Nationaal aanbesteden vele gelijkenissen toont met Europees aanbesteden.

Aanbestedende dienst

De staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

Aanbestedingsdocumentatie

Alle documentatie van de aanbestedende dienst die verband houdt met de aanbesteding.

Aanbestedingstraject

In dit onderzoek wordt met aanbestedingstraject bedoeld alles rondom aanbesteden. De gehele fase waarin aanbesteden een rol speelt. Daaronder zijn nog drie verschillende aanbestedingsfase te onderscheiden: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase.

Aanbestedingsplichtige opdracht

Opdracht van een aanbestedende dienst met een waarde boven het Europees drempelbedrag.

Appeldoorn Tendermanagement

Appeldoorn Tendermanagement is een gespecialiseerd adviesbureau dat diverse publieke en private organisaties adviseert en traint op het gebied van (Europese) aanbestedingen.¹

Het onderzoek maakt deel uit van de stage bij Appeldoorn Tendermanagement.

Bestek

Aan de hand van het bestek kunnen gegadigden een aanbieding doen, inschrijven op de aanbesteding. Een bestek bevat dan ook alle noodzakelijke informatie om deze aanbieding te kunnen doen. Te denken valt aan een gedetailleerde omschrijving van de opdracht en informatie rondom het aanbestedingstraject.

Bezwarende titel

Een overeenkomst onder bezwarende titel houdt in dat voor een aanbidding partijen een min of meer gelijkwaardige tegenprestatie verschuldigd zijn.

BOPEG afkorting voor Bureau Officiële Publicaties Europese Gemeenschappen.

Het BOPEG is de uitgever van de Europese instellingen en zorgt voor de productie en verspreiding van alle officiële publicaties van de Europese Unie, op papier en in elektronische vorm. Een van de diensten van het publicatiebureau is de TED (Tender Electronic Daily).

Chinese Wall bepaling

Juridisch vereiste welke dient ter voorkoming van het handelen met voorkennis door de inschrijver in de inschrijvingsfase. Het principe is dat een adviseur die ondersteuning biedt bij het opstellen van technische specificaties alleen mee mag dingen naar de opdracht indien hij door zijn adviesfunctie geen wezenlijke voorsprong heeft verkregen op de overige aanbieders, of dat deze aanbieders over dezelfde informatie moeten kunnen beschikken.²

¹ Appeldoorn Tendermanagement; ‘over atm’ <www.appeldoorn.nl/algemeen.html>

² Kenniscentrum Europa Decentraal, Factsheet ‘Aandachtspunten aanbesteden en staatssteun bij gebiedsontwikkeling’; oktober 2007

CPV afkorting voor Common Procurement Vocabulary

Het CPV is een classificatiesysteem voor overheidsopdrachten en geldt binnen de hele Europese Unie. Bij de aankondiging van een overheidsopdracht moet de aanbestedende dienst zijn opdracht coderen aan de hand van de CPV codes. Ieder product of dienst is gerelateerd aan een CPV code. Doordat alle aanbestedende diensten binnen de EU dezelfde CPV codes gebruiken, worden taalbarrières opgeheven en kan een onderneming makkelijk de overheidsopdrachten herkennen die voor hem interessant zijn.

Op 28 november 2007 heeft de Europese Commissie een verordening³ aangenomen waarmee de CPV codes zijn gewijzigd.

Directe werking

Wanneer een besluit directe werking heeft betekent dit dat een particulier of rechtspersoon zich kan beroepen bij de rechter op bepalingen van het besluit tegen de staat of een andere particulier.

Drempelbedrag

Opdrachten met een waarde boven de drempelbedragen zijn door Europa verplicht gesteld om Europees aan te besteden. In bijlage 1 is een overzicht opgenomen van alle nu geldende drempelbedragen. Deze worden namelijk tweejaarlijks vastgesteld.

EG-verdrag

De officiële benaming voor het EG-verdrag is het verdrag betreffende de Europese Unie, publicatieblad nummer C 191 van 29 juli 1992. Het EG-verdrag is in Maastricht ondertekend en inwerking getreden op 1 november 1993. In het EG-verdrag is de oprichting van de Europese Unie uitgewerkt.

EMVI, afkorting van economisch meest voordelige inschrijving

Voor het gunnen van een aanbesteding zijn twee gunningscriteria mogelijk: laagste prijs of EMVI. Bij EMVI moet er sprake zijn van een afweging tussen kwaliteit en laagste prijs. Hiervoor mag de aanbestedende dienst zelf een aantal beoordelingsgronden opstellen.⁴

GPA, afkorting van Agreement on Government Procurement.⁵

Het GPA is een verdrag welke regelingen bevat omtrent overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Het GPA is gebaseerd op de principes van openheid, transparantie en non-discriminatie, die van toepassing zijn op partijen bij aanbestedingszaken vallend onder de overeenkomst, ten gunste van de partijen en hun leveranciers, goederen en diensten.⁶ De regeling is bindend voor alle partijen, momenteel 153 landen, van de WTO.

Gunning

Gunning houdt in dat de aanbesteding wordt toegewezen aan een inschrijver.

<www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/praktijk/Factsheet_PPS_def_webversie_okt07.

Pdf>

³ Europese verordening nummer 213/2008 ter vervanging van EG-verordening nummer 2195/2002.

PB L 74/115 maart 2008, inwerking per 15 september 2008

<eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:074:0001:0375:NL:PDF>

⁴ Artikel 54 BAO

⁵ World Trade Organisation, *The plurilateral agreement on government procurement (GPA)*

<www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm>

⁶ Pianoo, 'Government Procurement

Agreement'<http://www.pianoo.nl/Wet_en_regelgeving/Wetten/Europese_richtlijnen_en_verdragen/Government_Procurement_Agreement_GPA>

IIb diensten

Bij de aanbesteding van diensten bestaat een onderverdeling tussen diensten waarbij het volledige regime van de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing is (IIa) en diensten waarbij slechts een zeer beperkt gedeelte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (IIb) van toepassing is. De IIb diensten zijn aangemerkt als diensten die geen bijdrage leveren aan de eenwording van de interne markt omdat de diensten door nationale dienstverleners (moeten) worden uitgevoerd. Bij IIb diensten is het alleen verplicht om de gunning te publiceren en de algemene regels van het EG-verdrag en de regels van technische specificatie in acht te nemen.

De onderverdeling is neergelegd in de richtlijn zelf en is in het BAO uitgewerkt in twee bijlagen (IIa en IIb), waarin verschillende categorieën van diensten zijn opgesomd.⁷

Implementeren

Zie het begrip richtlijn.

Inbesteden

Wanneer een opdracht wordt uitgevoerd binnen de eigen organisatie van een aanbestedende dienst, dan hoeft deze niet verplicht te worden aanbesteed, maar wordt gesproken over inbesteden. Bij inbesteden vervalt de aanbestedingsverplichting mits aan de voorwaarden wordt voldaan dat er sprake is van een gezagsstructuur en een bepaalde mate van toezicht van de aanbestedende dienst op de uitvoerende organisatie.

Inschrijver (aanbieder, gegadigde, inschrijver)

Alvorens te komen tot een inschrijver zijn er een aantal voorgaande fases waarin een inschrijver met een andere term wordt aangeduid. Een ondernemer welke voorafgaand aan het bekend worden van de aanbesteding hierin geïnteresseerd is om eventueel op in te schrijver wordt gegadigde genoemd. Vervolgens wordt de ondernemer/de gegadigde die zijn producten of diensten aanbiedt aan de hand van de aanbesteding aanbieder genoemd. Op het moment dat de ondernemer zijn inschrijvingsdocument inlevert bij de aanbieder wordt gesproken van een inschrijver. In verband met de leesbaarheid en eventuele onduidelijkheid wordt in dit onderzoek met de term inschrijver zowel aanbieder, gegadigde als de daadwerkelijk inschrijvende onderneming bedoeld mits de context vraagt om een specifieke benaming.

Marktconsultatie

Een publieke marktconsultatie is een door een publieke partij georganiseerde informatie-uitwisseling met belanghebbende partijen over een voorgenomen project, mede aan de hand waarvan die publieke partij de haalbaarheid van en de randvoorwaarden voor dat project vaststelt, en waarvan de resultaten openbaar zullen worden gemaakt.⁸ Een marktconsultatie kan ook informeel plaats vinden. Dit kan op initiatief van de inschrijver en de marktconsultatie wordt dan niet gepubliceerd.

Nota van Inlichtingen

Na het publiceren van de aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst hebben gegadigde de mogelijkheid om vragen te stellen over de opdracht. Alle antwoorden op deze vragen zijn te vinden in de Nota van Inlichtingen welke voor alle gegadigden openbaar wordt gemaakt.

Nutssectoren / Speciale Sectoren

Met het begrip nutssectoren wordt in de aanbestedingspraktijk vaak hetzelfde bedoeld als de speciale sectoren. Een speciale sector bedrijfs is een overheidsbedrijf of een bedrijf of instelling waaraan door de overheid een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend indien deze aan één van de in de artikelen 2 tot en met 7 BASS genoemde activiteiten uitoefent. Voorbeelden hiervan zijn aanbieders van gas of warmte, elektriciteit, drinkwater en openbaar vervoer of havens of postdiensten.

⁷ Pianoo, '2. Wat moet ik weten over aanbesteden'

<<http://metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn2/antwoord8-2.html>>

⁸ Ministerie van Financiële Zaken, *Marktconsultatie: een dialoog tussen markt en overheid'*

<www.minfin.nl/dsresource?objectid=minfinbeheer:28448&versionid=&subobjectname=>>

PIANOO

Voluit PIANOO Expertisecentrum Aanbesteden. Dit is een netwerkorganisatie voor overheidsopdrachtgevers. PIANOO is een onderdeel van het Ministerie van Economische Zaken en heeft als functie het bieden van informatie, advies en praktische tips aan iedereen die zich bij de publieke sector bezig houdt met het inkopen en aanbesteden van werken, leveringen en diensten.⁹

Publiekrechtelijke instelling

Het begrip publiekrechtelijke instelling is gedefinieerd in artikel 1 lid q BAO. Kort gezegd worden hiermee instellingen bedoeld die zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang niet zijnde van industriële of commerciële aard, rechtspersoonlijkheid hebben en waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de staat of zijn territoriale lichamen worden gefinancierd.

Richtlijn

Een richtlijn is een bindend besluit van de Europese Unie met verplicht na te leven regels voor de lidstaten. Een richtlijn wordt uitgevaardigd door de Raad van Ministers vaak tezamen met het Europees Parlement of door de Europese Commissie. De resultaten liggen vast, maar lidstaten mogen zelf beslissen over de uitvoering ervan. Een richtlijn moet geïmplementeerd/omgezet worden naar Nationaal recht. Iedere lidstaat moet zelf aan de hand van de richtlijn zorgen dat de bepalingen uit de richtlijn opgenomen worden in de wet- en regelgeving. Een richtlijn heeft in beginsel geen directe werking. Men kan zich beroepen op de richtlijn wanneer deze is geïmplementeerd in nationaal recht.¹⁰

Op dit moment gelden in het aanbestedingsrecht de richtlijnen 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, PB 2004, L 134/114, ook wel de Algemene Richtlijn genoemd en de richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PB 2004, L 134/1 ook wel de Richtlijn Nutssectoren genoemd.

Stand-still termijn

Voortgekomen uit het Alcatel arrest en opgenomen in artikel 55 lid 2 BAO. De inschrijver wordt de mogelijkheid gegeven om binnen een redelijke termijn van minimaal 15 dagen in beroep te gaan tegen een besluit van de aanbestedende dienst. Deze termijn begint te lopen na het kenbaar maken (verplicht voor de aanbestedende dienst) van het voornemen tot gunning.

TED afkorting voor Tenders Electronic Daily

TED is de online versie van het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie, bestemd voor Europese openbare aanbestedingen.¹¹

Tender-verkoopmodel©

Appeldoorn Tendermanagement hanteert bij een aanbestedingstraject drie fases: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase. De voorfase is de fase voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging tot opdracht en geeft partijen de mogelijkheid de nodige voorbereidingen te treffen. De inschrijvingsfase staat in het teken van het inschrijven op de aanbesteding door ondernemers en start op het moment van de publicatie van de aankondiging tot opdracht en eindigt bij het sluiten van de inschrijvingsfase waarop de evaluatiefase volgt waarin de aanbestedende dienst en de inschrijver de mogelijkheid hebben om alleen dan wel gezamenlijk de aanbestedingsprocedure te evalueren.

VOG afkorting van verklaring omtrent gedrag

Deze verklaring wordt afgegeven door het Ministerie van Justitie en geldt als aantoonbaar bewijs voor de aanbestedende dienst dat een inschrijver aan een aantal uitsluitingscriteria wordt voldaan.

⁹ <www.pianoo.nl/>

¹⁰ Europa NU, *Richtlijn*, <www.europa-nu.nl/9353000/1/j9vvh6nf08temv0/vh7bhovynh7>

¹¹ Nederlands talige online versie TED:

<ted.europa.eu/Exec?Template=TED/editorial_page.htm&DataFlow=ShowPage.dfl&StatLang=NL>

INHOUDSOPGAVE

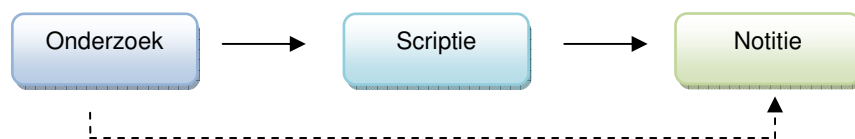
VOORWOORD	2
SAMENVATTING	3
LEESWIJZER	4
1. INLEIDING	10
1.1. DEFINITIE (EUROPEES) AANBESTEDEN	11
1.2. HISTORIE	11
1.2.1. JURIDISCH KADER	11
1.2.2. RECHTSBEGINSELEN	14
1.3. EUROPEES VS. NATIONAAL AANBESTEDEN	15
1.4. AANBESTEDEN IN DE PRAKTIJK	16
1.5. METHODIEK	17
1.5.1. DOELSTELLING	17
1.5.2. RANDVOORWAARDEN	18
1.5.3. METHODIEK VAN ONDERZOEK	18
2. “DE VOORFASE”	19
2.1. BETROKKEN PARTIJEN	19
2.1.1. DE OVERHEID	19
2.1.2. DE INSCHRIJVER	21
2.2. VOORBEREIDINGEN IN DE VOORFASE	21
2.2.1. DE AANBESTEDENDE DIENST IN DE VOORFASE	21
2.2.2. DE INSCHRIJVER IN DE VOORFASE	22
2.3. SAMENVATTING	24
3. “DE INSCHRIJVINGSFASE”	26
3.1. AANBESTEDINGSPLICHTIGE OPDRACHT	26
3.1.1. UITZONDERINGEN	27
3.2. DREMPELBEDRAGEN	28
3.2.1. SPLITSINGSVERBOD	29
3.2.2. LOOPTIJD	29
3.2.3. VERLENGING	29
3.3. AANBESTEDINGSPROCEDURES	30
3.3.1. DE OPENBARE PROCEDURE	30
3.3.2. DE NIET-OPENBARE PROCEDURE	31
3.3.3. CONCURRENTIEGERICHTE DIALOOG	32
3.3.4. PROCEDURE VAN GUNNING VIA ONDERHANDELINGEN (MET OF ZONDER AANKONDIGING)	32
3.3.5. PRIJSVRAAG VOOR ONTWERPEN	32
3.3.6. DYNAMISCH AANKOOPSYSTEEM	33
3.3.7. RAAMOVEREENKOMSTEN	33

3.4. START VAN DE AANBESTEDINGSPROCEDURE	33
3.4.1. DE AANKONDIGING	34
3.4.2. VRAGENRONDE	34
3.4.3. NOTA VAN INLICHTINGEN	35
3.5. SELECTEREN EN GUNNEN	35
3.5.1. SELECTIECRITERIA.	36
3.5.2. GUNNINGSCRITERIA	38
3.6. SAMENVATTING	39
 4. “DE EVALUATIEFASE”	 41
 4.1. DE GUNNING	 41
4.2. JURIDISCH KADER RECHTSBESCHERMING	42
4.2.1. RECHTSBESCHERMING OP EUROPEES NIVEAU	42
4.2.2. RECHTSBESCHERMING OP NATIONAAL NIVEAU	43
4.3. RECHTSBESCHERMING IN DE DAGELIJKE PRAKTIJK	43
4.3.1. BEROEP	44
4.3.2. BEZWAAR	45
4.4. DE EVALUATIE VAN HET AANBESTEDINGSTRAJECT	45
4.5. SAMENVATTING	46
 5. KANSRIJK INSCHRIJVEN	 47
 5.1. ONDERZOEKSONDERBOUWING HOOFDSTUK 5	 47
5.2. ALGEMENE TIPS EN ADVIEZEN	47
5.3. TIPS EN ADVIEZEN BIJ DE VOORFASE	48
5.4. TIPS EN ADVIEZEN BIJ DE INSCHRIJVINGSFASE	48
5.5. TIPS EN ADVIEZEN BIJ DE EVALUATIEFASE	48
5.6. SAMENVATTING	49
 6. CONCLUSIE	 51
 6.1. INVLOED VAN HET JURIDISCH KADER OP HET AANBESTEDINGSTRAJECT	 51
6.2. KANSRIJK INSCHRIJVEN BINNEN DE AANBESTEDINGSREGELS	52
6.2.1. INVLOED VOORFASE OP KANSRIJK INSCHRIJVEN	52
6.2.2. INVLOED INSCHRIJVINGSFASE OP KANSRIJK INSCHRIJVEN	52
6.2.3. INVLOED EVALUATIEFASE OP KANSRIJK INSCHRIJVEN	53
6.3. AANBEVELINGEN VOOR DE PRAKTIJK	54
 LITERATUURLIJST	 55
 GERAADPLEEGDE LITERATUUR	 55
REGELGEVING	55
RECHTSPRAAK	57
RAPPORTEN	57
INTERNETBRONNEN	58
 BIJLAGEN	 59
 FIGUREN	 59

1. INLEIDING

Deze scriptie is een uitgebreide versie van een notitie geschreven voor Appeldoorn Tendermanagement en haar klanten met betrekking tot het juridisch correct doorlopen van een aanbestedingstraject en daarnaast het kansrijk inschrijven op een (Europese) aanbesteding.¹²

De notitie is een overzichtelijke informatiebron voor inschrijvers op aanbestedingen. Op basis van informatie verzameld via onderzoek wordt een scriptie geschreven waaruit de notitie volgt. In deze scriptie is een uitgebreide juridische onderbouwing van het aanbestedingsrecht alsmede het onderzoek naar de (subjectieve) factoren om een inschrijving kansrijk te maken opgenomen.



Figuur 1: Van onderzoek naar scriptie naar notitie

Alvorens inhoudelijk in te gaan op het aanbestedingsrecht allereerst een korte inleiding op het onderwerp (Europees) aanbesteden alsmede een samenvatting van de onderzoeksmethodiek. Vanaf hoofdstuk 2 is het onderzoek opgebouwd aan de hand van het door Appeldoorn Tendermanagement gehanteerde tender-verkoopmodel¹³ wat drie fases hanteert: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase.

Het tender-verkoopmodel[©] omvat het gehele inschrijvingsproces bij aanbestedingen in drie opeenvolgende fases:

- De voorfase;
Waarin het contact tussen inschrijver en aanbestedende dienst alsmede organisatorische voorbereiding centraal staat.
- De inschrijvingsfase;
Lopend van aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst en eindigend bij het verlopen van de inschrijvingstermijn.
- De evaluatiefase.
Analyse van eventuele succes- en faalfactoren. Deze fase staat in het teken van verbetering van het proces en voorbereidingen op een eventuele volgende inschrijving en mogelijke juridische stappen.

De theoretische kant van deze fases komt in genoemde volgorde aan bod in hoofdstuk 2 tot en met 4. Hoofdstuk 5 staat in het teken van het commerciële aandeel in het aanbestedingsproces, overige (subjectieve) factoren van invloed op een inschrijving. Gebaseerd op vorenstaande bevat hoofdstuk 6 de conclusies en aanbevelingen.

¹² Zie Leeswijzer pagina 4

¹³ Zie figuur 2: Het tender-verkoopmodel[©]



Figuur 2: Tender-verkoopmodel(c)

1.1. Definitie (Europees) aanbesteden

Enigszins verbazingwekkend, maar er is geen eenduidige en specifieke definitie van het begrip (Europees) aanbesteden. Echter, er zijn wel een aantal gebruikte definities:

- *Aanbestedingsrecht: "het geheel van rechtsregels dat het gedrag van overheidsopdrachtgevers rond de uitgifte van opdrachten voor het uitvoeren van werken, het leveren van producten en het verrichten van diensten normeert."*¹⁴
- *Aanbesteden (inkopen) is het proces dat vooraf gaat aan het verstrekken van een opdracht aan een derde voor de uitvoering van werken of de levering van diensten of producten.*¹⁵
- *Aanbesteden is elk proces dat leidt tot een factuur.*¹⁶

Kortom, aanbesteden is het plaatsten van een opdracht conform Europese en Nationale wet- en regelgeving door (semi)overheden waarop een dienstverlener of een leverancier in kan schrijven met als doel de interne markt, in- en verkoop van diensten, leveringen en werken, te stimuleren. In het onderzoek wordt de volgende definitie gehanteerd:

Europees aanbesteden: "een inkoopmethode voor (semi)overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde."

1.2. Historie

Ter uitwerking van de historie in deze paragraaf een verdieping van het algemene juridisch kader omtrent (Europees) aanbesteden en de hieraan gelieerde aspecten.

1.2.1. Juridisch kader

Internationale wet- en regelgeving

Op 1 januari 1995 is in Genève door ondertekening van 23 landen de World Trade Organisation (WTO) opgericht¹⁷. Het WTO is de opvolger van de General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Een van de doelstellingen is het stimuleren van de (internationale) handel. Het WTO omvat 95% van de wereldhandel en inmiddels zijn 153 landen¹⁸ lid van de WTO. In het kader van het WTO is op 1 januari 1996 het Agreement on Government Procurement in werking getreden (GPA).

¹⁴ Pijnacker Hordijk en anderen 2004, pagina 1

¹⁵ Nota aanbestedingsbeleid gemeente Utrecht 1999

¹⁶ Nota aanbestedingsbeleid gemeente Utrecht 1999

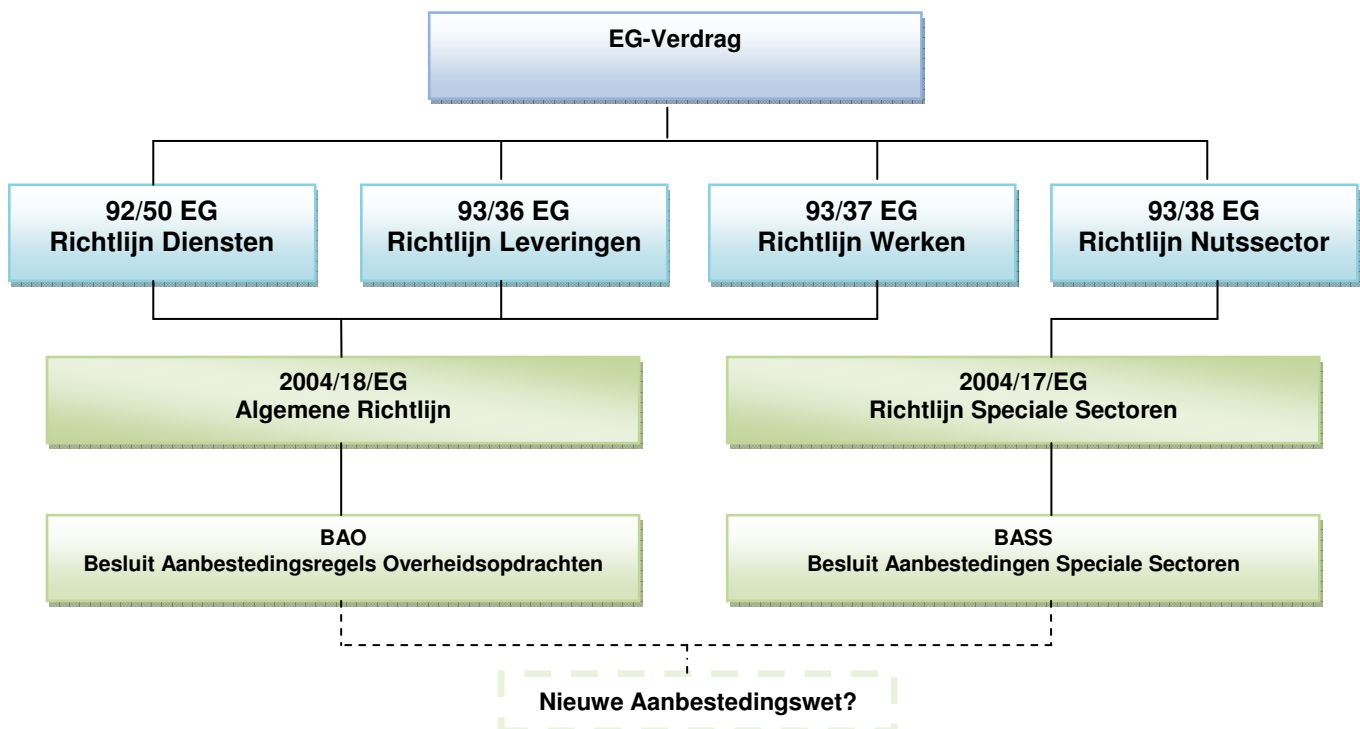
¹⁷ Uruguay Round negotiations (1986-94) Geneve 1 januari 1996

¹⁸ Geldend op 23 juli 2008

Het GPA regelt overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en dient te worden toegepast door de partijen waaronder de Europese Unie, maar heeft geen directe werking hetgeen betekent dat burgers zich niet rechtstreeks bij de rechter kunnen beroepen om bepalingen uit het GPA. Hiervoor is implementatie, omzetting naar Nationaal recht, vereist.¹⁹

Ter volledigheid wordt in verband met aanbesteden de Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) genoemd. Deze is in 1961 in Parijs opgericht en is een samenwerkingsverband tussen 30 lidstaten waaronder Nederland. Het OECD heeft regelgeving opgesteld onder andere ter voorkoming van concurrentiebeperkende maatregelen en ter bevordering van de internationale handel. Deze regelgeving is niet bindend, maar iedere lidstaat heeft een Nationaal Contact Punt (NCP) die zorg dient te dragen voor het bevorderen van het naleven van de regelgeving.

Europese wet- en regelgeving



Figuur 3: Juridisch kader (Europees) aanbestedingsrecht

De Europese Unie (EU) heeft als doel het bevorderen van een harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele EU. Ter realisatie van deze doelstelling is er het streven naar een interne markt welke gekenmerkt wordt door de afschaffing van hinderpalen tussen de lidstaten voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal²⁰, ook wel de vier vrijheden genoemd.

¹⁹ Zie leeswijzer pagina 5 voor uitleg van de begrippen directe werking en implementatie

²⁰ Respectievelijk artikelen 23, 39, 49 en 56 (EG-Verdrag, 1958)

Het aanbestedingsrecht is een uitvloeisel van de gedachte van de interne markt. Het doel van de aanbestedingsrichtlijnen is het tot stand brengen van één transparante overheidsmarkt, waarbij ondernemingen uit de verschillende lidstaten op voet van gelijkheid op elkaars markten naar overheidsopdrachten kunnen meedingen en waarbij er sprake is van een effectieve, internationale concurrentie.²¹

Ter realisatie van de interne markt heeft de Europese Commissie onder andere aanbestedingsrichtlijnen opgesteld. De eerste richtlijn dateert van 1971.²² De complete Europese invulling van de regelgeving omtrent aanbesteden heeft plaatsgevonden middels:

- Richtlijn Diensten, richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, PB 1992, L 209/1, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52;
- Richtlijn Leveringen, richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, PB 1993, L 199/1, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52;
- Richtlijn Werken, richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 17 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB 1993, L 199/54, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52;
- Richtlijn Nutssectoren, richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, PB 1993, L 199/84, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/4.

Deze richtlijnen zijn de voorgangers van de nu geldende Europese aanbestedingsrichtlijnen²³ en sinds het in werking treden van de richtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG ingetrokken. Verwijzingen naar deze richtlijnen gelden als verwijzingen naar de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen.²⁴

Europese aanbestedingsrichtlijnen

Om het aanbestedingsrecht te uniformeren, moderniseren en te vereenvoudigen is in 2004 besloten om deze vier richtlijnen te vervangen door de richtlijn 2004/17/EG²⁵ betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, ook wel de nieuwe richtlijn Nutssectoren genoemd en richtlijn 2004/18/EG²⁶ betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, ook wel de Algemene richtlijn genoemd.

De toepassing van de richtlijnen moet zorgen voor een professioneler inkoopproces voor overheidsopdrachten.²⁷

²¹ De interne markt was het begin van Europees Aanbestedingsrecht, echter in Nederland werd openbaar aanbesteden voor de Rijksoverheid verplicht in het jaar 1815. Het doel destijds was om een doelmatig beheer van middelen en het bestrijden van corruptie bij ambtenaren te bewerkstelligen

²² Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971, PB 1971, L 185/5

²³ Zie leeswijzer pagina 7

²⁴ Pijnacker Hordijk en anderen 2004 pagina 18

²⁵ Richtlijn nr. 2004/17/EG PB L134/1

²⁶ Richtlijn nr. 2004/18/EG PB L134/114

²⁷ Overheidsopdrachten maken 16% uit van het Bruto Binnenlands Product (BBP) van de EU

Nationale wet- en regelgeving

De Europese aanbestedingsrichtlijnen hebben geen directe werking. Nederland is verplicht om de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG om te zetten naar nationale regelgeving/te implementeren. Dit is gebeurt middels het Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren (BASS)²⁸ en het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO)²⁹ welke op 1 december 2005 in werking zijn getreden.

Deze besluiten bevatten regels voor het verstrekken van opdrachten door de overheid en door bepaalde bedrijven in de nutssectoren (water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten). Het Ministerie van Economische Zaken heeft zelf de invulling gegeven aan het wettelijk kader aan de hand van de Europese aanbestedingsrichtlijn. Het BAO en het BASS kunnen gezien worden als een vertaling en uitwerking van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Er zijn concrete plannen om het gehele Nationale aanbestedingsrecht op de schop te nemen en onder te brengen in een nieuwe Aanbestedingswet. Het eerste wetsvoorstel is op 8 juli 2008 door de Eerste Kamer verworpen. Met een nieuwe Aanbestedingswet wilde het kabinet een modern wettelijk kader voor het aanbesteden maken.

Het Ministerie van Economische Zaken heeft echter op 29 april 2009 de openbare consultatie gestart betreffende het nieuwe (tweede) conceptvoorstel Aanbestedingswet. Een ieder mag voor 17 juni 2009 reageren op het nieuwe wetsvoorstel. Alle reacties worden vervolgens gebruikt bij de verdere uitwerking van het wetsvoorstel.³⁰



1.2.2. Rechtsbeginselen

Naast de wet- en regelgeving rondom aanbesteden, spelen rechtsbeginselen een cruciale rol binnen het aanbesteden. In het EG-verdrag worden de zogenoemde vier vrijheden genoemd:

- Vrij verkeer van goederen;
- Vrijheid van vestiging;
- Vrij verlenen van diensten;
- Vrijheid van kapitaal.

²⁸ Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren), *stb.* 2005, 409

²⁹ Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten), *stb.* 2004, 408

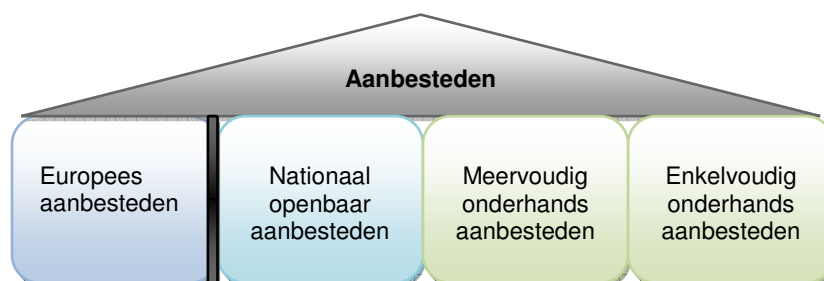
³⁰ Ministerie van Economische Zaken, *Consultatie Wetsvoorstel Aanbestedingswet*, </www.ez.nl/Onderwerpen/Huidige_economie/Aanbestedingen/Consultatie_Wetsvoorstel_Aanbestedingswet>

Op het gebied van aanbesteden zijn uit deze vier vrijheden de algemene beginselen afgeleid, welke deels zijn genoemd richtlijn 2004/18/EG en het BAO;³¹

- Het transparantiebeginsel, genoemd in artikel 2 BAO. Voor de aanbestedingspraktijk houdt dit in dat vooraf met een voor iedereen leesbare beschrijving duidelijk moet zijn wat er verwacht wordt. Beslissingen moeten duidelijk worden gemotiveerd;
- Het non-discriminatiebeginsel en gelijkheidsbeginsel, De strekking van dit beginsel is dat gelijke gevallen ook gelijk behandeld moeten worden. Het is een verbod op elke vorm discriminatie op grond van nationaliteit. Enige vorm van ongerechtvaardigd onderscheid tussen lidstaten is niet toegestaan. Opgenomen in artikel 12 EG-verdrag en artikel 2 BAO. Bij aanbestedingsprocedures houdt dit in dat een ieder op dezelfde wijze moet worden behandeld, en dat iedereen dezelfde informatie moet krijgen;
- Het proportionaliteitsbeginsel, Opgenomen in artikel 5 EG-verdrag om ervoor te zorgen dat besluiten in verhouding staan met het doel. Lidstaten zijn verplicht om het minst ingrijpende middel te kiezen. Technische specificaties, uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectie- en gunningscriteria moeten relevant zijn en in verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht.³²

De algemene beginselen houden voor een aanbestedende dienst in dat deze te allen tijde transparant, objectief en non-discriminatoir dient te handelen en daarbij geen disproportionele eisen mag stellen.

1.3. Europees vs. Nationaal aanbesteden



Figuur 4: Europees / Nationaal aanbesteden

Het initiatief voor het verplicht stellen van aanbesteden voor overheidsopdrachten van aanbestedingsplichtige diensten waarvan de waarde boven een vastgesteld bedrag komt (het drempelbedrag³³), ligt bij de Europese Unie (EU). Opdrachten beneden de Europese drempelbedragen zijn niet verplicht om Europees te worden aanbesteed, en vallen derhalve niet onder het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsregelgeving.

³¹ Richtlijn 2004/18/EG rechtsoverweging 2, BAO paragraaf 2

³² PIANOo, metrokaart; Punt 2; *wat zijn de beginselen van aanbesteden*
<metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn2/antwoord2-2.html>

³³ Zie bijlage 1: Europese drempelbedragen

Zowel bij Europees aanbesteden als bij Nationaal aanbesteden is het voor de aanbestedende dienst verplicht om te voldoen aan de algemene beginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. Om dit te reguleren en om een professioneel inkoopproces te waarborgen kan er lokaal beleid worden opgesteld. De nationale aanbestedingsprocedures treffen vaak vele gelijkenissen met de Europese aanbestedingsprocedures. Ook komt het in de praktijk voor dat voor een nationale aanbestedingsprocedure de Europese regelgeving (deels) van toepassing wordt verklaard door de aanbestedende dienst.

Als grenswaardes voor aanbestedingsprocedures gebruikt men in de praktijk vaak:

- Onder € 10.000 onderhandse enkelvoudige gunning;
- Tussen € 10.000 en € 90.000 meerder offertes opvragen (minimaal 3) of openbare aanbesteding via een website of regionaal dagblad;
- Boven € 90.000 tot de Europese drempelwaarde van € 211.000 openbaar aanbesteden met een publicatie op nationaal niveau via een website (bijvoorbeeld aanbestedingskalender) of in een landelijk dagblad;
- Boven de Europese drempelbedragen verplicht Europees aanbesteden.³⁴

1.4. Aanbesteden in de praktijk

Aanbesteden is een inkoopmethode voor (semi) overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde.

In de praktijk vertaalt deze definitie zich naar de verplichting om aan te besteden voor een aanbestedende dienst, (semi) overheden, hieronder vallen:

- | | |
|-------------|--|
| Centraal: | ▪ De staat; |
| Decentraal: | ▪ Provincies; |
| | ▪ Gemeenten; |
| | ▪ Waterschappen; |
| | ▪ Publiekrechtelijke instellingen; |
| | ▪ Of een samenwerkingsverband van dezen. |

De verplichting voor een aanbestedende dienst om aan te besteden ontstaat wanneer een opdracht boven een bepaald bedrag komt, de drempelbedragen. Per verschillende overheidsopdracht gelden specifieke drempelbedragen, deze zijn opgenomen in de Europese en nationale wet- en regelgeving en worden om de twee jaar opnieuw vastgesteld.

Voor opdrachten beneden de Europese drempelbedragen³⁵ staat het decentrale overheden vrij om een eigen aanbestedingsbeleid te ontwikkelen. Een dergelijk aanbestedingsbeleid is geformuleerd vanuit het oogpunt van de publieke verantwoordelijkheid. Zij hebben namelijk de verantwoordelijkheid om op zorgvuldige wijze de gemeenschapsgelden zo doelmatig mogelijk te besteden.

Zodra een opdracht wordt aanbesteed hebben alle geïnteresseerde (grote en kleine) bedrijven de mogelijkheid om in te schrijven op de opdracht en mee te dingen naar het binnenhalen van de opdracht.

³⁴ Aanbestedingen online, <www.aanbestedingenonline.nl/?Actueel/Welke%20procedure%3F>

³⁵ Zie bijlage 1: Europese drempelbedragen

1.5. Methodiek

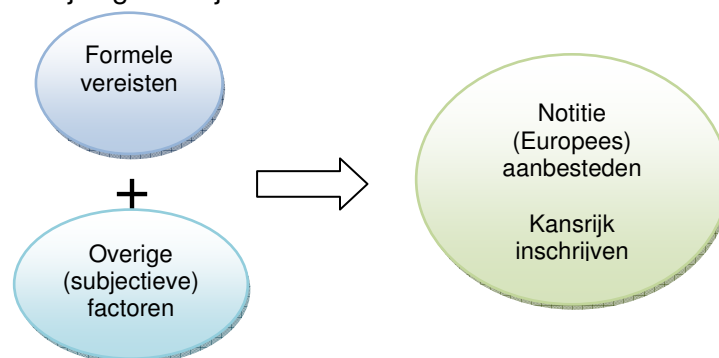
In deze paragraaf komen alle aspecten aan bod met betrekking tot de methode van onderzoek³⁶. Zoals in de inleiding reeds is aangegeven vormt deze notitie de onderzoeksonderbouwing voor de notitie welke is geschreven in opdracht van Appeldoorn Tendermanagement. Deze paragraaf bevat dan ook een tweedeling naar de scriptie en de notitie.

1.5.1. Doelstelling

Deze scriptie is geschreven vanuit de vraag van Appeldoorn Tendermanagement naar een recente notitie met inhoudelijke informatie met betrekking tot de in de praktijk meest voorkomende situaties bij het inschrijven op (Europese) aanbestedingen voor leveringen en diensten.³⁷ Op basis van vorenstaande is de volgende vraagstelling voor de notitie geformuleerd:

Vraagstelling:

Hoe doorloopt een gegadigde op juridisch correcte wijze een inschrijvingsproces voor een (Europese) aanbesteding voor leveringen of diensten en welke overige (subjectieve) factoren bepalen of een inschrijving kansrijk is?



Figuur 5: Notitie (Europees) Aanbesteden

Om een antwoord te geven op deze vraagstelling wordt de volgende doelstelling gehanteerd:

Doelstelling:

Het schrijven van een notitie voor Appeldoorn Tendermanagement en haar klanten waarin wordt beschreven hoe organisaties kansrijk in kunnen schrijven op een (Europese) aanbesteding voor diensten of leveringen in het tijdsbestek van 9 februari tot en met 15 mei 2009.

Alvorens te komen tot het schrijven van de notitie wordt er een onderzoek verricht naar (Europees) aanbesteden. In het onderzoek passeren de drie onderstaande punten de revue:

- Welke basiskennis is vereist om actief te kunnen zijn in het aanbestedingsproces?
- Aan welke vereisten moet een inschrijver voldoen om uitsluiting te voorkomen?
- Wat zijn overige subjectieve factoren die een rol spelen bij een kansrijke inschrijving?

³⁶ Zie bijlage 2: Onderzoeksplan

³⁷ Probleemstelling: het niet aanwezig zijn van een recente notitie over (Europees) aanbesteden



Figuur 6: Onderzoek (Europees) aanbesteden

1.5.2. Randvoorwaarden

Het onderzoek naar de vraag- en doelstelling kent een aantal randvoorwaarden in verband met de mogelijkheden van het onderzoek. Er is gekozen voor een verkorte handleiding met als onderwerp de basis van (Europese) aanbestedingen. Aan bod komen alle relevante aspecten voor een kansrijke inschrijving. Hierbij wordt uitgegaan van aanbestedingen voor diensten en leveringen. Naar aanbestedingen van werken zal geen nader onderzoek worden verricht. Daarnaast worden de nutssectoren, ook wel de speciale sectoren, buiten beschouwing gelaten. Deze randvoorwaarden hebben tot gevolg dat in het onderzoek richtlijn 2004/18/EG en het BAO centraal staan.

De notitie is gericht op bedrijven en organisaties die nu of in de toekomst betrokken (gaan) zijn bij het inschrijven op aanbestedingen. Er wordt uitgegaan van een geringe kennis van het (Europees) aanbestedingsrecht.

De scriptie bevat een beschrijving van alle onderwerpen die aan bod komen in de notitie met een meer juridische onderbouwing van de gevonden informatie en resultaten.

1.5.3. Methodiek van onderzoek

Om te komen tot het behalen en hiermee beantwoorden van de doel- en vraagstelling zal er een praktisch relevant onderzoek worden verricht. Het onderzoek en de daaruit voortkomende documenten zijn gericht op het geven van inzicht in de inschrijvingsprocedure bij aanbestedingen. Bekeken wordt wat in de praktijk een succesvolle manier kan zijn van inschrijven op een aanbesteding. Hier komt uiteraard ook een theoretische relevantie bij kijken aangezien het nodig is om voldoende basiskennis te hebben alvorens dit in de praktijk te gebruiken en naar een juridisch correcte en kansrijke inschrijving te brengen.

Het onderzoek bestaat dan ook uit:

- Deskresearch, het bestuderen van relevante en recente wet- en regelgeving, jurisprudentie, literatuuronderzoek;
- Fieldresearch, gebruik maken van kennis van betrokkenen, gesprekken en interviews met specialisten op het gebied van inschrijven op een aanbesteding.

Middels dit onderzoek zal er gekomen worden tot een bruikbare notitie alsmede de afstudeerscriptie welke invulling zal geven aan het onderwerp correct en kansrijk inschrijven op (Europese) aanbestedingen.

2. “DE VOORFASE”

Zoals reeds naar voren is gekomen in de inleiding, maakt de voorfase deel uit van het Tender-verkoopmodel©.



Figuur 7: Tender-verkoopmodel(c)

Het tender-verkoopmodel© omvat het gehele inschrijvingsproces bij aanbestedingen in drie opeenvolgende fases:

- De voorfase, waarin het contact tussen inschrijver en aanbestedende dienst alsmede organisatorische voorbereiding centraal staat;
- De inschrijvingsfase, lopend van aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst en eindigend bij het verlopen van de inschrijvingstermijn;
- De evaluatiefase, analyse van eventuele succes- en faalfactoren. Deze fase staat in het teken van verbetering van het proces en voorbereidingen op een eventuele volgende inschrijving en mogelijke juridische stappen.

De hoofdstukindeling is opgesteld aan de hand van de fases tijdens het inschrijvingsproces. Dit hoofdstuk zal alvorens in te gaan op de voorfase eerst een inhoudelijke verdieping geven omtrent de betrokken partijen in een aanbestedingsprocedure. In paragraaf 2.2 staan de partijen en de voorbereidingen in de voorfase centraal waarna in paragraaf 2.3 een nadere toelichting volgt op de juridische (on)mogelijkheden. Als afsluiting bevat paragraaf 2.4 een korte samenvatting.

2.1. Betrokken partijen

Binnen het aanbestedingstraject zijn verschillende partijen te onderscheiden. De overheid neemt een aparte positie in aangezien zij te maken heeft met het vertegenwoordigen van verschillende belangen.

2.1.1. De overheid

De overheid is belast met het realiseren van wet- en regelgeving voor de aanbestedingsprocedures. Bij deze wetgevende taak handelt de overheid vanuit het standpunt om de interne markt te stimuleren en te bevorderen. Tevens is zij verplicht en bevoegd om de Europese regelgeving te implementeren naar nationale regelgeving.

Aanbestedende dienst

De overheid is naast wetgever op het gebied van aanbestedingsrecht ook een aanbestedende dienst. Gebaseerd op artikel 1 lid r BAO valt onder het begrip aanbestedende dienst:

- | | |
|-------------|---|
| Centraal: | ▪ De staat; |
| Decentraal: | ▪ Provincies,
als bestuursseenheid van de Nederlandse staat; |
| | ▪ Gemeenten,
kleinste zelfstandige bestuursseenheid binnen de staat; |
| | ▪ Waterschappen,
opgesteld door de provincie met als taak het beschermen van het
land tegen water, zorgen voor land en vaarwegen en waterkwaliteit; |
| | ▪ Publiekrechtelijke instellingen; |
| | ▪ Of een samenwerkingsverband van dezen. |

Onder publiekrechtelijke instelling wordt verstaan:

een instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit (cumulatieve eisen) en waarvan:

- a) De activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, of;
- b) Het beheer onderworpen is aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling, of;
- c) De leden van het bestuur, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.³⁸

Richtlijn 2004/18/EG heeft een lijst opgenomen van wat precies valt onder het begrip aanbestedende dienst en welke instellingen per EU-land worden gekwalificeerd als publiekrechtelijke instelling.³⁹

De in de lijst opgenomen opsomming is niet limitatief, wat betekent dat een instelling die niet op de lijst staat, niet automatisch is vrijgesteld van de aanbestedingsplicht. Bij het bepalen of er sprake is van een publiekrechtelijke instelling wordt er door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (HvJEG) gekeken naar de intentie van de richtlijn anders dan naar de woordelijke bepaling. Een zogenoemde functionele uitleg aan het begrip aanbestedende dienst. Dit heeft ervoor gezorgd dat de omvang van het begrip aanbestedende dienst wordt bepaald door middel van Europese en Nationale rechtspraak.

Vanwege onduidelijkheid omtrent de reikwijdte van het begrip publiekrechtelijke instelling is deze meerdere malen aan bod gekomen in jurisprudentie. Een voorbeeldzaak in deze is de zaak waarin betwist wordt of het Amphia Ziekenhuis als een publiekrechtelijke instelling beschouwd dient te worden. Het Hof van Arnhem heeft in opeenvolging van de Hoge Raad bepaald dat het Amphia ziekenhuis niet als een publiekrechtelijke instelling gekwalificeerd mag worden en hiermee niet aanbestedingsplichtig is. Vorenstaande is gebaseerd op de volgende argumentatie:

De Hoge Raad oordeelde dat bij de beoordeling of er sprake was van een algemeen belang anders dan van commerciële aard, rekening moet worden gehouden met het feit dat ziekenhuizen met andere ziekenhuizen concurreren. Ziekenhuizen worden aangestuurd op rendement, doelmatigheid en rentabiliteit en dragen in toenemende mate exploitatierisico's. Daarnaast was er volgens de Hoge Raad geen sprake van overheidsfinanciering. Hiervan is namelijk alleen sprake als er tegenover de vergoeding geen specifieke prestatie staat.

³⁸ Artikel 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG juncto artikel 1 lid q BAO

³⁹ Zie bijlage 3 en 4: Lijst van aanbestedende diensten en publiekrechtelijke instellingen

Bij het Amphia ziekenhuis was dit niet het geval, want tegenover de door de Ziekenfondswet verstrekte gelden stond namelijk wel een specifieke tegenprestatie, te weten zorg die zij krachtens gesloten overeenkomsten diende te verlenen.⁴⁰

Momenteel verschillen de meningen over de stelling of een ziekenhuis nu wel of niet aanbestedingsplichtig is. Per verschillende opdracht zullen in ieder geval de vereisten van artikel 1 lid q BAO doorlopen moeten worden om te bekijken of aan alle vereisten is voldaan en daarmee het ziekenhuis aanbestedingsplichtig is.⁴¹

2.1.2. De inschrijver

Een inschrijver⁴² is degene, natuurlijke of rechtspersoon, die een inschrijvingsdocument indient op de aankondiging tot opdracht aan de hand van de eisen en voorwaarden gesteld door de aanbestedende dienst in de aanbestedingsdocumentatie. Om te definiëren wie onder inschrijver voor aanbestedingen van diensten of leveringen valt wordt gehanteerd:

- Dienstverlener: een ieder die diensten op de markt aanbiedt.⁴³
- Leverancier: een ieder die producten op de markt aanbiedt.⁴⁴

Een ieder kan inschrijven op een aanbesteding. Het staat de aanbestedende dienst vrij om tot op zekere hoogte -de aanbestedingsbeginselen zoals proportionaliteit, gelijkheid etc. in acht nemend- eisen te stellen aan de inschrijver. Als een inschrijver niet voldoet aan de rechtmatig gestelde eisen van de aanbestedende dienst, dan kan deze uitgesloten worden van de aanbestedingsprocedure. Een nadere uitwerking met betrekking tot de selectiecriteria is opgenomen in paragraaf 3.5.1.

2.2. Voorbereidingen in de voorfase

Bij aanbestedingen spelen de partijen genoemd in de eerste paragraaf ieder een aparte rol. Zij zullen dan ook ieder op hun eigen manier actief zijn in de verschillende fases in een aanbestedingstraject. Deze paragraaf spitst zich toe op de voorfase van een aanbestedingsprocedure. Om dit te kunnen bekijken vanuit de inschrijver volgt eerst een beschrijving van de voorbereidingen van de aanbestedende dienst.

2.2.1. De aanbestedende dienst in de voorfase

De aanbestedende dienst moet voordat daadwerkelijk gestart wordt met de aanbestedingsprocedure bepaalde voorbereidingen treffen. Deze voorbereidingen vinden plaats in de voorfase, voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging tot opdracht.

Voor een aanbestedende dienst is het van belang om te bepalen wat de inkoopbehoefte is. In de praktijk komt het regelmatig voor dat dit een taak is van een inkoopafdeling gezamenlijk met de eindgebruiker en/of de afdeling met vakinhoudelijke kennis.

Voor het nader bepalen van de inkoopbehoefte kan marktconsultatie een belangrijke rol spelen voor de aanbestedende dienst. Zij is niet altijd op de hoogte van de markt en de mogelijkheden en zal zich hierop oriënteren. Bij marktconsultatie wordt gebruik gemaakt van de kennis en ervaring van marktpartijen om de opdracht passend bij de inkoopbehoefte te formuleren.

⁴⁰ Hoge Raad 1 juni 2007, LJN AZ 9872, Amphia ziekenhuis

⁴¹ Zie ook: Van Leeuwen, 'De aanbestedingsplicht van een algemeen ziekenhuis'

.<www.akd.nl/nieuws/actueel/1696.aspx#De_aanbestedingsplicht_van_een_algemeen_ziekenhuis>

⁴² Zie leeswijzer pagina 6

⁴³ Artikel 1 lid f BAO

⁴⁴ Artikel 1 lid e BAO

Omtrent marktconsultatie⁴⁵ is het een en ander nader bepaald. Voorop staat dat indien er gebruik wordt gemaakt van marktconsultatie, dit zorgvuldig en transparant dient te gebeuren, en dat deze de mededinging niet mag uitschakelen. Om dit te waarborgen kan de aanbestedende dienst er bijvoorbeeld voor kiezen om alle resultaten en bevindingen tijdens de marktconsultatie openbaar te maken voor alle betrokken partijen.

Marktconsultatie kan formeel plaatsvinden. Hierbij wordt de marktconsultatie vooraf aan betrokken partijen bekend gemaakt, of informeel waarbij de aanbestedende dienst met een door hem zelf geselecteerde (en misschien op initiatief van) ondernemer van gedachte wisselt over het vormgeven van de opdracht. Formele marktconsultatie vindt plaats na de bekendwording hiervan aan de partijen. Informele marktconsultatie kan plaatsvinden voor het publiceren van de vooraankondiging, maar vindt veelal plaats (als er sprake van is) na publicatie van de vooraankondiging. Ondernemers kunnen zelf initiatief nemen om voordat de opdracht gepubliceerd wordt contact op te nemen met de aanbestedende dienst.

Publicatie van de vooraankondiging

Om geïnteresseerde bedrijven optimaal de kans te geven zich voor te bereiden op een aanbesteding, kan de aanbestedende dienst een vooraankondiging publiceren. Hierin kan de aanbestedende dienst een korte beschrijving van de opdracht, adresgegevens en overige relevante informatie opnemen.⁴⁶ Een dergelijke vooraankondiging is niet verplicht voor de aanbestedende dienst en leidt niet tot de verplichting om daadwerkelijk tot aanbesteden over te gaan, maar heeft als doel om een signaal te geven aan geïnteresseerde bedrijven. Een vooraankondiging kan officieel plaatsvinden.⁴⁷ of de aanbestedende dienst kan voor nationale aanbestedingsprocedures de vooraankondiging doen via bijvoorbeeld een website of lokale krant.

De voorfase eindigt voor de aanbestedende dienst bij de publicatie van de aankondiging tot opdracht, ongeacht of hier een vooraankondiging aan vooraf is gegaan.

2.2.2. De inschrijver in de voorfase

Naast de aanbestedende dienst heeft ook de inschrijver in de voorfase de mogelijkheid zich voor te bereiden op een eventuele aanbestedingsprocedure.

Figuur 8: Niet / Wel inschrijven



⁴⁵ Zie paragraaf 2.2.2

⁴⁶ Artikel 35 lid 2 BAO, bijlage 4, onderdeel A.

⁴⁷ Zie paragraaf 3.4. over de werking van het BOPEG

Organisatie (intern)

De eerste belangrijke afweging is of een bedrijf actief wil zijn binnen de overheidsmarkt en zo ja: hoe hieraan het beste vorm gegeven kan worden binnen de organisatie. Indien er voor wordt gekozen een actieve rol te bekleden binnen het aanbestedingstraject dan is het aan de aanbieder om te bepalen hoe zij dit aan gaat pakken. Zijn er bijvoorbeeld vaste personen belast met de verschillende taken voor het inschrijven? In de praktijk komt het regelmatig voor dat binnen een bedrijf een zogenoemde tenderdesk wordt of is opgericht. Een tenderdesk houdt zich bezig met het signaleren van eventuele aanbestedingen en zorgt tijdens de inschrijvingsfase voor een kwalitatieve en kansrijke offerte.

Voor iedere inschrijving zijn bepaalde documenten vereist. De inschrijver kan ervoor zorgen dat deze documenten doorlopend aanwezig en bruikbaar zijn. Voorbeelden hiervan zijn: Uittreksel kamer van koophandel, algemene informatie voor in de inschrijving zoals een omschrijving van de organisatie, een bedrijfspresentatie en bewijsmiddelen om aan te tonen te voldoen aan de selectiecriteria.⁴⁸

Vorbereitung accountmanager: marktconsultatie

Naast deze standaard voorbereiding kan het zinvol zijn voor de aanbieder om voorafgaand aan het bekend worden van een aanbesteding deze vroegtijdig te signaleren en hierop in te spelen middels een bijdrage aan de door aanbestedende dienst uit te voeren marktconsultatie. De aanbestedende dienst kan er voor kiezen om de marktconsultatie openlijk te houden, of een andere vorm van marktconsultatie te bewerkstelligen. Voor enige vorm van marktconsultatie heeft de aanbieder de mogelijkheid daar zelf initiatief toe te nemen.

Tijdens een marktconsultatie gaan beide partijen om de tafel zitten om de wensen en eisen van de aanbestedende dienst voor de toekomstige opdracht in kaart te brengen. Als het gaat om situaties die zodanig complex zijn of uitgebreid kan marktconsultatie een grote toegevoegde waarde hebben.

Het is in een situatie van marktconsultatie mogelijk dat de aanbieder naar de aanbestedende dienst toe komt met suggesties en oplossingen die gunstig zijn voor het eigen bedrijf. Enige sturing is daarbij onvermijdelijk en kan een gunstige uitwerking hebben op de opdracht en de gunning.

De aanbestedende dienst is verantwoordelijk voor het doorlopen van de marktconsultatie binnen de juridische grenzen. De Chinese Wall bepaling is de algemene juridische voorwaarde waarbinnen de aanbestedende dienst moet handelen bij een marktconsultatie.

Chinese Wall bepaling

De Chinese Wall bepaling dient ter voorkoming van het handelen met voorkennis door de inschrijver in de inschrijvingsfase. Het principe is dat een adviseur die ondersteuning biedt bij het opstellen van technische specificaties alleen mee mag dingen naar de opdracht indien hij door zijn adviesfunctie geen wezenlijke voorsprong heeft verkregen op de overige aanbieders, of dat deze aanbieders over dezelfde informatie moeten kunnen beschikken.⁴⁹

⁴⁸ Paragraaf 3.5.

⁴⁹ Kenniscentrum Europa Decentraal, Factsheet 'Aandachtspunten aanbesteden en staatssteun bij gebiedsontwikkeling'; oktober 2007
<www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/praktijk/Factsheet_PPS_def_webversie_okt07.Pdf>

Voor een inschrijver is het van belang om in de voorfase dusdanig deel te nemen dat de aanbestedende dienst het bedrijf niet uit mag sluiten van een aanbesteding omdat de inschrijver betrokken is geweest bij het opstellen van specificaties. Uitgangspunt blijft echter dat de aanbestedende dienst verantwoordelijk blijft om het aanbestedingstraject juridisch correct te doorlopen.

Art VI.4 GPA heeft het volgende met betrekking tot enige vorm van marktconsultatie gesteld: 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 commercieel belang zou kunnen hebben bij de opdracht.

In de praktijk leidt dit tot de conclusie dat een vrijblijvend advies zonder direct aanwijsbaar en op de gegadigde terug te voeren economisch belang met een oplossing die geen uitsluiting van de meeste concurrenten (richtlijn is dat er 5 partijen over moeten blijven waarbij uitzonderingen mogelijk zijn) betekent dat dit binnen de regels van het aanbestedingsrecht is.

Tijdens voorafgaand advies aan de aanbestedende dienst is het van belang te weten dat technische specificaties niet zijn toegestaan wanneer deze: melding maken van een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of bijzonder werkwijze, van een verwijzing naar een merk, een octrooi of type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

Mocht dit onverhoopt toch zijn opgenomen in een opdracht, een bestek, dan is het de taak van iedere inschrijver die er belang bij heeft dit tijdig te melden bij de aanbestedende dienst.

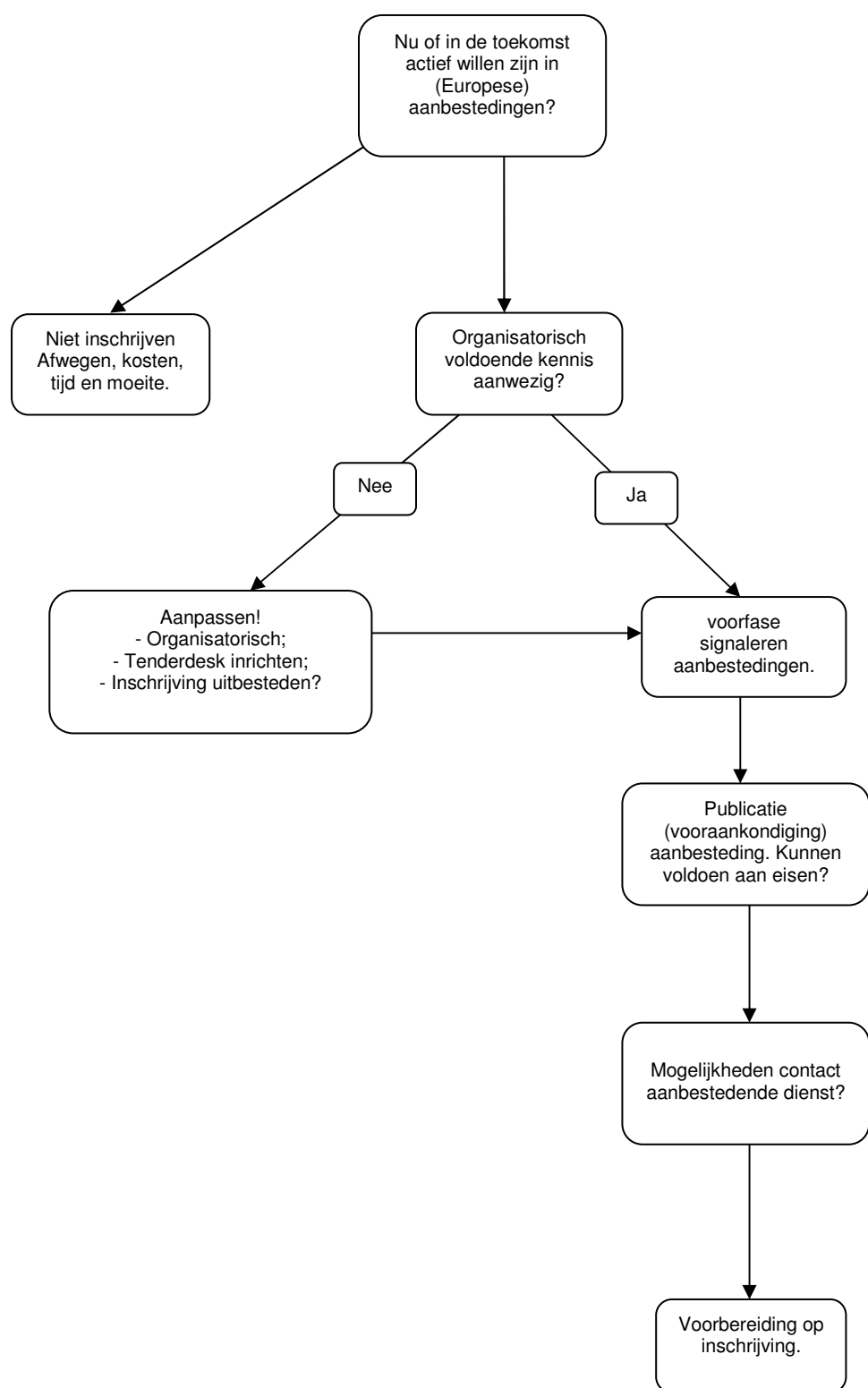
2.3. Samenvatting

Samenvattend kan gezegd worden dat de voorfase bestaat uit signaleren en anticiperen op aanbestedingen. Voor een aanbestedende dienst is het vooral van belang goed in beeld te krijgen wat zij precies wil. Dit kan door middel van het formuleren van de inkoopbehoefte, het verkrijgen van de benodigde kennis en informatie bijvoorbeeld door middel van marktconsultatie, en hoe zij daar invulling aan willen geven.

De voorfase staat voor een inschrijver in het teken van de afweging om wel of niet actief te zijn op de overheidsmarkt en zo ja welke efficiënte en effectieve acties ondernomen kunnen, en juridisch mogen worden. Een schematische weergave van de voorfase voor de aanbieder is opgenomen in figuur 9.

Aandachtspunten binnen de voorfase:

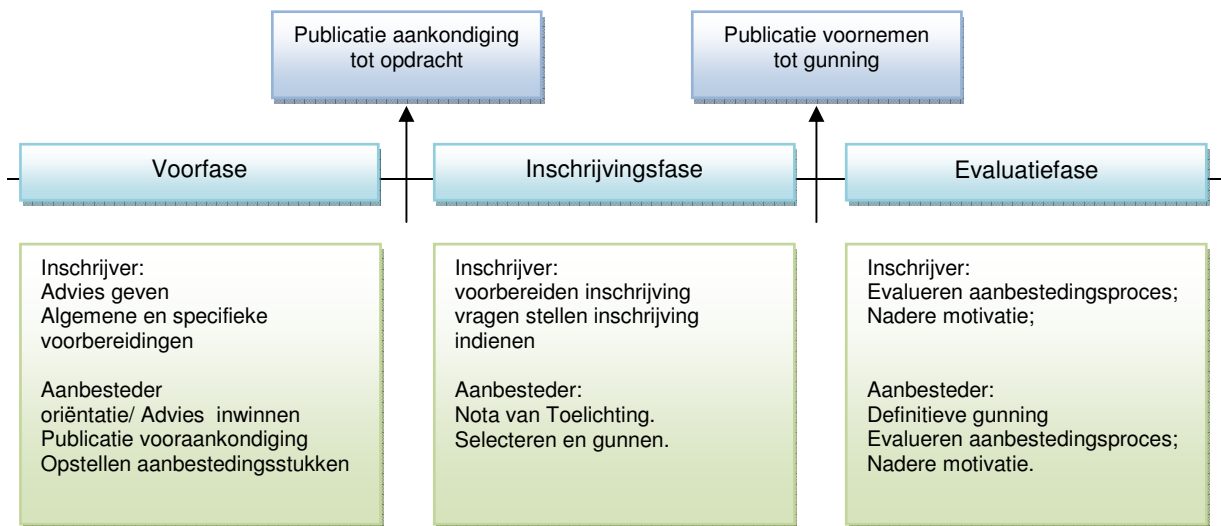
- Zorgvuldig en transparant handelen van de aanbestedende dienst;
- Voorkomen van uitschakeling van de mededinging;
- Technische specificaties in de opdracht conform de eisen van het BAO;
- Voor de aanbestedende dienst handelen binnen de Chinese Wall bepaling in de voorfase.



Figuur 9: De voorfase voor de aanbieder

3. “DE INSCHRIJVINGSFASE”

De voorfase eindigt bij het publiceren van de aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst. Hiermee start de inschrijvingsfase en na deze publicatie is het de taak van de inschrijver om in te schrijven. Na het verlopen van de inschrijvingstermijn eindigt de inschrijvingsfase en start de evaluatiefase.



Figuur 8: Start fases in een aanbestedingstraject

Alvorens in te gaan op de inschrijvingsfase, besteedt paragraaf 3.1 eerst aandacht aan het begrip aanbestedingsplichtige opdracht, en bevat paragraaf 3.2 alle informatie omtrent de drempelbedragen. De verschillende aanbestedingsprocedures komen aan bod in paragraaf 3.3. Paragraaf 3.4 beschrijft vervolgens de start van de inschrijvingsfase. In paragraaf 3.5 komt het selectie en gunningsproces aan bod. Als laatste bevat paragraaf 3.6 een korte samenvatting van de belangrijkste aspecten in de inschrijvingsfase.

3.1. Aanbestedingsplichtige opdracht

Art 1 lid 2 sub a van richtlijn 2004/18/EG geeft de volgende omschrijving met betrekking tot aanbestedingsplichtige opdrachten: *'schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die gesloten zijn tussen één of meer aanbestedende diensten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of het verlenen van diensten.'* In Nederland is dit geïmplementeerd door middel van artikel 7 juncto artikel 8 BAO waarin de reikwijdte van een aanbestedingsplichtige opdracht nader wordt gespecificeerd. Het definiëren van een opdracht tot aanbestedingsplichtige opdracht gebeurt door de rechter doorgaans laagdrempelig. Een opdracht van een (semi) overheid van boven de Europese drempelbedragen, onder bezwarende titel (gelijkwaardige tegenprestatie) is een Europees aanbestedingsplichtige opdracht.

Een aanbestedingsplicht voor leveringen omvat aankoop, huur, lease en huurkoop van producten. Een aanbestedingsplicht voor diensten omvat alle inkopen die niet onder werken of leveringen vallen.⁵⁰

Bepalen aard van de opdracht

Voordat de aanbestedingsprocedure in beeld komt is het aan de aanbestedende dienst om vast te stellen tot wat voor soort categorie de opdracht behoort (werk, dienst, of levering). Indien het een samengestelde opdracht betreft) een combinatie van bijvoorbeeld de levering van een product en aanvullende dienstverlening), is het onderwerp dat de grootste financiële waarde vertegenwoordigt, bepalend voor de categorie waarin de opdracht dient te worden ingedeeld. Als er sprake is van een Europese aanbesteding, dan is het, in verband met taalverschillen of verschillende interpretaties, van belang om een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving te geven van de opdracht. Hiervoor geldt een codesysteem, Common Procurement Vocabulary (CPV).⁵¹ Dit is een uniform classificatiesysteem voor overheidsopdrachten.⁵²

3.1.1. Uitzonderingen

Op de algemene regeling van (Europese) aanbestedingsplichtige opdrachten zijn een aantal uitzonderingen gemaakt. Deze uitzonderingen zijn opgenomen in artikelen 10 tot en met 17 BAO.

- Artikel 10 Opdrachten op het gebied van defensie;
- Artikel 11 Opdrachten waarvan de werking valt onder het BASS;
- Artikel 12 Opdrachten met als doel openbare telecommunicatienetten beschikbaar stellen;
- Artikel 13 Overheidsopdrachten die geheim zijn verklaard;
- Artikel 14 Opdrachten waarbij andere procedurevoorschriften gelden (internationale overeenkomsten);
- Artikel 15 Enkele uitgezonderde opdrachten van de categorie diensten: huur van onroerende zaken, aankoop voor radio-uitzendingen, bemiddeling, opdrachten op financieel of onderzoeksgebied en arbeidsovereenkomsten;
- Artikel 16 Concessieovereenkomsten voor diensten;
- Artikel 17 Opdrachten aan een andere aanbestedende dienst (inbesteden).

Inbesteden

Niet verplicht om aan te besteden zijn opdrachten van een aanbestedende dienst welke binnen de eigen organisatie worden uitgevoerd. In plaats van aanbesteden gaat het bij dergelijke opdrachten om inbesteden.

Hierover is in het Teckal arrest⁵³ het volgende gezegd:

Er is sprake van het verlenen van een 'in-house' opdracht indien een aanbestedende dienst binnen zijn eigen gezagsstructuur een opdracht verstrekt. Er is sprake van een gezagsstructuur als de gemeente toezicht uitoefent op een entiteit zoals op zijn eigen diensten en de entiteit tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeven van de gemeente.

Het Teckal-arrest was het eerste arrest waarin vergaand werd ingegaan op het onderwerp inbesteden. Een van de zaken die hieraan opvolgde was het Stadt Halle arrest.⁵⁴

⁵⁰ Aanbestedingsplichtige opdrachten voor diensten zie ook paragraaf 3.1.1. IIb diensten

⁵¹ Europese Commissie, CPV-Verordening, publicatie 15-maart 2008 PB L 74/1; inwerking getreden per 15 september 2008

⁵² Kennisportal Europese aanbestedingen

<www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding/cpv_codes>

⁵³ HvJEG 18 november 1999, zaak C-107/98; Teckal arrest

In het Stadt Halle arrest wordt de Duitse gemeente Halle veroordeelt wegens het niet juist toepassen van de Europese aanbestedingsregels. Het beroep op het verlenen van een zogenaamde 'in-house' opdracht, gaat volgens het HvJEG niet op. De gemeente Halle bezit weliswaar 75% van de aandelen van de organisatie aan wie zij de opdracht gaf, maar dit betekent nog niet dat zij er toezicht op uitoefent zoals op een eigen gemeente. Het enkele feit dat een private partij ook aandelen van een bedrijf in handen heeft, sluit de mogelijkheid van een 'in-house' opdracht al bij voorbaat uit, zo luidt de uitspraak van het HvJEG.

IIB Diensten

Bij de aanbesteding van diensten bestaat een onderverdeling tussen diensten waarbij het volledige regime van de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing is (IIa) en diensten waarbij slechts een zeer beperkt gedeelte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (IIb) van toepassing is. De IIb diensten zijn aangemerkt als diensten die geen bijdrage leveren aan de eenwording van de interne markt omdat de diensten door nationale dienstverleners (moeten) worden uitgevoerd. Bij IIb diensten is het alleen verplicht om de gunning te publiceren en de algemene regels van het EG-verdrag en de regels van technische specificatie in acht te nemen.

De onderverdeling is neergelegd in de richtlijn zelf en is in het Bao uitgewerkt in twee bijlagen (IIa en IIb), waarin verschillende categorieën van diensten zijn opgesomd.⁵⁵ Zodra een overheidsopdracht kan worden gekwalificeerd als IIb dienst, dan geldt hiervoor een gedeeltelijke aanbestedingsplicht.

3.2 Drempelbedragen

In de definitie is reeds naar voren gekomen dat (Europees) aanbesteden een inkoopmethode is voor (semi)overheden, en dat deze methode verplicht is voor opdrachten boven een bepaalde waarde, de zogenaamde drempelbedragen. De Europese drempelbedragen worden tweejaarlijks vastgesteld in een verordening⁵⁶ van de Europese Commissie. In figuur 9 is een versimpelde weergave van de drempelbedragen voor 2008-2009 weergegeven. Deze drempelbedragen gelden tot 1 januari 2010 waarna een nieuwe verordening met nieuwe drempelbedragen zal volgen.

Opdracht	Bedrag (excl. BTW)
Leveringen	
Centrale overheid	€ 133.000
Andere aanbestedende diensten	€ 206.000
Diensten	
Centrale overheid	€ 133.000
Andere aanbestedende diensten	€ 206.000

Figuur 9: Versimpelde weergave van de Drempelbedragen 2008-2009⁵⁷

⁵⁴ HvJEG 11 januari 2005, zaak C-26/03; Stadt Halle arrest

⁵⁵ PIANOo, '2. Wat moet ik weten over aanbesteden'

<<http://metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn2/antwoord8-2.html>>

⁵⁶ EG-verordening nummer 1422/2007 van de Europese Commissie van 4 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft hun toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten, PB L317/14

⁵⁷ Zie bijlage 1 en het Ministerie van Economische Zaken: 'Nieuwe drempelbedragen per 1 januari 2008' <www.ez.nl/dsresource?objectid=154349&type=PDF>

3.2.1. Splitsingsverbod

Het splitsingsverbod is neergelegd in artikel 9 lid 4 BAO: *‘Een aanbestedende dienst onttrekt zich niet aan dit besluit door voorgenomen werken of voorgenomen aankopen ter verkrijging van bepaalde hoeveelheden leveringen of diensten te splitsen of bijzondere regels te gebruiken voor de berekening van de geraamde waarde van de overheidsopdrachten.’* Artikel 9 BAO bevat geen verdere uitwerking van het splitsingsverbod hetgeen tot gevolg heeft dat per geval de omstandigheden bekeken moeten worden met betrekking tot het splitsingsverbod. Het splitsingsverbod beoogt het tegengaan van splitsing van opdrachten met het doel de werking van de regelgeving te omzeilen en dient ook in deze context toegepast te worden. Splitsen met het doel de wet- en regelgeving te beperken of hieraan te ontkomen is niet toegestaan. Het is wel toegestaan om opdrachten te verdelen in deelprojecten of verschillende fases indien dit door de aanbestedende dienst verantwoord kan worden waarom het voor een project vereist om te opdracht te verdelen. Een opdracht mag ook in deelprojecten of fases worden verdeeld wanneer deze wel volgens de regelgeving worden aanbesteed. De waarde van de afzonderlijke deelprojecten moet bij elkaar opgeteld worden om de totale waarde van de opdracht te bepalen wanneer de deelprojecten gelijktijdig worden aanbesteed.

Uitgangspunt van het splitsingsverbod is:

- Niet splitsen om onder de regelgeving uit te komen;
- Identieke producten of diensten mogen niet gesplitst worden;
- Producten en diensten die bij elkaar horen, zoals de levering van een product met het onderhoud daarvan, moeten samengenomen worden.⁵⁸

3.2.2. Looptijd

Voor het bepalen van de gehele waarde van de totale omvang van de opdracht is het van belang om de looptijd⁵⁹ vast te stellen.

- Voor opdrachten met een vaste looptijd van ten hoogste 12 maanden geldt de totale waarde, dan wel de totale waarde met inbegrip van de geraamde restwaarde wanneer de looptijd meer dan 12 maanden bedraagt;
- Voor opdrachten van onbepaalde tijd of een niet vast te stellen termijn geldt het maandelijks te betalen bedrag maal 48.

Daarnaast is het de regel om te kijken naar de in de eigen branche gebruikelijke looptijd van opdrachten. Wanneer het in de branche gebruikelijk is om contracten met een looptijd van 3 jaar af te sluiten, dan is het niet toegestaan om een opdracht voor onbepaalde duur te gunnen. Het BAO⁶⁰ geeft als richtlijn een gebruikelijke looptijd van 4 jaar.

Bij regelmatig terugkerende opdrachten moet de aanbestedende dienst kijken naar de totale reële waarde tijdens het voorafgaande boekjaar of een voorafgegaan soortgelijke opdracht, indien mogelijk gecorrigeerd met mogelijke wijzigingen.

3.2.3. Verlenging

De aanbestedende dienst kan de mogelijkheid bieden om een contract voor slechts een gedeelte van de beoogde termijn af te sluiten en deze vervolgens één of meerdere keren te verlengen. Verplicht is dan wel dat deze beslissing moet worden meegenomen bij het bepalen van de waarde van de opdracht en dat verlenging slechts is toegestaan indien dit bekend is gemaakt in de aankondiging van de opdracht.

⁵⁸ PIANOo 4. *‘Hoe organiseer ik een Europese aanbesteding?’*

<metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn4/antwoord4-4.html>

⁵⁹ Artikel 9 BAO

⁶⁰ Artikel 9 lid 12 sub b

3.3. Aanbestedingsprocedures

Voor het aanbesteden van (Europese) aanbestedingsplichtige opdrachten door aanbestedende diensten bestaan verschillende procedures. Deze paragraaf geeft een omschrijving van de verschillende Europese aanbestedingsprocedures. Op nationaal niveau (voor overheidsopdrachten onder de Europese drempelbedragen) gelden nader te bepalen gehanteerde procedures welke in de praktijk vaak veel overeenkomen met de Europese procedures en waarvan per aanbesteding de betreffende richtlijnen 2004/18/EG of bepaalde artikelen van het BAO van toepassing kunnen worden verklaard.

De 7 aanbestedingsprocedures zoals opgenomen in (Europese) wet- en regelgeving:

- 1) Openbare procedure;
- 2) Niet-openbare procedure;
- 3) Concurrentie gerichte dialoog;
- 4) Onderhandelingsprocedure met of zonder voorafgaande bekendmaking;
- 5) Prijsvraag voor ontwerpen;
- 6) Dynamisch aankoopstelsel;
- 7) Raamovereenkomst.

3.3.1. De openbare procedure

De openbare procedure is in het BAO gedefinieerd als: *‘een procedure waarbij ondernemers in mogen schrijven.’*

Na het indienen van de inschrijvingsdocumentatie beoordeelt de aanbestedende dienst de inschrijvingen aan de hand van vooraf vastgestelde en bekend gemaakte selectiecriteria en gunningscriteria en deelt vervolgens het voornemen tot gunning mede.

Voor de inschrijver is het zaak om meteen de correcte en beste inschrijving in te dienen aangezien op basis hiervan de beslissing tot gunning wordt genomen.

Wat	Door wie	Termijn	aandachtspunt
(1. publiceren vooraankondiging)	aanbestedende dienst	inschrijvingstermijn tot 36 dagen verkort	niet verplicht
2. aankondiging aanbesteding	aanbestedende dienst	bij elektronische aankondiging inschrijvingstermijn met 7 dagen verkort	verplicht. Via Tender Electronic Daily
3. aanvullende stukken publiceren	op verzoek door aanbestedende dienst	binnen 6 dagen na verzoek	transparant
4. nadere inlichtingen bestek Nota van Inlichtingen	op verzoek door aanbestedende dienst	verplicht uiterlijk 6 dagen voor verstrijken inschrijvingstermijn	Nota Van Inlichtingen maakt deel uit van aanbesteding
5. indienen inschrijving	door inschrijver	52 dagen vanaf verzending aankondiging	eventueel verkorting van termijnen, rekening houdend met complexiteit
6. selecteren	aanbestedende dienst	opgenomen in bestek	beoordelen op basis van vooraf vastgestelde bekende selectiecriteria
7. publiceren voornemen tot gunning	aanbestedende dienst	opgenomen in bestek	gunning op basis van vooraf vastgestelde criteria
8. afwijzing	door aanbestedende dienst aan inschrijver	15 dagen na beslissing	redenen van afwijzing
9. bezwaar/beroep	inschrijver	redelijke termijn minimaal 15 dagen	Alcatel termijn
10. definitieve gunning	aanbestedende dienst		laatste onderhandelingen
11. toezenden resultaten van gunning	door aanbestedende dienst aan Commissie en BOPEG	maximaal 48 dagen na gunning	

3.3.2. De niet-openbare procedure

Deze procedure is beschreven als een procedure waaraan ondernemers mogen verzoeken deel te nemen, maar waarbij alleen ondernemers mogen inschrijven die door de aanbestedende dienst zijn geselecteerd en uitgenodigd.

De openbare procedure en de niet-openbare procedure hebben veel gelijkenissen (bijvoorbeeld beide procedures zijn opengesteld voor alle ondernemers), enig verschil is dat de niet-openbare procedure in twee fases verloopt. Na de publicatie van de aankondiging tot opdracht van de aanbestedende dienst mag iedere geïnteresseerde onderneming een aanvraag tot deelneming indienen. Hieruit moet blijken dat de onderneming kan voldoen aan de in de aankondiging gestelde eisen die alleen betrekking mogen hebben op minimeisen aan beroepsbekwaamheid, financieel-economische capaciteit en technische bekwaamheid.

Na het indienen van de aanvragen tot deelneming beoordeelt de aanbestedende dienst deze op basis van selectiecriteria en uitsluitingsgronden en selecteert op een objectieve, dan wel eerlijke wijze, (bijvoorbeeld op basis van notariële loting) een aantal ondernemers (minimaal 5), en nodigt hen uit om een offerte in te dienen. Vervolgens verloopt de niet-openbare procedure hetzelfde als de openbare procedure.

Wat	Door wie	Termijn	aandachtspunt
Fase 1			
1. publiceren vooraankondiging)	aanbestedende dienst	inschrijvingstermijn tot 36 dagen verkort	niet verplicht
2. publiceren aankondiging aanbesteding	aanbestedende dienst	bij elektronische aankondiging inschrijvingstermijn met 7 dagen verkort.	verplicht. Via TED. Alleen selectiecriteria in aanbestedings-documentatie.
3. aanvullende stukken publiceren	op verzoek oor aanbestedende dienst	binnen 6 dagen na verzoek	transparant
4. indienen aanvraag tot deelneming	door gegadigde	minimaal 37 dagen vanaf verzending aankondiging	eventueel verkorting van termijnen
Fase 2			
5. selecteren en gelijktijdig schriftelijk uitnodigen	aanbestedende dienst aan gegadigde	termijn alsmede aantal te selecteren opgenomen in bestek.	bestek en aanvullende stukken bijvoegen. Minimaal 5 uitnodigen. Uitzonderingen mogelijk
6. nadere inlichtingen bestek. Nota van Inlichtingen	op verzoek van inschrijver door aanbestedende dienst	verplicht uiterlijk 6 dagen voor verstrijken inschrijvingstermijn	Nota van Inlichtingen maakt deel uit van aanbesteding.
7. inschrijving indienen	inschrijver	40 dagen vanaf uitnodiging	
8. publiceren voornemen tot gunning	aanbestedende dienst	opgenomen in bestek	gunning op basis van vooraf vastgestelde criteria
9. afwijzing	door aanbestedende dienst aan inschrijver	15 dagen na beslissing	redenen van afwijzing
10. bezwaar	inschrijver	redelijke termijn van minimaal 15 dagen	Alcatel termijn
11. definitieve gunning	aanbestedende dienst		laatste onderhandelingen
12. toezenden resultaten van gunning	door aanbestedende dienst aan Commissie en BOPEG	maximaal 48 dagen na gunning	

De openbare procedure en de niet-openbare procedure gelden als standaard procedure voor het aanbesteden van opdrachten. In bepaalde gevallen is het mogelijk om een andere aanbestedingsprocedure te volgen.

3.3.3. Concurrentiegericht dialogoog

Het BAO heeft de concurrentie gericht dialogoog gedefinieerd als: 'een procedure waaraan alle ondernemers mogen verzoeken deel te nemen en waarbij de aanbestedende dienst een dialogoog voert met de tot de procedure toegelaten ondernemers, ten einde een of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde ondernemers zullen worden uitgenodigd om in te schrijven.⁶¹

Wanneer een aanbestedende dienst van mening is dat er sprake is van een bijzonder complexe overheidsopdracht waarbij het niet mogelijk is deze te gunnen via openbare of niet openbare procedures, dan kan de opdracht eventueel gegund worden via een concurrentie gericht dialogoog. De aanbestedende dienst selecteert dan een aantal gegadigden (minimaal 3) en nodigt hen uit om deel te nemen aan de dialogoog. De dialogoog wordt gevoerd aan de hand van een beschrijvend document waarin de eisen en behoeften van de aanbesteder zijn geformuleerd. De aanbestedende dienst bepaalt tijdens de dialogoog welke middelen geschikt zijn om zo goed mogelijk aan diens behoeften te voldoen. Alle ondernemers worden vervolgens verzocht om de definitieve inschrijving in te dienen. De gunning is op basis van de economisch meest voordelige aanbieding.

3.3.4. Procedure van gunning via onderhandelingen (met of zonder aankondiging)

Deze procedure houdt in dat de aanbestedende dienst met door hem gekozen ondernemers (minimaal 3) overleg pleegt en door onderhandelingen met een of meer van hen de voorwaarden van de overheidsopdracht vaststelt. Dit kan met of zonder voorafgaande bekendmaking. Bij de procedure van gunning via onderhandelingen met voorafgaande bekendmaking verloopt de procedure op dezelfde wijze als de niet openbare procedure.

De procedure van onderhandelingen na voorafgaande mededeling van een aankondiging van een overheidsopdracht wordt toegestaan in bijvoorbeeld situaties wanneer via de openbare of niet-openbare procedure inschrijvingen zijn gedaan die onregelmatig of onaanvaardbaar zijn op voorwaarde dat de opdracht niet wezenlijk wijzigt of wanneer bij onzekere omstandigheden vooraf een vaststelling van de totale prijs niet mogelijk is.

De procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking is zeer beperkt toegestaan met de reden dat er bij deze procedure zonder onderhandelingen een groot risico is op schending van het gelijkheidsbeginsel en een belemmering van de werking van de interne markt door de aanbestedende dienst. Uitzonderingsgevallen waarin het wel is toegestaan om een opdracht te gunnen via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking zijn als er sprake is van onvoorziene spoed of specifieke technische of artistieke aspecten die bescherming genieten.

De keuze voor de vorm van de aanbesteding wordt vrijgelaten aan de aanbestedende dienst. Er gelden voor deze procedure geen minimumtermijnen en de aanbestedende dienst hoeft niet meer dan één gegadigde uit te nodigen.

3.3.5. Prijsvraag voor ontwerpen

Hieronder wordt verstaan een procedure die tot doel heeft de aanbestedende dienst een plan of ontwerp te verschaffen dat na een oproep tot mededinging door een jury wordt geselecteerd, al dan niet met toekenning van prijzen. Het staat de aanbestedende dienst vrij om gebruik te maken van een voorafgaande selectie (niet openbaar) of de procedure voor alle gegadigde open te stellen (openbaar). De ontwerpen worden door de jury beoordeeld aan de hand van objectieve beoordelingscriteria. De jurybeoordeling is niet bindend maar kan ook adviserend zijn. De aanbestedende dienst is daarnaast niet verplicht om de opdracht te gunnen aan de winnaar van de prijsvraag.

⁶¹ Artikel 1 sub v BAO

Een prijsvraag komt vooral voor op het gebied van bijvoorbeeld ruimtelijke ordening, stadsplanning, architectuur, etc.

3.3.6. Dynamisch aankoopstelsel

Artikel 33 BAO beschrijft het dynamisch aankoopstelsel. Bij het volgen van een dynamisch aankoopstelsel verloopt de procedure volgens dezelfde voorschriften van de verschillende fases als bij een openbare procedure er wordt echter alleen gebruik gemaakt van elektronische middelen. De inschrijvers hebben te allen tijde de mogelijkheid om een verzoek te doen aan de aanbestedende dienst om te worden toegelaten tot het dynamisch aankoopstelsel waarna de aanbestedende dienst de aanvragen beoordeelt op vooraf bepaalde selectiecriteria. Zodra de aanbestedende dienst een aankondiging publiceert mogen alle tot het dynamisch aankoopstelsel toegelaten inschrijvers inschrijven op de opdracht waarna gunning plaatsvindt.

3.3.7. Raamovereenkomsten

Is formeel geen aanbestedingsprocedure, maar een vaak gebruikte manier om opdrachten te gunnen via een andere procedure. De uitkomst van de doorlopen procedure is dan een raamovereenkomst. Een raamovereenkomst⁶² is een overeenkomst van ten hoogste 4 jaren⁶³ tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen overheidsopdrachten vast te leggen. Hierbij is geen sprake van een bezwarende titel⁶⁴ (vereiste tegenprestatie). Zodra deze er wel is, wordt er gesproken van een raamcontract hetgeen gelijk staat met een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Opdrachten voortgekomen uit een raamovereenkomst dienen wel te worden aanbesteed volgens de geldende wet- en regelgeving ook al is er geen bezwarende titel.

Bij een raamovereenkomst is het uitgangspunt dat deze de mededinging niet mag hinderen, beperken of vervalsen en de aanbestedende dienst mag er geen oneigenlijk gebruik van maken.

3.4. Start van de aanbestedingsprocedure

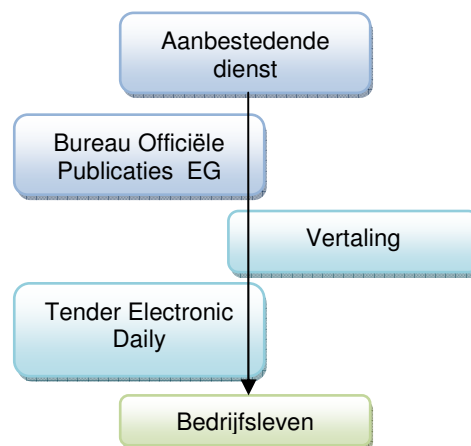
De aanbestedingsprocedure vangt aan wanneer de aankondiging tot opdracht en de aanbestedingsdocumentatie is gepubliceerd via het Bureau Officiële Publicatie Europese Gemeenschappen (BOPEG).

De informatievoorziening in Europese aanbestedingsprocedures verloopt via het Bureau voor Officiële Publicaties van de Europese Gemeenschappen (BOPEG), gevestigd in Luxemburg. Zij is verantwoordelijk voor de publicatie van de aankondiging welke dient te gebeuren binnen een termijn van uiterlijk 12 dagen of bij een versnelde procedure 5 dagen. Een publicatie, op kosten van de EU, vindt plaats in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen. Daarnaast komen alle aankondigingen terecht in de officiële databank van de EU, de Tender Electronic Daily (TED). Rekening dient te worden gehouden met het feit dat alleen de tekst van de oorspronkelijke taal authentiek is. Het BOPEG draagt zorg voor vertaling naar alle officiële talen van de EU, maar het kan voorkomen dat er verschillen ontstaan.

⁶² Artikel 32 BAO

⁶³ Looptijd is maximaal 4 jaar behalve in uitzonderingsgevallen die deugdelijk gemotiveerd zijn

⁶⁴ Zie leeswijzer pagina 5



Figuur 12: Publicatie via BOPEG tijdens aanbestedingstraject

3.4.1. De aankondiging

De aanbestedende dienst is bij Europese aanbestedingen verplicht om de aanbestedingsdocumentatie te publiceren via het BOPEG. Voor opdrachten met een waarde onder de Europese drempelbedragen kan de aanbestedende dienst volstaan met de bekendmaking van de aanbesteding op nationaal niveau. De publicatieverplichtingen volgen uit lokaal beleid aangezien de aanbestedende dienst niet verplicht is om aan te besteden volgens de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Het publiceren van nationale aanbestedingen gebeurt vaak via een landelijk dagblad, de gemeentekrant, advertentie in een vakblad en/of via internet.⁶⁵

In de inschrijvingsfase is het van belang er rekening mee te houden dat de inschrijvingstermijn begin te lopen op de datum van verzending en niet van publicatie.

3.4.2. Vragenronde

Zowel in de openbare als de niet-openbare procedure worden er naast de aankondiging van de opdracht stukken gepubliceerd met een omschrijving van de aard en de omvang van de opdracht. Deze gedetailleerde omschrijving van de opdracht is het bestek of leidraad. Inschrijvers hebben vervolgens de mogelijkheid om binnen een bekendgemaakte termijn schriftelijk vragen voor te leggen aan de aanbestedende dienst. Deze zal vervolgens een antwoord op deze vragen formuleren middels een Nota van Inlichtingen. Deze Nota van Inlichtingen maakt vervolgens deel uit van de aanbesteding. Indien hier onvolkomenheden of onjuistheden zijn op te merken mag de inschrijver dit nogmaals mede delen. Als de inschrijver na de aanbestedingsprocedure beroep in wil stellen dan dient de inschrijver de aanbestedende dienst op de onjuistheden te wijzen. Vaak staat dit ook vermeld in het bestek. Een afwachtende houding resulteert in het niet ontvankelijk verklaren van een latere vordering. Uit het Grossmann-arrest⁶⁶ is voortgekomen dat van een (potentiële) inschrijver een proactieve houding mag worden verwacht en dat hij tegen onduidelijkheden of onvolkomenheden in aanbestedingsstukken opkomt in een stadium waarin deze nog ongedaan kunnen worden gemaakt.

⁶⁵ www.aanbestedingskalender.nl, www.aanbestedingenonline.nl

⁶⁶ HvJEG, 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann

3.4.3. Nota van Inlichtingen

Na de publicatie van de aanbesteding met de aanbestedingsdocumentatie heeft de inschrijver de mogelijkheid om vragen te stellen naar aanleiding van het bestek. De vragenronde kan schriftelijk dan wel per e-mail of eventueel via een (openbare) inlichtingenbijeenkomst plaatsvinden. De gestelde vragen worden door de aanbestedende dienst beantwoordt en vervolgens aan alle aanvragers van de aanbestedingsstukken bekend gemaakt zodat inschrijvers de inschrijving indien nodig kunnen aanpassen. De nadere inlichtingen over het beschrijvend document moeten uiterlijk 6 dagen voor het verstrijken van de inschrijvingstermijn worden verzonden. Het document met de vragen en antwoorden is de Nota van Inlichtingen welke deel uit maakt van de aanbesteding.

De Nota van Inlichtingen is een belangrijk juridisch document in een aanbestedingsprocedure. Het is van belang dat de beantwoording van de vragen niet mag leiden tot een substantiële wijziging van de specificaties of eisen die gesteld worden aan de leverancier/dienstverlener. Tevens mogen de antwoorden niet leiden tot discriminatie van een product, leverancier/dienst of leiden tot minder transparantie en objectiviteit.⁶⁷

Aandachtspunt voor de inschrijver met betrekking tot de aanbestedingsstukken en de Nota van Inlichtingen is om op tijd, op het moment dat er nog iets aan gedaan kan worden, kenbaar te maken als er onduidelijkheden of juridisch niet correct gehandeld wordt. Mocht dit niet gebeuren dan kan het gevolg zijn dat een eventueel later beroep ongegrond wordt verklaard. Dit is gebaseerd op het Grossmann arrest⁶⁸ waarin kort gezegd is bepaald dat er een proactieve houding wordt verwacht van de inschrijver met betrekking tot onduidelijkheden en onvolkomenheden in een aanbesteding. Wanneer een inschrijver tijdens de vragenronde geen bezwaar maakt over specificaties of discriminerende eisen en zich later (na de voorlopige gunning) hier wel op beroept, dan handelt de inschrijver in strijd met de doelstelling van snelheid en doeltreffendheid van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en belemmert de toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen aangezien de procedure zonder objectieve reden wordt vertraagd.

3.5. Selecteren en Gunnen

Na het indienen van de inschrijving gaat de aanbestedende dienst de inschrijving selecteren en gunning. Voor een inschrijving zijn de selectie- en gunningscriteria van belang aangezien deze bepalen een wie de opdracht gegund wordt.

Er zit een duidelijk verschil tussen selectie- en gunningscriteria.

- Selectiecriteria hebben alleen betrekking op het bedrijf;
- Gunningscriteria hebben alleen betrekking op het product of de dienst van het bedrijf (de opdracht).

⁶⁷ PIANOo, 4. *Hoe organiseer ik een Europese aanbesteding?*
<metroskaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn4/antwoord9-4.html>

⁶⁸ HvJEG, 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann



figuur 10: Selectie en gunning

Om te komen tot gunning van de opdracht wordt er eerst getoetst aan verschillende fases. Voor iedere fase geldt dat er eerst moet worden voldaan aan de gestelde criteria voordat de inschrijving wordt toegelaten tot de volgende fase.

3.5.1. Selectiecriteria.

De selectiecriteria zijn onder te verdelen in algemene minimumeisen, uitsluitingscriteria en geschiktheidscriteria.

Algemene minimumeisen

Onder de algemene minimumeisen vallen alle eisen die gesteld worden aan de wijze van inlevering en zijn vaak in de eerste paragrafen van het bestek terug te vinden. Voorbeelden hiervan zijn de vormeisen van de inschrijving, tijdstip en locatie van het indienen van de inschrijving. Niet voldoen aan de algemene minimumeisen betekent uitsluiting van het meedingen naar de opdracht.

Uitsluitingscriteria

De uitsluitingscriteria⁶⁹ zien toe op de omstandigheden die de persoon betreffen en die de uitsluiting van de inschrijver rechtvaardigen. Hierbij worden niet integere bedrijven gefilterd. Er zijn uitsluitingscriteria die tot uitsluiting moeten leiden (verplicht) en uitsluitingsgronden die kunnen leiden tot uitsluiting (facultatief).⁷⁰ Voor het toepassen van facultatieve uitsluitingsgronden moeten deze duidelijk vermeld staan in de aanbestedingsdocumentatie.

Verplichte uitsluiting bij een onherroepelijke veroordeling van:

- Deelname aan een criminele organisatie;
- Omkoping van een ambtenaar;
- Valsheid in geschrifte;
- Fraude met EG subsidie;
- Omkoping van anderen dan ambtenaren;
- Witwassen.

⁶⁹ Artikel 45 BAO

⁷⁰ Pijnacker Hordijk en anderen, 2004 pagina 216

Facultatieve uitsluitingscriteria zijn:

- Faillissement, of een aangevraagd faillissement;
- Onherroepelijke veroordeling voor een delict in strijd met beroepsgedragsregels;
- Ernstige beroepsfout;
- Niet betaalde sociale zekerheidsbijdragen of belastingen;
- Het afgeven van valse verklaringen.

Met name de verplichte uitsluitingscriteria hebben tot gevolg dat er door de aanbestedende dienst altijd naar wordt gevraagd of bij de inschrijver één van de uitsluitingscriteria van toepassing is. De inschrijver kan hiertoe een Verklaring Omtrent Gedrag (VOG) indienen die door het Ministerie van Justitie is afgegeven. Met een VOG kan een inschrijver bewijzen dat hij niet onherroepelijk is veroordeelt voor de verplichte uitsluitingsgronden of voor een delict in strijd met de beroepsgedragsregels(facultatief).⁷¹

Geschiktheidscriteria

Onder de geschiktheidscriteria vallen de eisen van kwalitatieve aard waaraan de inschrijver moet voldoen om voor gunning van een bepaalde opdracht in aanmerking te komen. Het niet voldoen aan de geschiktheidscriteria leidt bij een openbare procedure tot uitsluiting en bij een niet openbare procedure zal de desbetreffende gegadigde niet worden geselecteerd en uitgenodigd tot inschrijven.⁷²

Om de geschiktheid te toetsen van gegadigden zijn er drie soorten gronden:

- De beroepsbevoegdheid;⁷³
- De financiële en economische draagkracht van een ondernemer;⁷⁴
- De technische en beroepsbekwaamheid van een ondernemer.⁷⁵
(In verband met de aard, de hoeveelheid, of omvang en het doel van de opdracht).

De aanbestedende dienst is in beginsel vrij om geschiktheidscriteria te formuleren, maar wanneer deze zijn opgenomen in het bestek, dan is de aanbestedende dienst verplicht deze toe te passen. Deze criteria moeten:

- Objectief, niet discriminerend en eenduidig zijn;
- Proportioneel zijn en in verband staan met het voorwerp van de opdracht;
- Transparant zijn en;
- Voor iedereen gelijk zijn.

Op verzoek van de aanbestedende dienst is het aan de inschrijver om aan te tonen dat er geen reden is tot uitsluiting. De regelgeving geeft per criteria bewijsmogelijkheden waarbij de aanbestedende dienst verplicht is deze te erkennen. Voor de verplichte uitsluitingsgronden kan volstaan worden met een uittreksel uit het strafregister, de VOG en/of voor de overige uitsluitingsgronden een door een bevoegde autoriteit afgegeven getuigschrift.

Als namelijk aan alle selectiecriteria is voldaan, dan wordt de inschrijver geselecteerd. Als er meerdere geselecteerde inschrijvers zijn, dan kan de aanbestedende dienst op een objectieve manier minimaal 5 inschrijvers selecteren bijvoorbeeld op basis van notariële loting. Dit is vooraf in de aanbestedingsdocumentatie bekend gemaakt.

⁷¹ PIANOo, '6. Hoe ga ik met de regels om?' <metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn6/antwoord2-6.html>

⁷² Pijnacker Hordijk en anderen 2004, pagina 233

⁷³ Artikel 47 BAO

⁷⁴ Artikel 48 BAO

⁷⁵ Artikel 49 BAO

De niet-openbare procedure verloopt in twee fases waarbij eerst selectie van de gegadigde plaats vindt aan de hand van de algemene-, uitsluitings- en geschiktheidscriteria. Vervolgens vindt na uitnodiging door de aanbestedende dienst de definitieve inschrijving plaats.

3.5.2. gunningscriteria

Een aanbestedende dienst kan een overheidsopdracht gunnen op grond van

- a) criteria die verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht, indien gunning aan de inschrijver met de vanuit het oogpunt van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving plaatsvindt, of,
- b) het criterium van de laagste prijs.⁷⁶

a) Indien de aanbestedende dienst gunt op grond van de economisch meest voordelige inschrijving dan maakt deze een afweging tussen de prijs-kwaliteitverhouding. Vereist is dat de criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht. Voorbeelden zijn de kwaliteit, de prijs, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de milieukekenmerken, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de klantenservice en de technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering etc., want deze opsomming is niet limitatief.

Het beoordelen van de inschrijving gebeurt aan de hand van de vooraf bekend gemaakte gunningscriteria. De aanbestedende dienst maakt vooraf aan de inschrijvers duidelijk op welke wijze en met welke gunningscriteria er beoordeelt gaat worden. De aanbestedende dienst is verplicht om in de aankondiging het relatieve gewicht van de gebruikte criteria te benoemen. In de praktijk kan dit door middel van puntentoekenning aan de verschillende gunningscriteria. Indien weging niet mogelijk is dan volstaat het benoemen van de criteria in afnemende volgorde van belangrijkheid. De inschrijver met het hoogst aantal behaalde punten zal de opdracht gegund krijgen.⁷⁷

b) Gunning op grond van het criteria laagste prijs is eenvoudiger, immers de aanbestedende dienst hoeft alleen te kijken naar prijzen van de ingediende offertes. Dit gunningscriterium leent zich uitstekend voor relatief eenvoudige producten of diensten.

Voorlopige gunning

Na de beoordeling van de inschrijvers aan de hand van de vooraf bepaalde en bekendgemaakte gunningscriteria stelt de aanbestedende dienst vast aan welke inschrijver zij voornemens is om te gunnen. Schriftelijk wordt deze voorlopige gunning bevestigd aan de inschrijver alsmede de afwijzing van de overige inschrijvers.

Jurisprudentie en met name het Alcatel-arrest⁷⁸ heeft geresulteerd in de verplichting voor de aanbestedende dienst om na het bekend maken van de voorlopige gunning een redelijke termijn van minimaal 15 dagen⁷⁹ in te stellen waarin inschrijvers beroep in kunnen stellen tegen een besluit van de aanbestedende dienst. Deze tijdsonderbreking in de aanbestedingsprocedure komt voort uit de gedachte dat de inschrijvende dienst de mogelijkheid moet worden geboden om, indien zij daartoe aanleiding achten, gerechtelijke stappen te ondernemen.

⁷⁶ Artikel 54 BAO.

⁷⁷ Uitzonderingen mogelijk zie paragraaf 4.1.

⁷⁸ HvJEG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, (Alcatel)

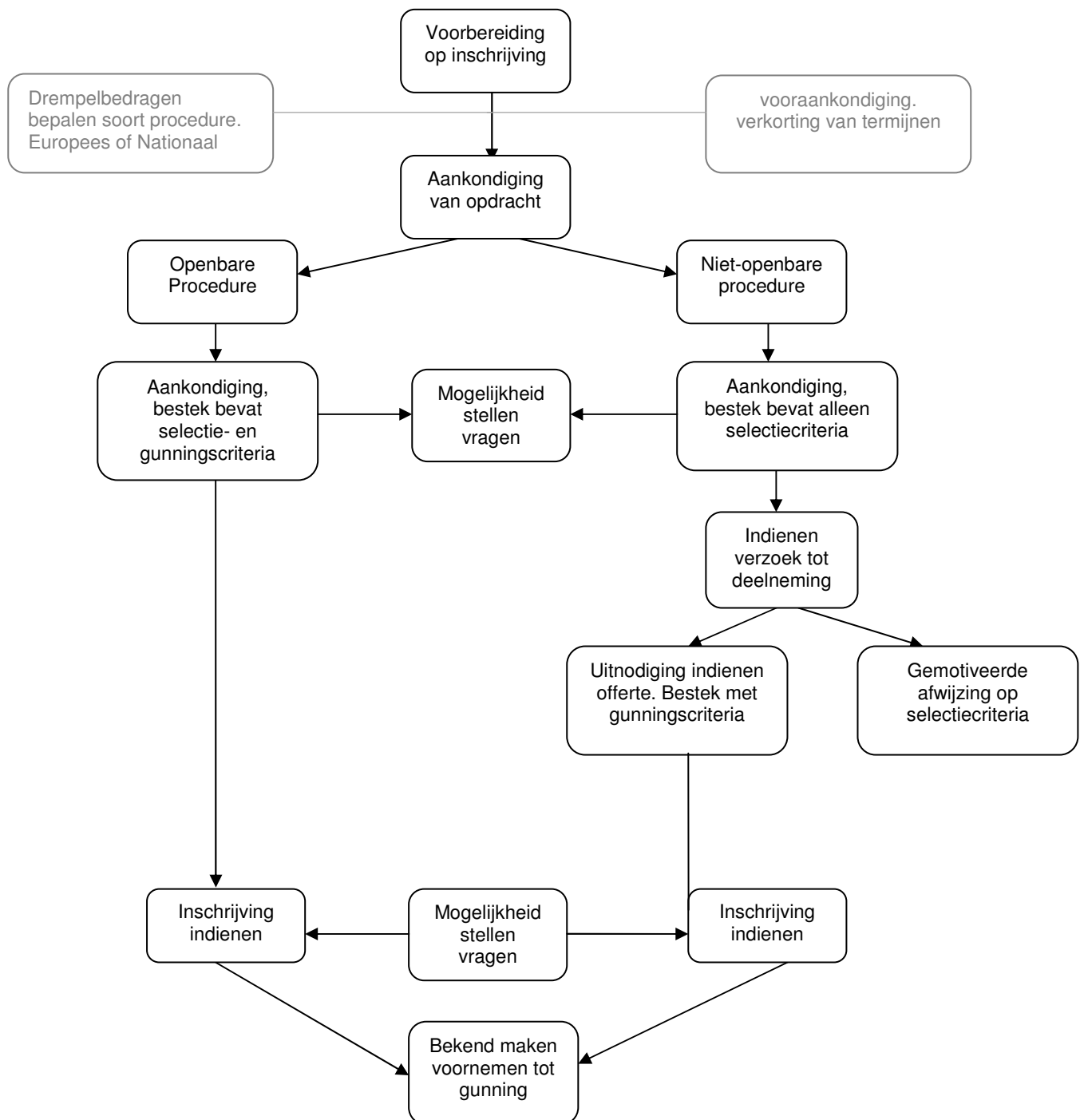
⁷⁹ Artikel 55 lid 2 BAO

Na de voorlopige gunning begint de evaluatie fase waarin de aanbestedende dienst en de inschrijvers de mogelijkheid hebben om de aanbestedingsprocedure te evalueren.

3.6. Samenvatting

Kort gezegd: Indien er sprake is van een aanbestedende dienst welke een aanbestedingsplichtige opdracht heeft van boven het drempelbedrag dan is deze verplicht om deze opdracht aan te besteden volgens één van de vastgelegde procedures. Meest voorkomend zijn hierbij de openbare en niet-openbare procedure welke veel gelijkenissen tonen, maar met verschil dat de niet-openbare procedure in twee fases verloopt. Na een eventuele vooraankondiging volgt de aankondiging waarna gegadigden kunnen inschrijven op de opdracht. Alvorens in te schrijven bestaat er de mogelijkheid om vragen te stellen aan de aanbestedende dienst. Deze vragen zijn van belang voor eventuele latere gerechtelijke stappen. In de openbare procedure vindt inschrijving plaats door het indienen van een volledige inschrijving opgesteld conform de eisen van het bestek, en bij de niet-openbare procedure wordt er eerst een verzoek tot deelneming ingediend waarna de aanbestedende dienst na selectie een aantal gegadigde uitnodigt tot inschrijving. Na de inschrijving maakt de aanbestedende dienst het voornemen tot gunning bekend voordat over wordt gegaan naar de definitieve gunning.

Figuur 11: De inschrijvingsfase

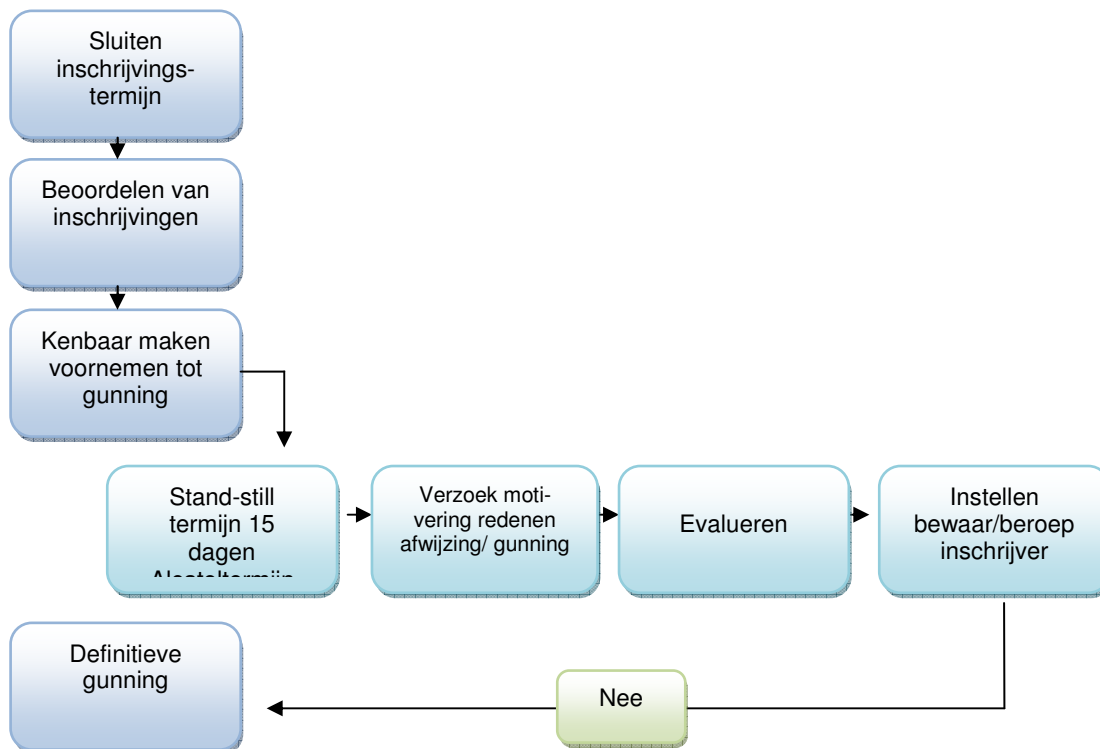


4. “DE EVALUATIEFASE”

Na het sluiten van de inschrijvingstermijn start de fase waarin de aanbestedende dienst de inschrijvingen beoordeelt en de aanbesteding voorlopig gunt. Na de voorlopige gunning kunnen de betrokken partijen alleen dan wel tezamen gaan evalueren.

Paragraaf 4.1. beschrijft het proces van bekend worden van de voorlopige gunning en de publicatie van de definitieve gunning. Het juridisch kader van het aanbestedingsrecht komt aan bod in paragraaf 4.2. De werking van de formele rechtsbescherming en de overige mogelijkheden van betrokken partijen in de evaluatiefase is vervolgens beschreven in paragraaf 4.3. Paragraaf 4.4 gaat verder in op de mogelijkheden van de evaluatiefase in de praktijk. Tot slot is paragraaf 4.5. een samenvatting van de evaluatiefase.

4.1. De gunning



Figuur 12: Proces van de evaluatiefase

De aanbestedende dienst beoordeelt⁸⁰ de inschrijvingen en op basis daarvan zal gunning plaats vinden aan een geschikte inschrijver. De aanbestedende dienst heeft overigens niet de verplichting om de aanbesteding te gunnen. Het gehele aanbestedingstraject heeft de aanbestedende dienst de mogelijkheid om de aanbesteding in te trekken. Het is dan echter niet meer mogelijk om de opdracht onder dezelfde eisen en wensen opnieuw aan te besteden. Vereist voor een ‘her-aanbesteding’ zijn substantiële wijzigingen in de opdracht zodat er sprake is van een nieuwe aanbesteding en er geen sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel.

⁸⁰ Zie paragraaf 3.5.2.

In een recente uitspraak in de zaak Retara Interieurwerken tegen het Jeroen Bosch Ziekhuis heeft de Rechtbank van 's-Hertogenbosch bepaald dat het niet toegestaan is om een aanbesteding heraan te besteden omdat dit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. In casu was er sprake van hetzelfde bestek en de mogelijkheid van betrokken partijen om kennis te hebben over de vorige inschrijving waardoor voordeel kon ontstaan voor deze partijen.⁸¹

Alvorens over te gaan tot definitieve gunning, is de aanbestedende dienst verplicht om het voornemen tot gunning / de voorlopige gunning kenbaar te maken aan de betrokken partijen om deze in de gelegenheid te stellen beroep aan te tekenen tegen besluiten van de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst is verplicht de inschrijver een redelijke termijn te geven van 15 dagen om beroep aan te tekenen.⁸² Wanneer de redelijke termijn is verlopen en er geen inschrijver in beroep is gegaan wordt de gunning definitief. Dit gebeurt door de ondertekening van het contract na de laatste onderhandelingen tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver over de definitieve invulling van de laatste onduidelijkheden.

De definitieve gunning wordt door de aanbestedende dienst binnen 48 dagen verzonden aan het BOPEG.⁸³ Het BOPEG draagt vervolgens zorg voor de publicatie van de definitieve gunning waarmee het formele eindpunt van het aanbestedingstraject is bereikt.

4.2. Juridisch kader rechtsbescherming

Deze paragraaf geeft een korte weergave van rechtsbescherming die is geregeld op Europees en Nationaal niveau.

4.2.1. Rechtsbescherming op Europees niveau

Gebaseerd op de oude richtlijnen is op 11 december 2007 door publicatie in het EG-publicatieblad de rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG, tot wijziging van de richtlijn 89/665/EEG en 92/13/EEG, *'verhoging doeltreffendheid beroepsprocedures inzake de plaatsing van overheidsopdrachten'*, van kracht geworden. Deze richtlijn heeft geen directe werking⁸⁴ (betrokken partijen kunnen geen rechtstreeks beroep doen op een van de bepalingen opgenomen in de richtlijn), maar geeft minimumvoorwaarden waaraan het nationale rechtstelsel met betrekking tot rechtsbescherming in aanbestedingszaken moet voldoen. Deze voorwaarden houden in dat het mogelijk moet zijn om snelle en doeltreffende maatregelen te nemen wanneer er sprake is van een onwettig besluit.⁸⁵

De rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn opgesteld met als doel het coördineren van de rechtsbeschermingsregels, het naleven van het transparantie en gelijkheidsbeginsel en het bieden van gelijkwaardige juridische garanties voor betrokkenen partijen.⁸⁶

⁸¹ Rechtbank s'-Hertogenbosch 13 februari 2009, LJN: BH3620, Retara Interieurwerken tegen het Jeroen Bosch Ziekenhuis

⁸² Op basis van HvJEG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, (Alcatel)

⁸³ Zie paragraaf 3.4.

⁸⁴ Zie leeswijzer pagina 5 voor uitleg van het begrip directe werking.

⁸⁵ AKD Prinsen van Wijmen; *'Europees aanbestedingsrecht'*

<www.akd.nl/nieuws/publicaties/Factsheet_aanbestedingsrecht_maart06.pdf>

⁸⁶ Kenniscentrum Europa Decentraal; *'Rechtsbescherming'*

<www.europadecentraal.nl/menu/513/Rechtsbescherming.html>

4.2.2. Rechtsbescherming op nationaal niveau

Het ministerie van Economische Zaken heeft de verplichting om de richtlijn 2007/66/EG voor 21 december 2009 te implementeren nu deze geen directe werking heeft. Het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting hebben inmiddels ter consultatie gelegen en het wetsvoorstel is aangenomen door de Ministerraad. Momenteel ligt het wetsvoorstel voor advies bij de Raad van State. De verwachting is dat het wetsvoorstel in de zomer aan de Tweede Kamer verzonden kan worden. Vervolgens komt het wetsvoorstel bij de Eerste Kamer terecht en kan de wet na goedkeuring worden bekrachtigd en gepubliceerd waardoor de wet in werking treedt en partijen zich rechtstreeks op bepalingen uit deze wet kunnen beroepen.⁸⁷

4.3. Rechtsbescherming in de dagelijkse praktijk

In artikel 1 van richtlijn 2007/66/EG is de algemene bepaling opgenomen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep moet kunnen worden ingesteld.

Art 1 richtlijn 2007/66/EG

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluit het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

Met artikel 1 wordt bedoeld op inbreuken van voorschriften uit de algemene aanbestedingsrichtlijnen ten aanzien van transparantie en non-discriminatie, in elk stadium van de aanbestedingsprocedure.⁸⁸ De beroepsmogelijkheden komen vervolgens voort uit artikel 2 lid 1 van de richtlijnen 2007/66/EG waarin de verplichtingen voor de lidstaten zijn opgenomen om de rechtsbescherming te reguleren. Lidstaten moet zorgen voor maatregelen die de mogelijkheid geven:

- Sub a; om zo snel mogelijk en in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad;
- Sub b; onwettig genomen besluiten nietig te (doen) verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische en/of financiële specificaties;
- Sub c; schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden.

⁸⁷ Ministerie van Economische Zaken; *Aanbestedingen consultatie wetsvoorstel WIRA*, <ez.nl/Onderwerpen/Huidige_economie/Aanbestedingen/Consultatie_Wetsvoorstel_Implementatie_ri
chtlijn_Rechtsbescherming_Aanbesteden_WIRA>

⁸⁸ Hebly, 'Rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen' <www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/download/common/lezing_hebly_1_.pdf>

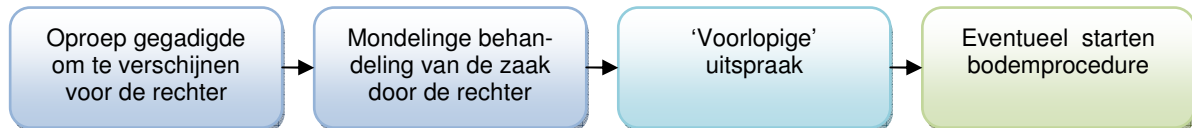
4.3.1. Beroep

In de Nederlandse praktijk is het zo dat betrokken partijen een Kort Geding⁸⁹ aan kunnen spannen bij de burgerlijke rechter. De burgerlijke of ook wel de civiele rechter genoemd is bevoegd in zaken waarin er een conflict is ontstaan tussen burgers onderling. Bij aanbestedingszaken wordt de (semi) overheid aangemerkt als aanbestedende dienst. Hierdoor kan het voor de hand liggen dat de bestuursrechter bevoegd is. Dit is echter niet het geval aangezien het bij aanbestedingszaken gaat om voorbereidende handelingen van de aanbestedende dienst voor een privaatrechtelijke rechtshandeling. De aanbestedende dienst wordt dus niet gezien als een bestuursrechtelijk orgaan waardoor de burgerlijke rechter bij aanbestedingsgeschillen bevoegd is.

In aanbestedingsgeschillen wordt gebruik gemaakt van de Kort geding procedure. Vereist hiervoor is dat de zaak zich leent voor snelle en eenvoudige afwikkelingen en er moet sprake zijn van spoedeisend belang. Voor het spoedeisendheid wordt een afweging gemaakt van de belangen van partijen en moet het om zodanige noodzaak gaan dat een uitspraak via een gewone procedure, een dagvaardingsprocedure niet is af te wachten.

In een mondelinge procedure leidt het kort geding tot een voorlopige voorziening hetgeen inhoudt dat het om een voorlopige uitspraak van de rechter gaat. Partijen kunnen een bodemprocedure, een dagvaardingsprocedure starten voor een definitieve uitspraak echter, dit komt niet vaak voor in de praktijk bij aanbestedingszaken.

Het Kort Geding verloopt volgens dezelfde eisen als de dagvaardingsprocedure⁹⁰ met de nodige aanpassingen voor de termijnen in verband met de vereiste spoed en de procesvertegenwoordiging is niet verplicht voor de gedaagde partij.⁹¹



Figuur 13 Kort Geding

Naast de formele mogelijkheden voor betrokken partijen om recht te halen in een zaak waarin de partij van mening is dat er onrechtmatig is gehandeld zijn er andere mogelijkheden.

In aanbestedingszaken komt de rechter pas in beeld op het moment dat een van de betrokken partijen daar om verzoekt. De partijen moeten daarom zelf de juridische vereisten in het oog houden en indien een partij van mening is dat er onwettig gehandeld is, dan is er de mogelijkheid om de burgerlijke rechter in te schakelen.

⁸⁹ Artikel 254 tot en met artikel 260 Wetboek van burgerlijke Rechtsvordering

⁹⁰ Artikel 261 en verder Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

⁹¹ Wieten, 2004

4.3.2. Bezwaar

Het kan voorkomen dat in het bestek een bepaling is opgenomen waarin de mogelijkheden voor inschrijvers worden genoemd wanneer zij het niet eens zijn met de voorlopige gunning. In deze voorlopige gunning worden deze tevens genoemd of er wordt een verwijzing gegeven naar het bestek. Naast de formele mogelijkheid van beroep kan het zo zijn dat de inschrijver eerst bezwaar kan maken tegen de genomen beslissing van de aanbestedende dienst. De inschrijver volstaat met een schriftelijke brief waarin kenbaar wordt gemaakt tegen de beslissing bezwaar te hebben. De aanbestedende dienst kan zelf bepalen hoe te reageren op het bezwaar. Zij kan voorstellen om een mondeling evaluatiegesprek aan te gaan of indien het bewaar goed is gemotiveerd het uitstellen van de definitieve gunning. Dit is voor de aanbestedende dienst een vergaande beslissing en vraagt van de inschrijver die een goed gemotiveerd bezwaar.

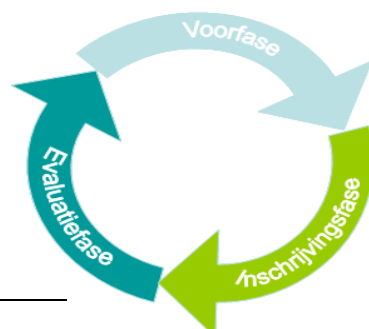
De mogelijkheid van bezwaar maken sluit de mogelijkheid van beroep niet uit.. Het blijft voor de inschrijver mogelijk om in beroep te gaan nadat bezwaar is gemaakt bij de aanbestedende dienst.

Alvorens te komen tot het maken van bezwaar of het in stellen van beroep zal de aanbestedingsprocedure geëvalueerd dienen te worden om inzicht te krijgen in eventueel onwettig handelen.

4.4. De evaluatie van het aanbestedingstraject

Om te beoordelen voor een inschrijver of er sprake is van onwettig handelen, zal deze de procedure moeten evalueren. Zoals reeds eerder genoemd zal de aanbestedende dienst aan de betrokken partijen de voorlopige gunningsbeslissing kenbaar maken. Echter wanneer een partij van mening is dat er onvoldoende redenen voor de afwijzing zijn opgenomen in de schriftelijke motivering, dan kan de inschrijver het verzoek doen om verdere motivering van de afwijzing. Het is niet uitzonderlijk dat er een evaluatiegesprek plaats vindt tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver. In een dergelijk gesprek kunnen partijen op een informele manier gedachten uitwisselen over het verloop van de aanbestedingsprocedure. Na het evaluatiegesprek kan een inschrijver binnen de opgenomen redelijke termijn in beroep gaan tegen de voorgenomen beslissing.

In de evaluatiefase kan naast de rechtsbescherming ook de evaluatie van de procedure in het algemeen en de verbeteringen in het proces worden bekeken. Een evaluatiegesprek of enige andere vorm van communicatie kan leiden tot meer informatie en voorbereidingen op toekomstige aanbestedingszaken. Daarnaast kan de evaluatiefase ervoor dienen om in contact te komen en/of een relatie op te bouwen, te verdiepen met de aanbestedende dienst. Dit contact/deze relatie kan ten goede komen bij een volgende aanbestedingsprocedure.⁹² De inschrijver kan in kaart brengen wat de daadwerkelijke eisen en wensen van de aanbestedende dienst zijn geweest en eventueel bij een volgende aanbesteding zullen zijn. De evaluatiefase geeft de inschrijver de kans inzicht te krijgen in de doorlopen aanbestedingsprocedure en welke verbeterpunten bij de volgende aanbesteding kunnen zorgen voor een meer kansrijke inschrijving. In dit licht bekeken heeft de evaluatiefase deels de functie als voorfase.



⁹² Zie hoofdstuk 5

4.5. Samenvatting

Rechtsbescherming in aanbestedingszaken is op Europees niveau neergelegd in richtlijn 2007/66/EG. Nederland is verplicht deze richtlijn voor 21 december 2000 te implementeren. Inmiddels heet het Ministerie van Economische Zaken hiervoor een wetsvoorstel opgesteld.

De lidstaten zijn verplicht om betrokken partijen de mogelijkheid te geven een Kort Geding aan te spannen om onwettige besluiten ongedaan te maken, besluiten nietig te (doen) verklaren of om schadevergoeding toe te kennen. Een Kort Geding bij de burgerlijke rechter is om op korte termijn in spoedeisende gevallen een (voorlopige) uitspraak te krijgen middels een voorlopige voorziening.

Naast de formele mogelijkheid kan de inschrijver, indien de aanbestedende dienst hiertoe de mogelijkheid geeft in de aanbestedingsdocumentatie, bezwaar maken tegen de voorlopige gunning. Vaak zal dit gebeuren na een evaluatiegesprek tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver waarin zaken zijn besproken als het juridisch correct verlopen van de procedure, de afwegingen van de aanbestedende dienst en eventuele verbeterpunten voor de inschrijver. Ook tijdens de evaluatiefase speelt een stuk relatiemanagement op de achtergrond mee. De publicatie dient als formeel eindpunt voor het aanbestedingstraject, echter het is mogelijk en gewenst om de evaluatiefase gedeeltelijk als voorfase te laten gelden.

5. KANSRIJK INSCHRIJVEN

Er is onderzoek gedaan naar welke (subjectieve) factoren zorgen voor een kansrijke inschrijving. Het antwoord hierop is weergegeven aan de hand van tips en adviezen richting de inschrijver. Desondanks zijn er in ieder aanbestedingstraject factoren waarop een inschrijver geen invloed heeft. Kansrijk wil niet per definitie zeggen het binnenhalen van de aanbesteding/de opdracht, maar een kansrijke inschrijving is een inschrijving welke zodanig is gedaan dat deze de meeste kans heeft op het binnen halen van de opdracht.

De onderzoeksonderbouwing voor specifiek het onderzoek met betrekking tot hoofdstuk 5 is beschreven in paragraaf 5.1. De uit dit onderzoek voortkomende tips en adviezen worden gegeven in paragraaf 5.2 waarna 5.3 het hoofdstuk afsluit met een korte samenvatting.

5.1. Onderzoeksonderbouwing hoofdstuk 5

Om te komen tot tips en adviezen voor een kansrijke inschrijving wordt er gebruik gemaakt van de verkregen kennis door middel van literatuuronderzoek waarvan de resultaten terug te vinden zijn in de hoofdstukken 1 tot en met 4 en praktijkkennis opgedaan tijdens de dagelijkse praktijk, bijgewoonde trainingen alsmede adviesgesprekken met inschrijvende organisaties, informatie verkregen via Appeldoorn Tendermanagement en afgenomen diepte interviews met betrokken personen bij het inschrijven op aanbestedingen bij verschillende organisaties.

Bereid voor het beantwoorden van vragen waren een accountmanager en een directiesecretaresse beiden van verschillende middelgrote organisaties en twee adviseurs van een multinational, één werkzaam voor inschrijvingen bij aanbestedingen op nationaal niveau en één bij aanbestedingen op decentraal niveau.

Naast de gestelde vragen was er ruimte in de gesprekken voor een eigen inbreng en een natuurlijk verloop van het gesprek. Dit heeft geresulteerd in interessante informatie.⁹³

5.2. Algemene tips en adviezen

In een aanbestedingstraject zijn er een aantal aspecten welke altijd van belang zijn. Daarnaast zijn er een aantal aandachtspunten welke gelden voor de specifieke fases uit het tender-verkoopmodel⁹⁴.

- Doe wat gevraagd wordt;
- Denk vooruit, zorg voor een goede voorbereiding en gebruik ervaringen bij een volgende aanbesteding;
- Let op alle strikte termijnen. Er is maar één kans;
- Lees goed en begrijp wat er precies gevraagd en bedoeld wordt en bij twijfel:
- Stel vragen. In de gedachtegang van transparantie en doorzichtigheid is de aanbestedende dienst verplicht antwoord te geven op alle vragen over de aanbesteding;
- Communiceer prettig en naar de wensen van de aanbestedende dienst.

⁹³ Zie bijlage 5: Uitwerking interviews

⁹⁴ Zie figuur 2: tender-verkoopmodel

5.3. Tips en adviezen bij de voorfase

- Anticipeer tijdig in de voorfase over eventueel ophanden zijnde aanbestedingen, zodat gerichte voorbereidingen mogelijk zijn. Stuur indien binnen de aanbestedingsrechtelijke grenzen mogelijk is naar een gunstige opdracht;
- Zorg voor een standaardvoorbereiding binnen de organisatie;
- Weet wie er met het aanbestedingstraject belast en bevoegd zijn en zorg daarbinnen voor voldoende kennis. Het instellen van vaste personen zorgt ook voor groei van ervaring binnen aanbestedingsprocedures;
- Stel eventueel iemand aan die zich bezig houdt met handelen in de voorfase (bijvoorbeeld een accountmanager en/of een pre-tenderconsultant). Deze persoon heeft als functie het signaleren van aanbestedingen en het onderhouden van relaties. Indien er sprake is van het al werkzaam zijn bij een aanbestedende dienst waak er dan voor dat het lijkt of het allemaal goed gaat terwijl de aanbestedende dienst het liever anders of beter ziet. Kijk dan ook eens kritisch naar de samenwerking en verbeter zo nodig;
- Ken uw markt en zorg dat u op de hoogte bent van alle ontwikkelingen binnen uw branche.

5.4. Tips en adviezen bij de inschrijvingsfase

- Maak een weloverwogen beslissing om wel of niet in te schrijven;
- Voldoe aan alle eisen en wensen van een aanbestedende dienst;
- Werk netjes en zorgvuldig. Voldoe aan alle formele vereisten en voorkom hiermee uitsluiting. Daarnaast laat de inschrijving er op een positieve manier uitspringen door gebruik te maken van een vernieuwde uitstraling. Houdt voldoe hierbij wel aan de eisen die aan het inschrijvingsdocument worden gesteld!
- Lever alles op tijd in;
- Maak gebruik van de vragenronde en stel vragen. Vragen om tot de achterliggende gedachte te komen van de aanbestedende dienst alsmede tactische vragen welke kunnen leiden tot het verhinderen van de concurrentie of het eenvoudiger maken van inschrijven.

5.5. Tips en adviezen bij de evaluatiefase

- Evalueer altijd, zowel bij winst als verlies; (Allereerst om te achterhalen wat de reden van afwijzing is en daarnaast om contact op te bouwen met de aanbestedende dienst)
- Laat de evaluatiefase dienen als een voorfase;
- Gebruik de verkregen informatie bij een evaluatiefase ook bij een volgende aanbesteding;
- Hanteer een systeem waarin wordt bijgehouden wie, wanneer, en waarom is afgewezen. Maak van iedere procedure een kort verslag zodat dit bij een volgende aanbesteding makkelijk terug te vinden is. Gebruik deze informatie om het aanbestedingstraject te verbeteren op grond van opgedane kennis en ervaring.

5.6. Samenvatting

Als een organisatie tevreden is met de wijze van omgaan met aanbesteden en er een juiste balans is van inspanning en resultaat is het prima. Maar bedenk dat het vrijwel altijd mogelijk is om te veranderen en hiermee zelfs te verbeteren.

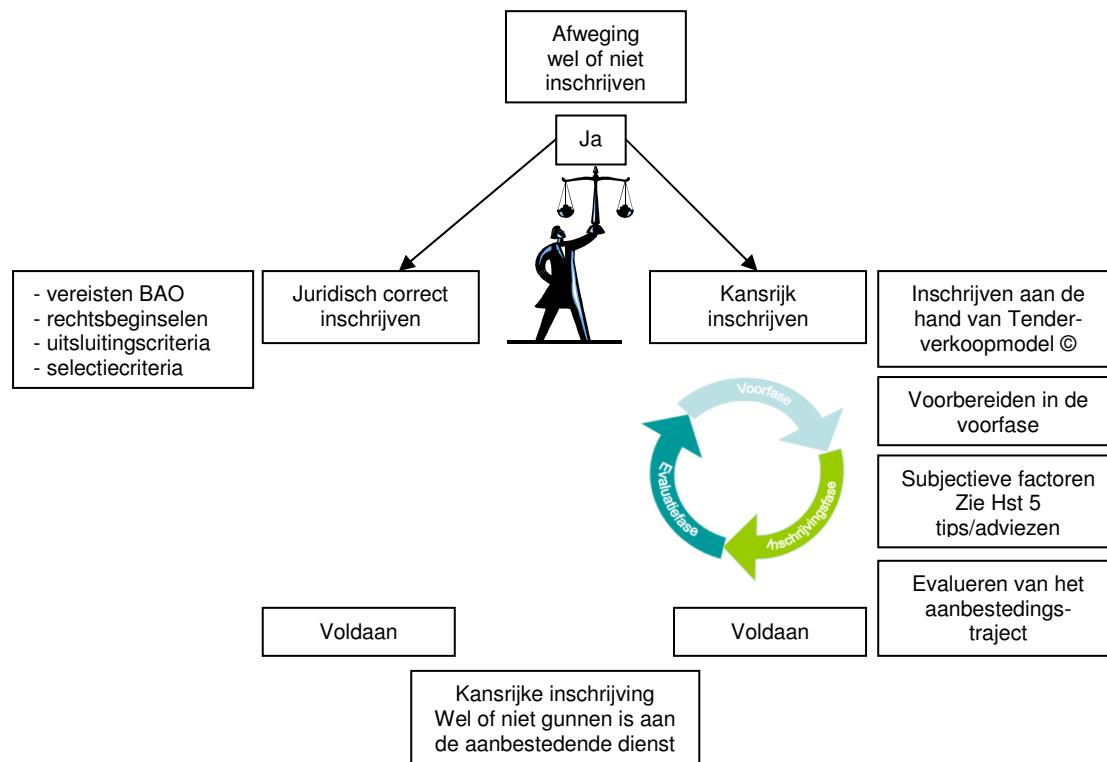
Het aanbestedingsproces bestaat in theorie uit 2 delen:

1. Zorgen voor een juridisch correcte inschrijving waarbij wordt voldaan aan alle juridische vereisten waarmee vervolgens uitsluiting wordt voorkomen. Kansrijk inschrijven heeft te maken met de in een opdracht gestelde eisen, en wat in de ogen van de aanbestedende dienst de beste opdracht is. Dit is vastgelegd in de verschillende aanbestedingsdocumenten. Als een organisatie voor de laagste prijs geeft wat de aanbestedende dienst wil, wordt aan deze organisatie de opdracht gegund. Lijkt heel simpel maar er komt toch nog heel wat bij kijken voordat daadwerkelijk een opdracht wordt gegund.

2. Om te komen tot een inschrijving die kans maakt om de opdracht binnen te komen zijn er een aantal aspecten die een belangrijke rol spelen. Deze uitkomst is gebaseerd op praktijkervaring. Het is al eerder aan bod gekomen, maar nogmaals het aanbestedingstraject houdt meer in dan alleen inschrijven op een aanbesteding. Hieraan vooraf gaat een zogenoemde voorfase en na het sluiten van de inschrijvingsfase is er nog sprake van een evaluatiefase. Dit is aan de hand van het tender-verkoopmodel ©.⁹⁵ Belangrijk is om van de verschillende fases gebruik te maken. In de voorfase door middel van voorbereiding binnen de organisatie van het inschrijvingsproces en het contact leggen met de aanbestedende dienst. En de evaluatiefase om te achterhalen wat de redenen van afwijzing zijn en nogmaals contact te hebben met de aanbestedende dienst en deze informatie dan ook effectief en efficiënt gebruiken voor een volgend te doorlopen aanbestedingstraject. Het is altijd belangrijk om het gehele aanbestedingstraject en dan met name de inschrijvingsfase goed te doen, of niet te doen aangezien het anders zonde is van de tijd en moeite. De aanbestedingsmarkt van beiden kanten is immers groot. Veel aanbestedingen, maar ook veel inschrijvers.

Daarnaast blijft een aanbesteding mensenwerk. Houdt in gedachten dat het, ook al is het niet de intentie, het kan gaan om subjectieve factoren die meewegen in de beoordeling van inschrijvingsdocumenten. Bij iedere aanbesteding zijn er ook factoren waarop een inschrijver geen invloed heeft en die wel kunnen meespelen bij de beoordeling. Denk aan concurrerende partijen.

⁹⁵ Zie hoofdstuk 2 voor een uitgebreide omschrijving en de werking van het tender-verkoopmodel©



Figuur 14: Kansrijk inschrijven

6. CONCLUSIE

Het onderzoek naar de vraag hoe een gegadigde op juridisch correcte wijze een inschrijvingsproces voor een (Europese) aanbesteding voor leveringen of diensten doorloopt en welke overige (subjectieve) factoren bepalen of een inschrijving kansrijk is heeft geresulteerd in deze scriptie. De wijze van onderzoek alsmede de resultaten zijn opgenomen en verwerkt in de verschillende voorgaande hoofdstukken.

De conclusies en aanbevelingen volgend op het onderzoek zijn hoofdzakelijk gericht op de doelgroep van het onderzoek: inschrijvers op aanbestedingen.

Paragraaf 6.1 behandelt de wet- en regelgeving van het aanbestedingsrecht waarin de voor de praktijk relevante belangrijkste bevindingen worden genoemd. Paragraaf 6.2 combineert en koppelt de juridische vereisten aan de (subjectieve) factoren voor een kansrijke inschrijving waarna paragraaf 6.3 tot slot een algemene aanbeveling geeft.

6.1. Invloed van het juridisch kader op het aanbestedingstraject

Op Europees niveau is de regelgeving voor aanbestedingen neergelegd in richtlijn 2004/18/EG, de algemene richtlijn met betrekking tot aanbestedingen van werken, diensten en leveringen. Nederland heeft deze richtlijn geïmplementeerd middels het Besluit Aanbestedingsregels Overheidsopdrachten (BAO). In het BAO zijn de verplichtingen opgenomen voor aanbestedende diensten en aanbestedingsplichtige opdrachten met een waarde boven het drempelbedrag.⁹⁶ Naast het Europees aanbestedingsrecht zijn lidstaten vrij om een Nationaal beleid voor aanbesteden op te stellen. In Nederland zijn er bepaalde gemeentes die in lokaal beleid de regelgeving van aanbestedingen voor opdrachten onder de Europese drempelbedragen hebben vast gelegd. Gedachtegang is om de inkoop van diensten of leveringen volgens bepaalde standaard richtlijnen te laten verlopen om zo verantwoord om te gaan met de gemeenschapsgelden.

In een aanbestedingstraject ligt het initiatief voor het juridisch correct doorlopen van de procedure veelal bij de aanbestedende dienst. De verplichtingen uit de wet- en regelgeving zijn immers gericht op de aanbestedingsprocedures waarbij van de aanbestedende dienst wordt geacht deze bij aanbestedingen te volgen. Het is de taak van de aanbestedende dienst om binnen de regelgeving een opdracht te formuleren en op de markt te brengen middels een aankondiging en aanbestedingsdocumenten waarin alle details en vereisten van de opdracht zijn opgenomen.⁹⁷

Desondanks zijn de juridische regels ook voor een inschrijver van belang. De eisen en verplichtingen die immers door de aanbestedende dienst aan de inschrijver worden gesteld komen voort uit de wet- en regelgeving tezamen met de algemene beginselen zoals het transparantiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel, en het proportionaliteitsbeginsel. Gezien het feit dat er alleen rechtelijke toetsing plaatsvindt op verzoek van een van de partijen is het aan de gegadigde zelf om stappen te nemen als er niet binnen de grenzen van het aanbestedingsrecht wordt gehandeld (indien dit ook in het belang is van de betrokken inschrijver). De inschrijver kan de aanbestedende dienst ook op juridische onvolkomenheden wijzen door vragen te stellen.

⁹⁶ Zie bijlage 1

⁹⁷ Artikel 36 BAO

6.2. Kansrijk inschrijven binnen de aanbestedingsregels

Binnen de grenzen van de juridische regels is het voor iedere aanbestedende dienst een zoektocht naar de perfecte combinatie tussen de geformuleerde opdracht en het gewenste aanbod. Voor de inschrijver is het juist hierin tegemoet komen door datgene aan te bieden wat de aanbestedende dienst eist en wenst. Als een inschrijver dit doet (middels het inschrijvingsdocument) dan zal deze de opdracht gegund krijgen.

Om tot dit resultaat te komen zijn er een aantal factoren waar een aanbieder rekening mee kan houden. Op basis van verschillende ervaringen uit de praktijk heeft het onderzoek een aantal tips en adviezen opgeleverd welke ervoor kunnen zorgen dat een inschrijving meer kans maakt op het gegund krijgen van de opdracht.

6.2.1. Invloed voorfase op kansrijk inschrijven

De aanbestedingsregels zijn voornamelijk gericht op de inschrijvingsfase hetgeen tot gevolg heeft dat in de voorfase nog bepaalde mogelijkheden zijn om te handelen ten gunste van een latere aanbesteding.

Uit het onderzoek is gebleken dat het van belang is voor de inschrijver om te weten wat de aanbestedende dienst nu precies wil, eist en wenst. Aangezien het is toegestaan⁹⁸ om te communiceren met aanbestedende diensten kan een inschrijver voorafgaand aan de publicatie van de aanbesteding hier op inspringen. Als er sprake is van een goede relatie gebaseerd op vertrouwen is het mogelijk dat de inschrijver op de hoogte is van een toekomstige aanbesteding en eventueel nog invloed kan uitoefenen bij het formuleren van de opdracht. Vervolgens kan de inschrijver (gerichte) voorbereidingen treffen. Gebleken is dat een actieve houding van de inschrijver in de voorfase, (relatie, voorbereidingen) een pre zijn voor het inschrijvingstraject in verband met tijdsbesparing en inzicht in de opdracht. De kans op gunning wordt verhoogd door een actieve rol in de voorfase van een inschrijver.

6.2.2. Invloed Inschrijvingsfase op kansrijk inschrijven

In de inschrijvingsfase is het de beurt aan de inschrijver om binnen de grenzen van het aanbestedingsrecht een goede aanbieding te doen. De wet- en regelgeving zijn grotendeels gericht op het in goede banen leiden van de inschrijving, hetgeen tot gevolg heeft dat ook de inschrijver zich hier te houden heeft aan de juridische regels die door de aanbestedende dienst zijn neergelegd in de opdracht.

In de inschrijvingsfase worden er twee stappen gemaakt. Één: er vindt selectie plaatst van de inschrijver, en twee: de opdracht wordt gegund aan één van de geselecteerde inschrijvers.⁹⁹

⁹⁸ Communicatie mag mededinging niet beperken. Zie in dit verband paragraaf 2.2.2; '*Chinese Wall-bepaling*'

⁹⁹ Uitzonderingen mogelijk

De uitsluitingscriteria¹⁰⁰ maken deel uit van de selectie en kunnen leiden tot het uitsluiten van de inschrijver tot verdere deelname aan het aanbestedingsproces. Het is aan te bevelen het gevraagde bewijs te overleggen aan de aanbestedende dienst om aan te tonen dat geen van de uitsluitingscriteria van toepassing zijn op de inschrijver. De volgende stap is het aantonen van de geschiktheid van de inschrijver aan de hand van de geschiktheidscriteria.¹⁰¹ Hieruit moet blijken dat de inschrijver in staat is om aan de eisen van de opdracht te kunnen voldoen. De uitsluiting en geschiktheidscriteria tezamen zorgen voor selectie van de aanbestedende dienst. Selectiecriteria zijn overigens puur gericht op de aanbieder en de gunningscriteria op de aanbidding.

Na selectie zal de aanbestedende dienst op basis van bekend gemaakte gunningscriteria¹⁰² de aanbesteding gunnen. Gunning vindt plaats op het criteria laagste prijs, of economisch meest voordelige aanbidding. Zodra er gegund wordt op het criteria van de laagste prijs is de redenatie om te komen tot een kansrijke inschrijving redelijk eenvoudig. Als de inschrijving voldoet aan alle selectiecriteria en vervolgens de laagste prijs biedt, is gunning onvermijdelijk.

Gunning op het criteria van economisch meest voordelige inschrijving brengt een iets andere redenatie met zich mee om te komen tot een kansrijke inschrijving. De aanbestedende dienst maakt hierbij namelijk gebruik van meerdere criteria met betrekking tot de prijs en kwaliteit. Aan alle criteria worden scores toegekend waarna gunning volgt voor de inschrijver met de hoogste score.

Iedere aanbesteding is anders, hetgeen tot gevolg heeft dat iedere inschrijving een maatwerk naast standaardwerk vergt.

Om tot een maximale score te komen is, zoals reeds eerder opgemerkt, van belang te weten wat nu precies bedoeld en gevraagd wordt door de aanbestedende dienst. Aanrader is om hiervoor de contacten in de voorfase effectief te gebruiken, en vragen te stellen aan de aanbestedende dienst bij de vragenronde. De antwoorden hierop zijn terug te vinden in de Nota van Inlichtingen welke deel uitmaakt van de aanbesteding. Het gebruiken van deze Nota van Inlichtingen maakt een aanbesteding meer duidelijk en gedetailleerd hetgeen de inschrijver in staat stelt om te beantwoorden aan de precieze eisen en wensen van de aanbestedende dienst.

6.2.3. Invloed evaluatiefase op kansrijk inschrijven

Na het gunnen van de opdracht is er de mogelijkheid om de aanbesteding te evalueren. Een goede evaluatie kan zorgen voor een verbetering van het proces. Evalueren is dan ook van belang bij het krijgen van de opdracht dan wel bij het niet gegund krijgen van de opdracht. Om inzichtelijk te krijgen waarom een opdracht niet gegund is kan de inschrijver het verzoek doen om de redenen van afwijzing in vergelijking met de winnende inschrijver. Dit kan schriftelijk of mogelijk via een persoonlijk gesprek. Hieruit kan vervolgens opgemaakt worden of het aanbestedingstraject volgens de juiste juridische aanbestedingsregels is verlopen en of er gerechtelijke maatregelen gewenst zijn, daarnaast kunnen eventuele verbeterpunten voor de inschrijver aan bod komen. Het meenemen van deze ervaringen in een volgende inschrijving kan leiden tot een verbetering van het proces.

¹⁰⁰ Artikelen. 45, 47 BAO

¹⁰¹ Artikelen 49,50,51 juncto 52 BAO

¹⁰² Artikel 54 BAO

Het is mogelijk dat tijdens de evaluatie, of misschien al tijdens de procedure, de inschrijver constateert dat de aanbesteding niet volgens de wet- en regelgeving verloopt. In het Nederlandse recht staat dan de gang naar de burgerlijke rechter open. Om de inschrijver de mogelijkheid te geven om gerechtelijke stappen te ondernemen is de aanbestedende dienst verplicht een stand-still termijn op te nemen van minimaal 15 dagen.¹⁰³ Om te voorkomen dat de inschrijver het beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard is van belang om een proactieve houding te kunnen aantonen in de aanbestedingsprocedure door bijvoorbeeld vragen te stellen aan de aanbestedende dienst.¹⁰⁴

6.3. Aanbevelingen voor de praktijk

Specifiek naar voren gekomen in de praktijk is dat het naast het juridisch correct doorlopen van het aanbestedingstraject van belang is om bepaalde aspecten mee te nemen in het aanbestedingstraject om te komen tot een kansrijke inschrijving.

Een goede relatie tussen de inschrijver en de aanbestedende dienst blijkt mee te wegen in de mate van kans op gunning bij het inschrijven op een aanbesteding. Deze relatie speelt mee in zowel de voorfase bij het duidelijk krijgen van de opdracht, de inschrijvingsfase, het toepassen van de kennis over de aanbestedende dienst, als wel de evaluatiefase, het opbouwen en onderhouden van een relatie. Daarnaast is gebleken dat kennis en ervaring bij de inschrijver meespelen bij het doorlopen en succesvol afronden van het aanbestedingstraject. De aanbestedingsmarkt is groot en nog steeds groeiende in de huidige tijd. De strenge eisen en de concurrerende partijen die op de hoogte zijn van het juist doorlopen van een aanbestedingstraject zorgen ervoor dat fouten maken onherroepelijk leidt tot het verliezen van de aanbesteding.

Het gehele aanbestedingsrecht is geregeld in verschillende Europese en nationale wet- en regelgeving, echter wordt het aanbestedingsrecht veelal bepaald door de praktijk. Bij het inschrijven op een aanbesteding moet dus altijd in het achterhoofd gehouden worden dat er naast de juridische vereisten overige (subjectieve) factoren een rol spelen, ook al is het aanbestedingsrecht bedoeld om dit te voorkomen.

Kort gezegd: weet wat gevraagd wordt, doe dan vervolgens ook precies wat gevraagd wordt en zorg er voor dat de inschrijving er op een positieve manier uit springt. Dit is per aanbesteding, aanbestedende dienst, en inschrijver verschillend.

¹⁰³ Volgend uit de uitspraak in de zaak: HvJEG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, Alcatel

¹⁰⁴ Volgend uit de uitspraak in de zaak: HvJEG, 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann

LITERATUURLIJST

Geraadpleegde literatuur

Baarda, De Goede en Teunissen 2005

D.B. Baarda, M.P.M. de Goede, J. Teunissen, *Basisboek Kwalitatief Onderzoek. Handleiding voor het opzetten en uitvoeren van kwalitatief onderzoek*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2005, tweede druk.

Dukes 2007

M. Dukes, *Europees aanbesteden. Nieuwe kansen, nieuwe prijzen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Pisuisse, Teubner 2005

Pisuisse, Teubner, *Elementair Europees gemeenschapsrecht*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2005, zesde druk.

Goorden 2003

C.P.J. Goorden, *Algemeen bestuursrecht compact*, Den Haag: Elsevier juridisch 2003, vierde druk.

Grit 2005

R. Grit, *Projectmanagement. Projectmatig werken in de praktijk*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2005.

Leidraad voor juridische auteurs 2004

Leidraad voor juridische auteurs. Voetnoten, bronvermeldingen, literatuurlijsten en afkortingen in Nederlandse publicaties, Deventer: Kluwer 2004, vierde druk.

Pijnacker Hordijk, Van der Bend, Van Nouhuys 2004

E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, derde druk.

Wieten 2004

H.L.G. Wieten, *Procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2004, tweede druk.

Regelgeving

BAO

Besluit Aanbestedingsregels Overheidsopdrachten

Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, stb. 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, stb 2005, 409

EG-verdrag

Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, verdrag van 25 maart 1957, Trb 1957, 91, laatst gewijzigd 3 oktober 2005, Trb 2006,11

Richtlijn 71/305/EEG

Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB 1971.

Richtlijn 92/50/EEG

Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, PB 1992, L 209/1, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52

Richtlijn 93/36/EEG

Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, PB 1993, L 199/1, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52.

Richtlijn 93/37/EEG

Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB 1993, L 199/54, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52.

Richtlijn 93/38/EEG

Richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, PB 1993, L 199/84, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/4.

Richtlijn 2004/17/EG

Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PB 2004, L 134/1

Richtlijn 2004/18/EG

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, PB 2004, L 134/114.

Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten PB 2007 , L 335/31

Rechtspraak

Alcatel

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 28 oktober 1999, C-81/98

Amphia ziekenhuis

Hoge Raad 1 juni 2007, LJN AZ 9872,

Grossmann

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 12 februari 2004, C-230/02

Jeroen Bosch Ziekenhuis

Rechtbank s'-Hertogenbosch 13 februari 2009, LJN: BH3620 , Retara Interieurwerken tegen het Jeroen Bosch Ziekenhuis

Stadt Hall

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 11 januari 2005, C-107/98

Teckal

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 18 november 1999, C-107/98

Rapporten

Appeldoorn 2007

M. Appeldoorn, *Notitie Europees aanbesteden*, Rapport van Appeldoorn Tendermanagement, Tilburg: 2007.

Appeldoorn 2005

M. Appeldoorn, *Inschrijven op Europese aanbestedingen; de basis!, verkorte handleiding 'Europees aanbesteden'*, Rapport van Appeldoorn Tendermanagement, Tilburg: 2005.

Gemeente Utrecht 1999

Gemeente Utrecht, *Nota aanbestedingsbeleid* 1999. Rapport van gemeente Utrecht: 1999

De Groene 2008

M. De Groene, *Toekomstverwachtingen nieuwe aanbestedingswet. Van voorstel naar praktijk*, Tilburg 2008

Juridische Hogeschool Avans- Fontys 2008

Juridische Hogeschool Avans-Fontys, *Competentieboek E3 en E4, Afstuderen*, Juridische Hogeschool Avans-Fontys, samenstellers: B. Kratsborn, J. Pop, R. Masselink; editie nummer 6, juni 2008 vs 8.

Internetbronnen¹⁰⁵

Aanbestedingen Online©: 2004
<www.aanbestedingenonline.nl>

Appeldoorn Tendermanagement Tilburg: 2008
<www.appeldoorntm.nl>

Eur-lex
Het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, kortweg het Publicatiebureau, Europese Gemeenschappen©: 1995-2009 <www.eur-lex.eu>

Europa, Europese Gemeenschappen©: 1995-2009
<www.europa.eu>

Europa Decentraal Copyright©: 2009 Kenniscentrum Europa decentraal
<www.europadecentraal.nl/>

Europeseaanbestedingen, G. Geertseman
<www.europeseaanbestedingen.eu>

Gemeente.nu
M. Uding, I. Hartendorp, uitgave van Elsevier Overheid, onderdeel van Reed Business bv, Amsterdam: 2009 <www.gemeente.nu.nl>

Leidraadaanbesteden, Regieraad Bouw, Gouda: 2009
<www.leidraadaanbesteden.nl>

Ministerie van Economische Zaken, Directie Communicatie: 2009
<www.ez.nl/>

Overheid, Antwoord©: 2009
<www.overheid.nl>

PIANOO, PIANOO Expertisecentrum Aanbesteden, Den Haag: 2008
<www.pianoo.nl>

Raad van Arbitrage
<www.raadvanarbitrage.nl>

De Rechtspraak: 2009
<rechtspraak.nl/default.htm>

Tenderselekt, Reed Business bv©, Doetinchem: 2007
<www.tenderselekt.nl>

TED, Tenders Electronic Daily
<ted.europa.eu/Exec?Template=TED/editorial_page.htm&DataFlow=ShowPage.dfl&StatLang=NL>

¹⁰⁵ Geraadpleegd in de periode tussen februari 2009 en mei 2009 en gecontroleerd in mei 2009

BIJLAGEN

1.	<i>Europese drempelbedragen</i>	<i>pagina 2</i>
2.	<i>Onderzoeksplan</i>	<i>pagina 3</i>
3.	<i>Lijst van aanbestedende diensten</i>	<i>pagina 21</i>
4.	<i>Lijst van publiekrechtelijke instellingen</i>	<i>pagina 25</i>
5.	<i>Uitwerking interviews</i>	<i>pagina 29</i>

FIGUREN

<i>FIGUUR 1: VAN ONDERZOEK NAAR SCRIPTIE NAAR NOTITIE</i>	<i>10</i>
<i>FIGUUR 2: TENDER-VERKOOPMODEL(C)</i>	<i>11</i>
<i>FIGUUR 3: JURIDISCH KADER (EUROPEES) AANBESTEDINGSRECHT</i>	<i>12</i>
<i>FIGUUR 4: EUROPEES / NATIONAAL AANBESTEDEN</i>	<i>15</i>
<i>FIGUUR 5: NOTITIE (EUROPEES) AANBESTEDEN</i>	<i>17</i>
<i>FIGUUR 6: ONDERZOEK (EUROPEES) AANBESTEDEN</i>	<i>18</i>
<i>FIGUUR 7: TENDER-VERKOOPMODEL(C)</i>	<i>19</i>
<i>FIGUUR 8: START FASES IN EEN AANBESTEDINGSTRAJECT</i>	<i>26</i>
<i>FIGUUR 9: VERSIMPELDE WEERGAVE VAN DE DREMPELBEDRAGEN 2008-2009</i>	<i>28</i>
<i>FIGUUR 10: SELECTIE EN GUNNING</i>	<i>36</i>
<i>FIGUUR 11: DE INSCHRIJVINGSFASE</i>	<i>40</i>
<i>FIGUUR 12: PROCES VAN DE EVALUATIEFASE</i>	<i>41</i>
<i>FIGUUR 13 KORT GEDING</i>	<i>44</i>
<i>FIGUUR 14: KANSRIJK INSCHRIJVEN</i>	<i>50</i>

(Europese) Aanbestedingen

In drie stappen naar een kansrijke inschrijving!

Marissa Willemse, Tilburg, juni 2009

(Europese) Aanbestedingen

In drie stappen naar een kansrijke inschrijving!

Marissa Willemse, Tilburg, juni 2009

Naam student:	Marissa Willemse
Studentnummer:	009962770
Stageverlener:	Appeldoorn Tendermanagement
Afstudeermentor:	De heer mr. M.L. Appeldoorn
Opleiding:	HBO-Rechten
Instelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg
1 ^o afstudeerdocent:	De heer mr. P. van Harten
2 ^o afstudeerdocent:	Mevrouw mr. T. Wielders
Stageperiode:	februari 2009 - mei 2009
Publicatie:	juni 2009

VOORWOORD

In september 2005 ben ik begonnen met de studie HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Na drie en een half jaar gestudeerd te hebben ga ik de opleiding afsluiten met een stage bij Appeldoorn Tendermanagement en een voor deze organisatie geschreven scriptie.

Tijdens het solliciteren naar een stageplaats was het duidelijk dat Appeldoorn Tendermanagement de aangewezen plaats was voor het afronden van mijn studie. Met een inhoudelijk interessant (Europees) aanbestedingsrechtelijk onderwerp en goede begeleiding vanuit deze organisatie boden zij de meeste mogelijkheden.

Bij deze scriptie is een dankwoord aan de Juridische Hogeschool zeker op zijn plaats. Voor het vormgeven aan de opleiding HBO-Rechten en voor de geboden inhoudelijke en praktijkgerichte kwaliteit van het onderwijs.

Tijdens het afstuderen heeft de Juridische Hogeschool mij met raad en daad bijgestaan door middel van de afstudeercommissie bestaande uit: mevrouw R. Masselink tot februari 2009, mevrouw W.G. van den Bosch, mevrouw S.A. Ansems en mevrouw J. Pop.

Direct inhoudelijke betrokken bij het schrijven van deze scriptie waren de heer P. van Harten als eerste afstudeerdocent en mevrouw T. Wielders als tweede afstudeerdocent welke mij de nodige verrassende feedback hebben gegeven.

Voor een toegevoegde waarde aan het theoretische gedeelte van deze scriptie heb ik gebruik gemaakt van meerdere diepte interviews met betrokken personen bij het inschrijvingstraject van verschillende organisaties. Hen wil ik bedanken voor de genomen moeite en de vernieuwende en verfrissende inzichten in het aanbestedingstraject vanuit de inschrijvende kant.

Als laatste gaat mijn dank uit naar de organisatie die het voor mij mogelijk heeft gemaakt om mijn scriptie te schrijven: Appeldoorn Tendermanagement. De altijd vriendelijke Harry Smulders, waar ik veel van heb geleerd, en nog kan leren met betrekking tot projectmatig inzicht, Marjolijn van Riel en Guyonne Bruinsma, waar ik al mijn vragen en verhalen kwijt kon, Floris van der Heijden die altijd tijd had om vragen te beantwoorden en mee te denken over verschillende onderwerpen, Tim Slotboom welke samen met mij meedacht over de invulling van het onderzoek en specifiek mijn afstudeermentor Michiel Appeldoorn, met kritische feedback is de scriptie geworden tot wat hij is. Bedankt voor deze feedback, de mogelijkheid om het aanbestedingsrecht te onderzoeken en te ondervinden en voor je geduld.

Met deze scriptie hoop ik u nieuwe en interessante informatie te geven. Ik wens u veel plezier bij het lezen.

Marissa Willemse
Mei 2009

SAMENVATTING

Deze scriptie bevat een onderzoek naar hoe een gegadigde op juridisch correcte wijze een inschrijvingsproces voor (Europese) aanbestedingen voor leveringen of diensten doorloopt en welke overige (subjectieve) factoren bepalen of een inschrijving kansrijk is.

Dit onderzoek is gebaseerd op informatie verkregen uit verschillende literatuur, wet- en regelgeving, jurisprudentie en ervaringen opgedaan uit de praktijk alsmede ervaringen van betrokken personen bij aanbestedingstrajecten.

(Europees) aanbesteden is een inkoopmethode voor (semi)overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde.

Op Europees niveau is aanbesteden geregeld via de aanbestedingsrichtlijnen 2004/18/EG voor werken, diensten en leveringen en richtlijn 2004/17/EG voor opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

Deze Richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd middels respectievelijk het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO) en het Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren (BASS).

In het BAO is in artikel 1 lid r juncto artikel 1 lid q het begrip aanbestedende dienst (semi) overheid gedefinieerd als een staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

Wanneer een opdracht van een aanbestedende dienst boven een bepaalde waarde, de zogenoemde drempelbedragen, komt, dan is deze verplicht de opdracht aan te besteden volgens de Europese wet- en regelgeving. Voor opdrachten onder de Europese drempelbedragen is geen wettelijke basis. In Nederland is het vooralsnog zo dat er lokaal beleid omtrent inkopen en aanbesteden ingesteld kan worden. Vaak treft de omschreven wijze van aanbesteden in een dergelijk lokaal beleid vele gelijkenissen met het Europees aanbestedingsrecht.

Appeldoorn Tendermanagement onderscheidt in een aanbestedingstraject drie fases: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase. De voorfase is de fase voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging tot opdracht waarin betrokken partijen voorbereidingen kunnen treffen. De inschrijvingsfase start op het moment van de publicatie van de aanbesteding en eindigt op het moment dat de inschrijvingstermijn verloopt. Na het sluiten van de inschrijvingsfase begint de evaluatiefase waarin de aanbestedende dienst en de inschrijver gezamenlijk of intern kunnen evalueren.

De meeste gebruikte procedures voor een aanbesteding zijn de openbare en de niet-openbare procedure. Beide procedures verlopen volgens dezelfde stappen met enig verschil dat de niet-openbare procedure uit twee verschillende fases bestaat. Een inschrijver moet allereerst geselecteerd worden waarna deze een uitnodiging zal krijgen om in te schrijven op de aanbesteding. Na het indienen van de inschrijving beoordeelt de aanbestedende dienst de inschrijvingen aan de hand van vooraf vastgestelde gunningscriteria.

Om te komen tot een kansrijke inschrijving is het voor een inschrijver van belang te voldoen aan de eisen en wensen van de aanbestedende dienst welke vaak kenbaar worden gemaakt in de aanbestedingsdocumentatie. Op het moment dat een inschrijver aan alle juridische eisen heeft voldaan en aan de hand van de gunningscriteria de beste aanbieding doet, (de meeste punten scoort aan de hand van de eisen en wensen van de aanbestedende dienst) dan zal deze de opdracht gegund krijgen.

Leeswijzer

(Europees) Aanbesteden

“Een inkoopmethode voor (semi) overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde.

Europese aanbestedingen zijn opdrachten met een waarde boven de drempelbedragen en daarom verplicht zijn om volgens de Europese regelgeving te worden aanbesteed. Opdrachten onder de drempelbedragen hoeven niet verplicht te worden aanbesteed volgens de Europese regelgeving, maar vaak is er een nationaal of lokaal beleid om dit te reguleren. Per lidstaat kan dit verschillen.

In het onderzoek wordt met de term aanbesteden zowel Nationaal aanbesteden (aanbesteden onder de Europese drempelbedragen) alsmede Europees aanbesteden bedoeld, mitst de context specifiek vraagt om een vernoeming als het gaat om Europees of Nationaal aanbesteden. Reden hiervoor is het feit dat Nationaal aanbesteden vele gelijkenissen toont met Europees aanbesteden.

Aanbestedende dienst

De staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

Aanbestedingsdocumentatie

Alle documentatie van de aanbestedende dienst die verband houdt met de aanbesteding.

Aanbestedingstraject

In dit onderzoek wordt met aanbestedingstraject bedoeld alles rondom aanbesteden. De gehele fase waarin aanbesteden een rol speelt. Daaronder zijn nog drie verschillende aanbestedingsfase te onderscheiden: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase.

Aanbestedingsplichtige opdracht

Opdracht van een aanbestedende dienst met een waarde boven het Europees drempelbedrag.

Appeldoorn Tendermanagement

Appeldoorn Tendermanagement is een gespecialiseerd adviesbureau dat diverse publieke en private organisaties adviseert en traint op het gebied van (Europese) aanbestedingen.¹

Het onderzoek maakt deel uit van de stage bij Appeldoorn Tendermanagement.

Bestek

Aan de hand van het bestek kunnen gegadigden een aanbieding doen, inschrijven op de aanbesteding. Een bestek bevat dan ook alle noodzakelijke informatie om deze aanbieding te kunnen doen. Te denken valt aan een gedetailleerde omschrijving van de opdracht en informatie rondom het aanbestedingstraject.

Bezwarende titel

Een overeenkomst onder bezwarende titel houdt in dat voor een aanbidding partijen een min of meer gelijkwaardige tegenprestatie verschuldigd zijn.

BOPEG afkorting voor Bureau Officiële Publicaties Europese Gemeenschappen.

Het BOPEG is de uitgever van de Europese instellingen en zorgt voor de productie en verspreiding van alle officiële publicaties van de Europese Unie, op papier en in elektronische vorm. Een van de diensten van het publicatiebureau is de TED (Tender Electronic Daily).

Chinese Wall bepaling

Juridisch vereiste welke dient ter voorkoming van het handelen met voorkennis door de inschrijver in de inschrijvingsfase. Het principe is dat een adviseur die ondersteuning biedt bij het opstellen van technische specificaties alleen mee mag dingen naar de opdracht indien hij door zijn adviesfunctie geen wezenlijke voorsprong heeft verkregen op de overige aanbieders, of dat deze aanbieders over dezelfde informatie moeten kunnen beschikken.²

¹ Appeldoorn Tendermanagement; ‘over atm’ <www.appeldoorn.nl/algemeen.html>

² Kenniscentrum Europa Decentraal, Factsheet ‘Aandachtspunten aanbesteden en staatssteun bij gebiedsontwikkeling’; oktober 2007

CPV afkorting voor Common Procurement Vocabulary

Het CPV is een classificatiesysteem voor overheidsopdrachten en geldt binnen de hele Europese Unie. Bij de aankondiging van een overheidsopdracht moet de aanbestedende dienst zijn opdracht coderen aan de hand van de CPV codes. Ieder product of dienst is gerelateerd aan een CPV code. Doordat alle aanbestedende diensten binnen de EU dezelfde CPV codes gebruiken, worden taalbarrières opgeheven en kan een onderneming makkelijk de overheidsopdrachten herkennen die voor hem interessant zijn.

Op 28 november 2007 heeft de Europese Commissie een verordening³ aangenomen waarmee de CPV codes zijn gewijzigd.

Directe werking

Wanneer een besluit directe werking heeft betekent dit dat een particulier of rechtspersoon zich kan beroepen bij de rechter op bepalingen van het besluit tegen de staat of een andere particulier.

Drempelbedrag

Opdrachten met een waarde boven de drempelbedragen zijn door Europa verplicht gesteld om Europees aan te besteden. In bijlage 1 is een overzicht opgenomen van alle nu geldende drempelbedragen. Deze worden namelijk tweejaarlijks vastgesteld.

EG-verdrag

De officiële benaming voor het EG-verdrag is het verdrag betreffende de Europese Unie, publicatieblad nummer C 191 van 29 juli 1992. Het EG-verdrag is in Maastricht ondertekend en inwerking getreden op 1 november 1993. In het EG-verdrag is de oprichting van de Europese Unie uitgewerkt.

EMVI, afkorting van economisch meest voordelige inschrijving

Voor het gunnen van een aanbesteding zijn twee gunningscriteria mogelijk: laagste prijs of EMVI. Bij EMVI moet er sprake zijn van een afweging tussen kwaliteit en laagste prijs. Hiervoor mag de aanbestedende dienst zelf een aantal beoordelingsgronden opstellen.⁴

GPA, afkorting van Agreement on Government Procurement.⁵

Het GPA is een verdrag welke regelingen bevat omtrent overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Het GPA is gebaseerd op de principes van openheid, transparantie en non-discriminatie, die van toepassing zijn op partijen bij aanbestedingszaken vallend onder de overeenkomst, ten gunste van de partijen en hun leveranciers, goederen en diensten.⁶ De regeling is bindend voor alle partijen, momenteel 153 landen, van de WTO.

Gunning

Gunning houdt in dat de aanbesteding wordt toegewezen aan een inschrijver.

<www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/praktijk/Factsheet_PPS_def_webversie_okt07.

Pdf>

³ Europese verordening nummer 213/2008 ter vervanging van EG-verordening nummer 2195/2002.

PB L 74/115 maart 2008, inwerking per 15 september 2008

<eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:074:0001:0375:NL:PDF>

⁴ Artikel 54 BAO

⁵ World Trade Organisation, *The plurilateral agreement on government procurement (GPA)*

<www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm>

⁶ Pianoo, 'Government Procurement

Agreement'<http://www.pianoo.nl/Wet_en_regelgeving/Wetten/Europese_richtlijnen_en_verdragen/Government_Procurement_Agreement_GPA>

IIb diensten

Bij de aanbesteding van diensten bestaat een onderverdeling tussen diensten waarbij het volledige regime van de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing is (IIa) en diensten waarbij slechts een zeer beperkt gedeelte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (IIb) van toepassing is. De IIb diensten zijn aangemerkt als diensten die geen bijdrage leveren aan de eenwording van de interne markt omdat de diensten door nationale dienstverleners (moeten) worden uitgevoerd. Bij IIb diensten is het alleen verplicht om de gunning te publiceren en de algemene regels van het EG-verdrag en de regels van technische specificatie in acht te nemen.

De onderverdeling is neergelegd in de richtlijn zelf en is in het BAO uitgewerkt in twee bijlagen (IIa en IIb), waarin verschillende categorieën van diensten zijn opgesomd.⁷

Implementeren

Zie het begrip richtlijn.

Inbesteden

Wanneer een opdracht wordt uitgevoerd binnen de eigen organisatie van een aanbestedende dienst, dan hoeft deze niet verplicht te worden aanbesteed, maar wordt gesproken over inbesteden. Bij inbesteden vervalt de aanbestedingsverplichting mits aan de voorwaarden wordt voldaan dat er sprake is van een gezagsstructuur en een bepaalde mate van toezicht van de aanbestedende dienst op de uitvoerende organisatie.

Inschrijver (aanbieder, gegadigde, inschrijver)

Alvorens te komen tot een inschrijver zijn er een aantal voorgaande fases waarin een inschrijver met een andere term wordt aangeduid. Een ondernemer welke voorafgaand aan het bekend worden van de aanbesteding hierin geïnteresseerd is om eventueel op in te schrijver wordt gegadigde genoemd. Vervolgens wordt de ondernemer/de gegadigde die zijn producten of diensten aanbiedt aan de hand van de aanbesteding aanbieder genoemd. Op het moment dat de ondernemer zijn inschrijvingsdocument inlevert bij de aanbieder wordt gesproken van een inschrijver. In verband met de leesbaarheid en eventuele onduidelijkheid wordt in dit onderzoek met de term inschrijver zowel aanbieder, gegadigde als de daadwerkelijk inschrijvende onderneming bedoeld mits de context vraagt om een specifieke benaming.

Marktconsultatie

Een publieke marktconsultatie is een door een publieke partij georganiseerde informatie-uitwisseling met belanghebbende partijen over een voorgenomen project, mede aan de hand waarvan die publieke partij de haalbaarheid van en de randvoorwaarden voor dat project vaststelt, en waarvan de resultaten openbaar zullen worden gemaakt.⁸ Een marktconsultatie kan ook informeel plaats vinden. Dit kan op initiatief van de inschrijver en de marktconsultatie wordt dan niet gepubliceerd.

Nota van Inlichtingen

Na het publiceren van de aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst hebben gegadigde de mogelijkheid om vragen te stellen over de opdracht. Alle antwoorden op deze vragen zijn te vinden in de Nota van Inlichtingen welke voor alle gegadigden openbaar wordt gemaakt.

Nutssectoren / Speciale Sectoren

Met het begrip nutssectoren wordt in de aanbestedingspraktijk vaak hetzelfde bedoeld als de speciale sectoren. Een speciale sector bedrijfs is een overheidsbedrijf of een bedrijf of instelling waaraan door de overheid een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend indien deze aan één van de in de artikelen 2 tot en met 7 BASS genoemde activiteiten uitoefent. Voorbeelden hiervan zijn aanbieders van gas of warmte, elektriciteit, drinkwater en openbaar vervoer of havens of postdiensten.

⁷ Pianoo, '2. Wat moet ik weten over aanbesteden'

<<http://metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn2/antwoord8-2.html>>

⁸ Ministerie van Financiële Zaken, *Marktconsultatie: een dialoog tussen markt en overheid'*

<www.minfin.nl/dsresource?objectid=minfinbeheer:28448&versionid=&subobjectname=>>

PIANOO

Voluit PIANOO Expertisecentrum Aanbesteden. Dit is een netwerkorganisatie voor overheidsopdrachtgevers. PIANOO is een onderdeel van het Ministerie van Economische Zaken en heeft als functie het bieden van informatie, advies en praktische tips aan iedereen die zich bij de publieke sector bezig houdt met het inkopen en aanbesteden van werken, leveringen en diensten.⁹

Publiekrechtelijke instelling

Het begrip publiekrechtelijke instelling is gedefinieerd in artikel 1 lid q BAO. Kort gezegd worden hiermee instellingen bedoeld die zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang niet zijnde van industriële of commerciële aard, rechtspersoonlijkheid hebben en waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de staat of zijn territoriale lichamen worden gefinancierd.

Richtlijn

Een richtlijn is een bindend besluit van de Europese Unie met verplicht na te leven regels voor de lidstaten. Een richtlijn wordt uitgevaardigd door de Raad van Ministers vaak tezamen met het Europees Parlement of door de Europese Commissie. De resultaten liggen vast, maar lidstaten mogen zelf beslissen over de uitvoering ervan. Een richtlijn moet geïmplementeerd/omgezet worden naar Nationaal recht. Iedere lidstaat moet zelf aan de hand van de richtlijn zorgen dat de bepalingen uit de richtlijn opgenomen worden in de wet- en regelgeving. Een richtlijn heeft in beginsel geen directe werking. Men kan zich beroepen op de richtlijn wanneer deze is geïmplementeerd in nationaal recht.¹⁰

Op dit moment gelden in het aanbestedingsrecht de richtlijnen 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, PB 2004, L 134/114, ook wel de Algemene Richtlijn genoemd en de richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PB 2004, L 134/1 ook wel de Richtlijn Nutssectoren genoemd.

Stand-still termijn

Voortgekomen uit het Alcatel arrest en opgenomen in artikel 55 lid 2 BAO. De inschrijver wordt de mogelijkheid gegeven om binnen een redelijke termijn van minimaal 15 dagen in beroep te gaan tegen een besluit van de aanbestedende dienst. Deze termijn begint te lopen na het kenbaar maken (verplicht voor de aanbestedende dienst) van het voornemen tot gunning.

TED afkorting voor Tenders Electronic Daily

TED is de online versie van het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie, bestemd voor Europese openbare aanbestedingen.¹¹

Tender-verkoopmodel©

Appeldoorn Tendermanagement hanteert bij een aanbestedingstraject drie fases: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase. De voorfase is de fase voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging tot opdracht en geeft partijen de mogelijkheid de nodige voorbereidingen te treffen. De inschrijvingsfase staat in het teken van het inschrijven op de aanbesteding door ondernemers en start op het moment van de publicatie van de aankondiging tot opdracht en eindigt bij het sluiten van de inschrijvingsfase waarop de evaluatiefase volgt waarin de aanbestedende dienst en de inschrijver de mogelijkheid hebben om alleen dan wel gezamenlijk de aanbestedingsprocedure te evalueren.

VOG afkorting van verklaring omtrent gedrag

Deze verklaring wordt afgegeven door het Ministerie van Justitie en geldt als aantoonbaar bewijs voor de aanbestedende dienst dat een inschrijver aan een aantal uitsluitingscriteria wordt voldaan.

⁹ <www.pianoo.nl/>

¹⁰ Europa NU, *Richtlijn*, <www.europa-nu.nl/9353000/1/j9vvh6nf08temv0/vh7bhovynh7>

¹¹ Nederlands talige online versie TED:

<ted.europa.eu/Exec?Template=TED/editorial_page.htm&DataFlow=ShowPage.dfl&StatLang=NL>

INHOUDSOPGAVE

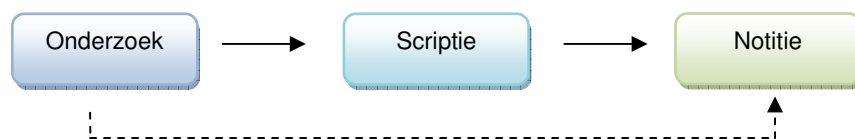
VOORWOORD	2
SAMENVATTING	3
LEESWIJZER	4
1. INLEIDING	10
1.1. DEFINITIE (EUROPEES) AANBESTEDEN	11
1.2. HISTORIE	11
1.2.1. JURIDISCH KADER	11
1.2.2. RECHTSBEGINSELEN	14
1.3. EUROPEES VS. NATIONAAL AANBESTEDEN	15
1.4. AANBESTEDEN IN DE PRAKTIJK	16
1.5. METHODIEK	17
1.5.1. DOELSTELLING	17
1.5.2. RANDVOORWAARDEN	18
1.5.3. METHODIEK VAN ONDERZOEK	18
2. “DE VOORFASE”	19
2.1. BETROKKEN PARTIJEN	19
2.1.1. DE OVERHEID	19
2.1.2. DE INSCHRIJVER	21
2.2. VOORBEREIDINGEN IN DE VOORFASE	21
2.2.1. DE AANBESTEDENDE DIENST IN DE VOORFASE	21
2.2.2. DE INSCHRIJVER IN DE VOORFASE	22
2.3. SAMENVATTING	24
3. “DE INSCHRIJVINGSFASE”	26
3.1. AANBESTEDINGSPLICHTIGE OPDRACHT	26
3.1.1. UITZONDERINGEN	27
3.2. DREMPELBEDRAGEN	28
3.2.1. SPLITSINGSVERBOD	29
3.2.2. LOOPTIJD	29
3.2.3. VERLENGING	29
3.3. AANBESTEDINGSPROCEDURES	30
3.3.1. DE OPENBARE PROCEDURE	30
3.3.2. DE NIET-OPENBARE PROCEDURE	31
3.3.3. CONCURRENTIEGERICHTE DIALOOG	32
3.3.4. PROCEDURE VAN GUNNING VIA ONDERHANDELINGEN (MET OF ZONDER AANKONDIGING)	32
3.3.5. PRIJSVRAAG VOOR ONTWERPEN	32
3.3.6. DYNAMISCH AANKOOPSYSTEEM	33
3.3.7. RAAMOVEREENKOMSTEN	33

3.4. START VAN DE AANBESTEDINGSPROCEDURE	33
3.4.1. DE AANKONDIGING	34
3.4.2. VRAGENRONDE	34
3.4.3. NOTA VAN INLICHTINGEN	35
3.5. SELECTEREN EN GUNNEN	35
3.5.1. SELECTIECRITERIA.	36
3.5.2. GUNNINGSCRITERIA	38
3.6. SAMENVATTING	39
4. “DE EVALUATIEFASE”	41
4.1. DE GUNNING	41
4.2. JURIDISCH KADER RECHTSBESCHERMING	42
4.2.1. RECHTSBESCHERMING OP EUROPEES NIVEAU	42
4.2.2. RECHTSBESCHERMING OP NATIONAAL NIVEAU	43
4.3. RECHTSBESCHERMING IN DE DAGELIJKSE PRAKTIJK	43
4.3.1. BEROEP	44
4.3.2. BEZWAAR	45
4.4. DE EVALUATIE VAN HET AANBESTEDINGSTRAJECT	45
4.5. SAMENVATTING	46
5. KANSRIJK INSCHRIJVEN	47
5.1. ONDERZOEKSONDERBOUWING HOOFDSTUK 5	47
5.2. ALGEMENE TIPS EN ADVIEZEN	47
5.3. TIPS EN ADVIEZEN BIJ DE VOORFASE	48
5.4. TIPS EN ADVIEZEN BIJ DE INSCHRIJVINGSFASE	48
5.5. TIPS EN ADVIEZEN BIJ DE EVALUATIEFASE	48
5.6. SAMENVATTING	49
6. CONCLUSIE	51
6.1. INVLOED VAN HET JURIDISCH KADER OP HET AANBESTEDINGSTRAJECT	51
6.2. KANSRIJK INSCHRIJVEN BINNEN DE AANBESTEDINGSREGELS	52
6.2.1. INVLOED VOORFASE OP KANSRIJK INSCHRIJVEN	52
6.2.2. INVLOED INSCHRIJVINGSFASE OP KANSRIJK INSCHRIJVEN	52
6.2.3. INVLOED EVALUATIEFASE OP KANSRIJK INSCHRIJVEN	53
6.3. AANBEVELINGEN VOOR DE PRAKTIJK	54
LITERATUURLIJST	55
GERAADPLEEGDE LITERATUUR	55
REGELGEVING	55
RECHTSPRAAK	57
RAPPORTEN	57
INTERNETBRONNEN	58
BIJLAGEN	59
FIGUREN	59

1. INLEIDING

Deze scriptie is een uitgebreide versie van een notitie geschreven voor Appeldoorn Tendermanagement en haar klanten met betrekking tot het juridisch correct doorlopen van een aanbestedingstraject en daarnaast het kansrijk inschrijven op een (Europese) aanbesteding.¹²

De notitie is een overzichtelijke informatiebron voor inschrijvers op aanbestedingen. Op basis van informatie verzameld via onderzoek wordt een scriptie geschreven waaruit de notitie volgt. In deze scriptie is een uitgebreide juridische onderbouwing van het aanbestedingsrecht alsmede het onderzoek naar de (subjectieve) factoren om een inschrijving kansrijk te maken opgenomen.



Figuur 1: Van onderzoek naar scriptie naar notitie

Alvorens inhoudelijk in te gaan op het aanbestedingsrecht allereerst een korte inleiding op het onderwerp (Europees) aanbesteden alsmede een samenvatting van de onderzoeksmethodiek. Vanaf hoofdstuk 2 is het onderzoek opgebouwd aan de hand van het door Appeldoorn Tendermanagement gehanteerde tender-verkoopmodel¹³ wat drie fases hanteert: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase.

Het tender-verkoopmodel¹³ omvat het gehele inschrijvingsproces bij aanbestedingen in drie opeenvolgende fases:

- De voorfase;
Waarin het contact tussen inschrijver en aanbestedende dienst alsmede organisatorische voorbereiding centraal staat.
- De inschrijvingsfase;
Lopend van aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst en eindigend bij het verlopen van de inschrijvingstermijn.
- De evaluatiefase.
Analyse van eventuele succes- en faalfactoren. Deze fase staat in het teken van verbetering van het proces en voorbereidingen op een eventuele volgende inschrijving en mogelijke juridische stappen.

De theoretische kant van deze fases komt in genoemde volgorde aan bod in hoofdstuk 2 tot en met 4. Hoofdstuk 5 staat in het teken van het commerciële aandeel in het aanbestedingsproces, overige (subjectieve) factoren van invloed op een inschrijving. Gebaseerd op vorenstaande bevat hoofdstuk 6 de conclusies en aanbevelingen.

¹² Zie Leeswijzer pagina 4

¹³ Zie figuur 2: Het tender-verkoopmodel¹³



Figuur 2: Tender-verkoopmodel(c)

1.1. Definitie (Europees) aanbesteden

Enigszins verbazingwekkend, maar er is geen eenduidige en specifieke definitie van het begrip (Europees) aanbesteden. Echter, er zijn wel een aantal gebruikte definities:

- *Aanbestedingsrecht: "het geheel van rechtsregels dat het gedrag van overheidsopdrachtgevers rond de uitgifte van opdrachten voor het uitvoeren van werken, het leveren van producten en het verrichten van diensten normeert."*¹⁴
- *Aanbesteden (inkopen) is het proces dat vooraf gaat aan het verstrekken van een opdracht aan een derde voor de uitvoering van werken of de levering van diensten of producten.*¹⁵
- *Aanbesteden is elk proces dat leidt tot een factuur.*¹⁶

Kortom, aanbesteden is het plaatsten van een opdracht conform Europese en Nationale wet- en regelgeving door (semi)overheden waarop een dienstverlener of een leverancier in kan schrijven met als doel de interne markt, in- en verkoop van diensten, leveringen en werken, te stimuleren. In het onderzoek wordt de volgende definitie gehanteerd:

Europees aanbesteden: "een inkoopmethode voor (semi)overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde."

1.2. Historie

Ter uitwerking van de historie in deze paragraaf een verdieping van het algemene juridisch kader omtrent (Europees) aanbesteden en de hieraan gelieerde aspecten.

1.2.1. Juridisch kader

Internationale wet- en regelgeving

Op 1 januari 1995 is in Genève door ondertekening van 23 landen de World Trade Organisation (WTO) opgericht¹⁷. Het WTO is de opvolger van de General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Een van de doelstellingen is het stimuleren van de (internationale) handel. Het WTO omvat 95% van de wereldhandel en inmiddels zijn 153 landen¹⁸ lid van de WTO. In het kader van het WTO is op 1 januari 1996 het Agreement on Government Procurement in werking getreden (GPA).

¹⁴ Pijnacker Hordijk en anderen 2004, pagina 1

¹⁵ Nota aanbestedingsbeleid gemeente Utrecht 1999

¹⁶ Nota aanbestedingsbeleid gemeente Utrecht 1999

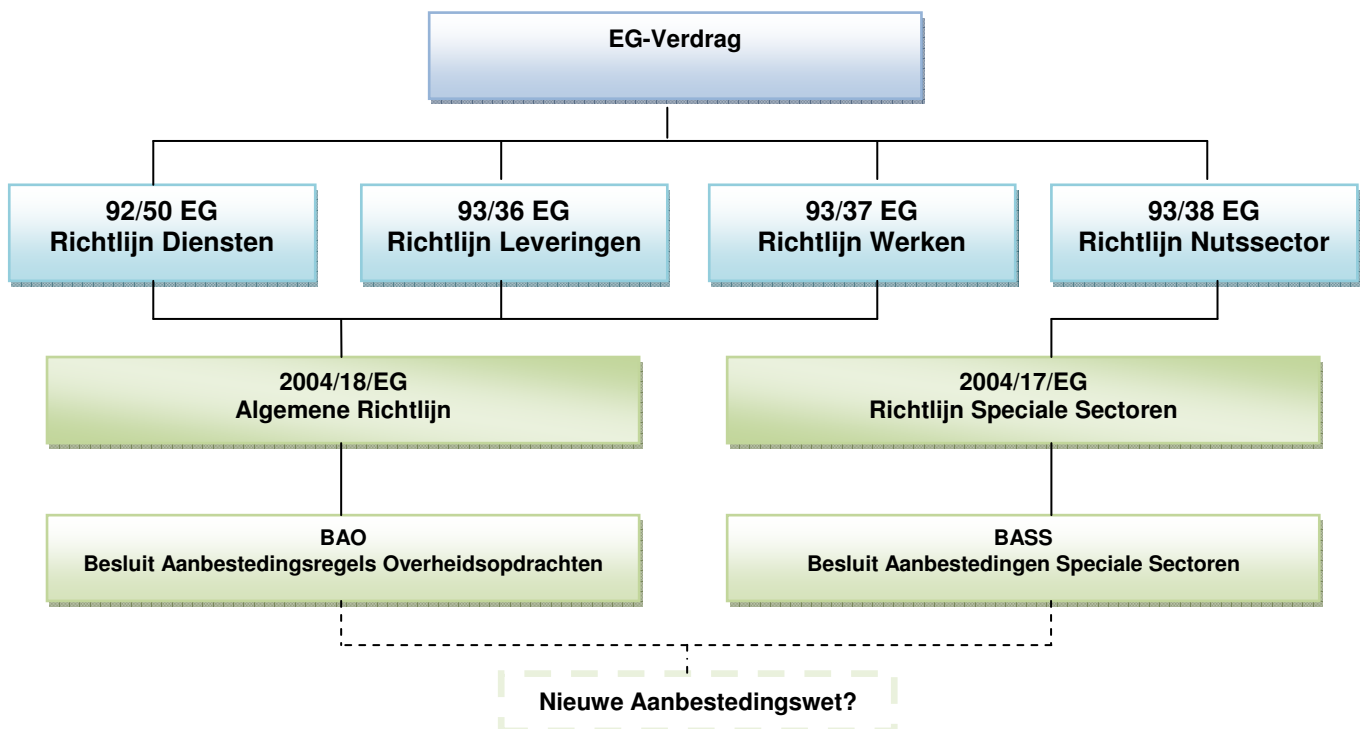
¹⁷ Uruguay Round negotiations (1986-94) Geneve 1 januari 1996

¹⁸ Geldend op 23 juli 2008

Het GPA regelt overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en dient te worden toegepast door de partijen waaronder de Europese Unie, maar heeft geen directe werking hetgeen betekent dat burgers zich niet rechtstreeks bij de rechter kunnen beroepen om bepalingen uit het GPA. Hiervoor is implementatie, omzetting naar Nationaal recht, vereist.¹⁹

Ter volledigheid wordt in verband met aanbesteden de Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) genoemd. Deze is in 1961 in Parijs opgericht en is een samenwerkingsverband tussen 30 lidstaten waaronder Nederland. Het OECD heeft regelgeving opgesteld onder andere ter voorkoming van concurrentiebeperkende maatregelen en ter bevordering van de internationale handel. Deze regelgeving is niet bindend, maar iedere lidstaat heeft een Nationaal Contact Punt (NCP) die zorg dient te dragen voor het bevorderen van het naleven van de regelgeving.

Europese wet- en regelgeving



Figuur 3: Juridisch kader (Europees) aanbestedingsrecht

De Europese Unie (EU) heeft als doel het bevorderen van een harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele EU. Ter realisatie van deze doelstelling is er het streven naar een interne markt welke gekenmerkt wordt door de afschaffing van hinderpalen tussen de lidstaten voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal²⁰, ook wel de vier vrijheden genoemd.

¹⁹ Zie leeswijzer pagina 5 voor uitleg van de begrippen directe werking en implementatie

²⁰ Respectievelijk artikelen 23, 39, 49 en 56 (EG-Verdrag, 1958)

Het aanbestedingsrecht is een uitvloeisel van de gedachte van de interne markt. Het doel van de aanbestedingsrichtlijnen is het tot stand brengen van één transparante overheidsmarkt, waarbij ondernemingen uit de verschillende lidstaten op voet van gelijkheid op elkaars markten naar overheidsopdrachten kunnen meedingen en waarbij er sprake is van een effectieve, internationale concurrentie.²¹

Ter realisatie van de interne markt heeft de Europese Commissie onder andere aanbestedingsrichtlijnen opgesteld. De eerste richtlijn dateert van 1971.²² De complete Europese invulling van de regelgeving omtrent aanbesteden heeft plaatsgevonden middels:

- Richtlijn Diensten, richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, PB 1992, L 209/1, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52;
- Richtlijn Leveringen, richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, PB 1993, L 199/1, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52;
- Richtlijn Werken, richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 17 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB 1993, L 199/54, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52;
- Richtlijn Nutssectoren, richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, PB 1993, L 199/84, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/4.

Deze richtlijnen zijn de voorgangers van de nu geldende Europese aanbestedingsrichtlijnen²³ en sinds het in werking treden van de richtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG ingetrokken. Verwijzingen naar deze richtlijnen gelden als verwijzingen naar de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen.²⁴

Europese aanbestedingsrichtlijnen

Om het aanbestedingsrecht te uniformeren, moderniseren en te vereenvoudigen is in 2004 besloten om deze vier richtlijnen te vervangen door de richtlijn 2004/17/EG²⁵ betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, ook wel de nieuwe richtlijn Nutssectoren genoemd en richtlijn 2004/18/EG²⁶ betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, ook wel de Algemene richtlijn genoemd.

De toepassing van de richtlijnen moet zorgen voor een professioneler inkoopproces voor overheidsopdrachten.²⁷

²¹ De interne markt was het begin van Europees Aanbestedingsrecht, echter in Nederland werd openbaar aanbesteden voor de Rijksoverheid verplicht in het jaar 1815. Het doel destijds was om een doelmatig beheer van middelen en het bestrijden van corruptie bij ambtenaren te bewerkstelligen

²² Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971, PB 1971, L 185/5

²³ Zie leeswijzer pagina 7

²⁴ Pijnacker Hordijk en anderen 2004 pagina 18

²⁵ Richtlijn nr. 2004/17/EG PB L134/1

²⁶ Richtlijn nr. 2004/18/EG PB L134/114

²⁷ Overheidsopdrachten maken 16% uit van het Bruto Binnenlands Product (BBP) van de EU

Nationale wet- en regelgeving

De Europese aanbestedingsrichtlijnen hebben geen directe werking. Nederland is verplicht om de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG om te zetten naar nationale regelgeving/te implementeren. Dit is gebeurt middels het Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren (BASS)²⁸ en het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO)²⁹ welke op 1 december 2005 in werking zijn getreden.

Deze besluiten bevatten regels voor het verstrekken van opdrachten door de overheid en door bepaalde bedrijven in de nutssectoren (water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten). Het Ministerie van Economische Zaken heeft zelf de invulling gegeven aan het wettelijk kader aan de hand van de Europese aanbestedingsrichtlijn. Het BAO en het BASS kunnen gezien worden als een vertaling en uitwerking van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Er zijn concrete plannen om het gehele Nationale aanbestedingsrecht op de schop te nemen en onder te brengen in een nieuwe Aanbestedingswet. Het eerste wetsvoorstel is op 8 juli 2008 door de Eerste Kamer verworpen. Met een nieuwe Aanbestedingswet wilde het kabinet een modern wettelijk kader voor het aanbesteden maken.

Het Ministerie van Economische Zaken heeft echter op 29 april 2009 de openbare consultatie gestart betreffende het nieuwe (tweede) conceptvoorstel Aanbestedingswet. Een ieder mag voor 17 juni 2009 reageren op het nieuwe wetsvoorstel. Alle reacties worden vervolgens gebruikt bij de verdere uitwerking van het wetsvoorstel.³⁰



1.2.2. Rechtsbeginselen

Naast de wet- en regelgeving rondom aanbesteden, spelen rechtsbeginselen een cruciale rol binnen het aanbesteden. In het EG-verdrag worden de zogenoemde vier vrijheden genoemd:

- Vrij verkeer van goederen;
- Vrijheid van vestiging;
- Vrij verlenen van diensten;
- Vrijheid van kapitaal.

²⁸ Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren), *stb.* 2005, 409

²⁹ Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten), *stb.* 2004, 408

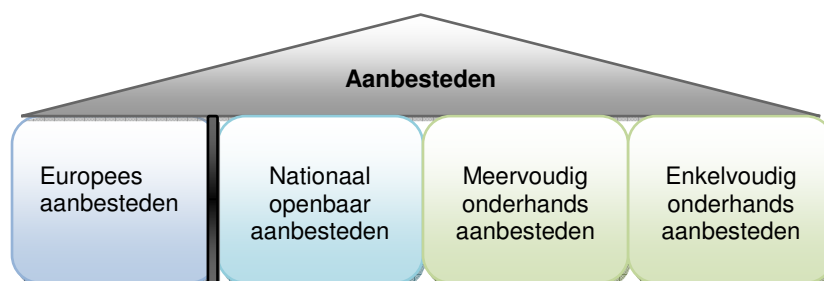
³⁰ Ministerie van Economische Zaken, *Consultatie Wetsvoorstel Aanbestedingswet*, <www.ez.nl/Onderwerpen/Huidige_economie/Aanbestedingen/Consultatie_Wetsvoorstel_Aanbestedingswet>

Op het gebied van aanbesteden zijn uit deze vier vrijheden de algemene beginselen afgeleid, welke deels zijn genoemd richtlijn 2004/18/EG en het BAO;³¹

- Het transparantiebeginsel, genoemd in artikel 2 BAO. Voor de aanbestedingspraktijk houdt dit in dat vooraf met een voor iedereen leesbare beschrijving duidelijk moet zijn wat er verwacht wordt. Beslissingen moeten duidelijk worden gemotiveerd;
- Het non-discriminatiebeginsel en gelijkheidsbeginsel, De strekking van dit beginsel is dat gelijke gevallen ook gelijk behandeld moeten worden. Het is een verbod op elke vorm discriminatie op grond van nationaliteit. Enige vorm van ongerechtvaardigd onderscheid tussen lidstaten is niet toegestaan. Opgenomen in artikel 12 EG-verdrag en artikel 2 BAO. Bij aanbestedingsprocedures houdt dit in dat een ieder op dezelfde wijze moet worden behandeld, en dat iedereen dezelfde informatie moet krijgen;
- Het proportionaliteitsbeginsel, Opgenomen in artikel 5 EG-verdrag om ervoor te zorgen dat besluiten in verhouding staan met het doel. Lidstaten zijn verplicht om het minst ingrijpende middel te kiezen. Technische specificaties, uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectie- en gunningscriteria moeten relevant zijn en in verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht.³²

De algemene beginselen houden voor een aanbestedende dienst in dat deze te allen tijde transparant, objectief en non-discriminatoir dient te handelen en daarbij geen disproportionele eisen mag stellen.

1.3. Europees vs. Nationaal aanbesteden



Figuur 4: Europees / Nationaal aanbesteden

Het initiatief voor het verplicht stellen van aanbesteden voor overheidsopdrachten van aanbestedingsplichtige diensten waarvan de waarde boven een vastgesteld bedrag komt (het drempelbedrag³³), ligt bij de Europese Unie (EU). Opdrachten beneden de Europese drempelbedragen zijn niet verplicht om Europees te worden aanbesteed, en vallen derhalve niet onder het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsregelgeving.

³¹ Richtlijn 2004/18/EG rechtsoverweging 2, BAO paragraaf 2

³² PIANOo, metrokaart; Punt 2; *wat zijn de beginselen van aanbesteden*
<metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn2/antwoord2-2.html>

³³ Zie bijlage 1: Europese drempelbedragen

Zowel bij Europees aanbesteden als bij Nationaal aanbesteden is het voor de aanbestedende dienst verplicht om te voldoen aan de algemene beginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. Om dit te reguleren en om een professioneel inkoopproces te waarborgen kan er lokaal beleid worden opgesteld. De nationale aanbestedingsprocedures treffen vaak vele gelijkenissen met de Europese aanbestedingsprocedures. Ook komt het in de praktijk voor dat voor een nationale aanbestedingsprocedure de Europese regelgeving (deels) van toepassing wordt verklaard door de aanbestedende dienst.

Als grenswaardes voor aanbestedingsprocedures gebruikt men in de praktijk vaak:

- Onder € 10.000 onderhandse enkelvoudige gunning;
- Tussen € 10.000 en € 90.000 meerder offertes opvragen (minimaal 3) of openbare aanbesteding via een website of regionaal dagblad;
- Boven € 90.000 tot de Europese drempelwaarde van € 211.000 openbaar aanbesteden met een publicatie op nationaal niveau via een website (bijvoorbeeld aanbestedingskalender) of in een landelijk dagblad;
- Boven de Europese drempelbedragen verplicht Europees aanbesteden.³⁴

1.4. Aanbesteden in de praktijk

Aanbesteden is een inkoopmethode voor (semi) overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde.

In de praktijk vertaalt deze definitie zich naar de verplichting om aan te besteden voor een aanbestedende dienst, (semi) overheden, hieronder vallen:

- | | |
|-------------|--|
| Centraal: | ▪ De staat; |
| Decentraal: | ▪ Provincies; |
| | ▪ Gemeenten; |
| | ▪ Waterschappen; |
| | ▪ Publiekrechtelijke instellingen; |
| | ▪ Of een samenwerkingsverband van dezen. |

De verplichting voor een aanbestedende dienst om aan te besteden ontstaat wanneer een opdracht boven een bepaald bedrag komt, de drempelbedragen. Per verschillende overheidsopdracht gelden specifieke drempelbedragen, deze zijn opgenomen in de Europese en nationale wet- en regelgeving en worden om de twee jaar opnieuw vastgesteld.

Voor opdrachten beneden de Europese drempelbedragen³⁵ staat het decentrale overheden vrij om een eigen aanbestedingsbeleid te ontwikkelen. Een dergelijk aanbestedingsbeleid is geformuleerd vanuit het oogpunt van de publieke verantwoordelijkheid. Zij hebben namelijk de verantwoordelijkheid om op zorgvuldige wijze de gemeenschapsgelden zo doelmatig mogelijk te besteden.

Zodra een opdracht wordt aanbesteed hebben alle geïnteresseerde (grote en kleine) bedrijven de mogelijkheid om in te schrijven op de opdracht en mee te dingen naar het binnenhalen van de opdracht.

³⁴ Aanbestedingen online, <www.aanbestedingenonline.nl/?Actueel/Welke%20procedure%3F>

³⁵ Zie bijlage 1: Europese drempelbedragen

1.5. Methodiek

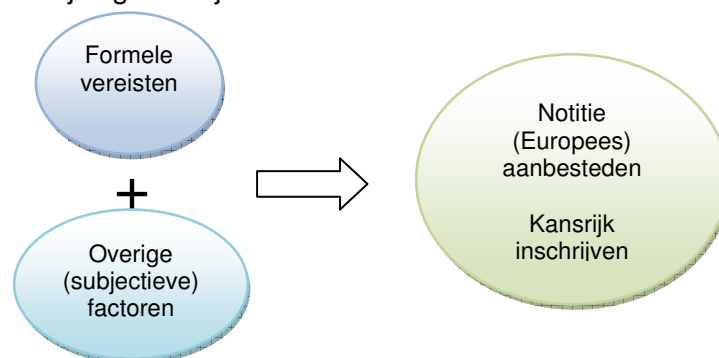
In deze paragraaf komen alle aspecten aan bod met betrekking tot de methode van onderzoek³⁶. Zoals in de inleiding reeds is aangegeven vormt deze notitie de onderzoeksonderbouwing voor de notitie welke is geschreven in opdracht van Appeldoorn Tendermanagement. Deze paragraaf bevat dan ook een tweedeling naar de scriptie en de notitie.

1.5.1. Doelstelling

Deze scriptie is geschreven vanuit de vraag van Appeldoorn Tendermanagement naar een recente notitie met inhoudelijke informatie met betrekking tot de in de praktijk meest voorkomende situaties bij het inschrijven op (Europese) aanbestedingen voor leveringen en diensten.³⁷ Op basis van vorenstaande is de volgende vraagstelling voor de notitie geformuleerd:

Vraagstelling:

Hoe doorloopt een gegadigde op juridisch correcte wijze een inschrijvingsproces voor een (Europese) aanbesteding voor leveringen of diensten en welke overige (subjectieve) factoren bepalen of een inschrijving kansrijk is?



Figuur 5: Notitie (Europees) Aanbesteden

Om een antwoord te geven op deze vraagstelling wordt de volgende doelstelling gehanteerd:

Doelstelling:

Het schrijven van een notitie voor Appeldoorn Tendermanagement en haar klanten waarin wordt beschreven hoe organisaties kansrijk in kunnen schrijven op een (Europese) aanbesteding voor diensten of leveringen in het tijdsbestek van 9 februari tot en met 15 mei 2009.

Alvorens te komen tot het schrijven van de notitie wordt er een onderzoek verricht naar (Europees) aanbesteden. In het onderzoek passeren de drie onderstaande punten de revue:

- Welke basiskennis is vereist om actief te kunnen zijn in het aanbestedingsproces?
- Aan welke vereisten moet een inschrijver voldoen om uitsluiting te voorkomen?
- Wat zijn overige subjectieve factoren die een rol spelen bij een kansrijke inschrijving?

³⁶ Zie bijlage 2: Onderzoeksplan

³⁷ Probleemstelling: het niet aanwezig zijn van een recente notitie over (Europees) aanbesteden



Figuur 6: Onderzoek (Europees) aanbesteden

1.5.2. Randvoorwaarden

Het onderzoek naar de vraag- en doelstelling kent een aantal randvoorwaarden in verband met de mogelijkheden van het onderzoek. Er is gekozen voor een verkorte handleiding met als onderwerp de basis van (Europese) aanbestedingen. Aan bod komen alle relevante aspecten voor een kansrijke inschrijving. Hierbij wordt uitgegaan van aanbestedingen voor diensten en leveringen. Naar aanbestedingen van werken zal geen nader onderzoek worden verricht. Daarnaast worden de nutssectoren, ook wel de speciale sectoren, buiten beschouwing gelaten. Deze randvoorwaarden hebben tot gevolg dat in het onderzoek richtlijn 2004/18/EG en het BAO centraal staan.

De notitie is gericht op bedrijven en organisaties die nu of in de toekomst betrokken (gaan) zijn bij het inschrijven op aanbestedingen. Er wordt uitgegaan van een geringe kennis van het (Europees) aanbestedingsrecht.

De scriptie bevat een beschrijving van alle onderwerpen die aan bod komen in de notitie met een meer juridische onderbouwing van de gevonden informatie en resultaten.

1.5.3. Methodiek van onderzoek

Om te komen tot het behalen en hiermee beantwoorden van de doel- en vraagstelling zal er een praktisch relevant onderzoek worden verricht. Het onderzoek en de daaruit voortkomende documenten zijn gericht op het geven van inzicht in de inschrijvingsprocedure bij aanbestedingen. Bekeken wordt wat in de praktijk een succesvolle manier kan zijn van inschrijven op een aanbesteding. Hier komt uiteraard ook een theoretische relevantie bij kijken aangezien het nodig is om voldoende basiskennis te hebben alvorens dit in de praktijk te gebruiken en naar een juridisch correcte en kansrijke inschrijving te brengen.

Het onderzoek bestaat dan ook uit:

- Deskresearch, het bestuderen van relevante en recente wet- en regelgeving, jurisprudentie, literatuuronderzoek;
- Fieldresearch, gebruik maken van kennis van betrokkenen, gesprekken en interviews met specialisten op het gebied van inschrijven op een aanbesteding.

Middels dit onderzoek zal er gekomen worden tot een bruikbare notitie alsmede de afstudeerscriptie welke invulling zal geven aan het onderwerp correct en kansrijk inschrijven op (Europese) aanbestedingen.

2. “DE VOORFASE”

Zoals reeds naar voren is gekomen in de inleiding, maakt de voorfase deel uit van het Tender-verkoopmodel©.



Figuur 7: Tender-verkoopmodel(c)

Het tender-verkoopmodel© omvat het gehele inschrijvingsproces bij aanbestedingen in drie opeenvolgende fases:

- De voorfase, waarin het contact tussen inschrijver en aanbestedende dienst alsmede organisatorische voorbereiding centraal staat;
- De inschrijvingsfase, lopend van aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst en eindigend bij het verlopen van de inschrijvingstermijn;
- De evaluatiefase, analyse van eventuele succes- en faalfactoren. Deze fase staat in het teken van verbetering van het proces en voorbereidingen op een eventuele volgende inschrijving en mogelijke juridische stappen.

De hoofdstukindeling is opgesteld aan de hand van de fases tijdens het inschrijvingsproces. Dit hoofdstuk zal alvorens in te gaan op de voorfase eerst een inhoudelijke verdieping geven omtrent de betrokken partijen in een aanbestedingsprocedure. In paragraaf 2.2 staan de partijen en de voorbereidingen in de voorfase centraal waarna in paragraaf 2.3 een nadere toelichting volgt op de juridische (on)mogelijkheden. Als afsluiting bevat paragraaf 2.4 een korte samenvatting.

2.1. Betrokken partijen

Binnen het aanbestedingstraject zijn verschillende partijen te onderscheiden. De overheid neemt een aparte positie in aangezien zij te maken heeft met het vertegenwoordigen van verschillende belangen.

2.1.1. De overheid

De overheid is belast met het realiseren van wet- en regelgeving voor de aanbestedingsprocedures. Bij deze wetgevende taak handelt de overheid vanuit het standpunt om de interne markt te stimuleren en te bevorderen. Tevens is zij verplicht en bevoegd om de Europese regelgeving te implementeren naar nationale regelgeving.

Aanbestedende dienst

De overheid is naast wetgever op het gebied van aanbestedingsrecht ook een aanbestedende dienst. Gebaseerd op artikel 1 lid r BAO valt onder het begrip aanbestedende dienst:

- | | |
|-------------|---|
| Centraal: | ▪ De staat; |
| Decentraal: | ▪ Provincies,
als bestuursseenheid van de Nederlandse staat; |
| | ▪ Gemeenten,
kleinste zelfstandige bestuursseenheid binnen de staat; |
| | ▪ Waterschappen,
opgesteld door de provincie met als taak het beschermen van het
land tegen water, zorgen voor land en vaarwegen en waterkwaliteit; |
| | ▪ Publiekrechtelijke instellingen; |
| | ▪ Of een samenwerkingsverband van dezen. |

Onder publiekrechtelijke instelling wordt verstaan:

een instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit (cumulatieve eisen) en waarvan:

- a) De activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, of;
- b) Het beheer onderworpen is aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling, of;
- c) De leden van het bestuur, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.³⁸

Richtlijn 2004/18/EG heeft een lijst opgenomen van wat precies valt onder het begrip aanbestedende dienst en welke instellingen per EU-land worden gekwalificeerd als publiekrechtelijke instelling.³⁹

De in de lijst opgenomen opsomming is niet limitatief, wat betekent dat een instelling die niet op de lijst staat, niet automatisch is vrijgesteld van de aanbestedingsplicht. Bij het bepalen of er sprake is van een publiekrechtelijke instelling wordt er door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (HvJEG) gekeken naar de intentie van de richtlijn anders dan naar de woordelijke bepaling. Een zogenoemde functionele uitleg aan het begrip aanbestedende dienst. Dit heeft ervoor gezorgd dat de omvang van het begrip aanbestedende dienst wordt bepaald door middel van Europese en Nationale rechtspraak.

Vanwege onduidelijkheid omtrent de reikwijdte van het begrip publiekrechtelijke instelling is deze meerdere malen aan bod gekomen in jurisprudentie. Een voorbeeldzaak in deze is de zaak waarin betwist wordt of het Amphia Ziekenhuis als een publiekrechtelijke instelling beschouwd dient te worden. Het Hof van Arnhem heeft in opeenvolging van de Hoge Raad bepaald dat het Amphia ziekenhuis niet als een publiekrechtelijke instelling gekwalificeerd mag worden en hiermee niet aanbestedingsplichtig is. Vorenstaande is gebaseerd op de volgende argumentatie:

De Hoge Raad oordeelde dat bij de beoordeling of er sprake was van een algemeen belang anders dan van commerciële aard, rekening moet worden gehouden met het feit dat ziekenhuizen met andere ziekenhuizen concurreren. Ziekenhuizen worden aangestuurd op rendement, doelmatigheid en rentabiliteit en dragen in toenemende mate exploitatierisico's. Daarnaast was er volgens de Hoge Raad geen sprake van overheidsfinanciering. Hiervan is namelijk alleen sprake als er tegenover de vergoeding geen specifieke prestatie staat.

³⁸ Artikel 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG juncto artikel 1 lid q BAO

³⁹ Zie bijlage 3 en 4: Lijst van aanbestedende diensten en publiekrechtelijke instellingen

Bij het Amphia ziekenhuis was dit niet het geval, want tegenover de door de Ziekenfondswet verstrekte gelden stond namelijk wel een specifieke tegenprestatie, te weten zorg die zij krachtens gesloten overeenkomsten diende te verlenen.⁴⁰

Momenteel verschillen de meningen over de stelling of een ziekenhuis nu wel of niet aanbestedingsplichtig is. Per verschillende opdracht zullen in ieder geval de vereisten van artikel 1 lid q BAO doorlopen moeten worden om te bekijken of aan alle vereisten is voldaan en daarmee het ziekenhuis aanbestedingsplichtig is.⁴¹

2.1.2. De inschrijver

Een inschrijver⁴² is degene, natuurlijke of rechtspersoon, die een inschrijvingsdocument indient op de aankondiging tot opdracht aan de hand van de eisen en voorwaarden gesteld door de aanbestedende dienst in de aanbestedingsdocumentatie. Om te definiëren wie onder inschrijver voor aanbestedingen van diensten of leveringen valt wordt gehanteerd:

- Dienstverlener: een ieder die diensten op de markt aanbiedt.⁴³
- Leverancier: een ieder die producten op de markt aanbiedt.⁴⁴

Een ieder kan inschrijven op een aanbesteding. Het staat de aanbestedende dienst vrij om tot op zekere hoogte -de aanbestedingsbeginselen zoals proportionaliteit, gelijkheid etc. in acht nemend- eisen te stellen aan de inschrijver. Als een inschrijver niet voldoet aan de rechtmatig gestelde eisen van de aanbestedende dienst, dan kan deze uitgesloten worden van de aanbestedingsprocedure. Een nadere uitwerking met betrekking tot de selectiecriteria is opgenomen in paragraaf 3.5.1.

2.2. Voorbereidingen in de voorfase

Bij aanbestedingen spelen de partijen genoemd in de eerste paragraaf ieder een aparte rol. Zij zullen dan ook ieder op hun eigen manier actief zijn in de verschillende fases in een aanbestedingstraject. Deze paragraaf spitst zich toe op de voorfase van een aanbestedingsprocedure. Om dit te kunnen bekijken vanuit de inschrijver volgt eerst een beschrijving van de voorbereidingen van de aanbestedende dienst.

2.2.1. De aanbestedende dienst in de voorfase

De aanbestedende dienst moet voordat daadwerkelijk gestart wordt met de aanbestedingsprocedure bepaalde voorbereidingen treffen. Deze voorbereidingen vinden plaats in de voorfase, voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging tot opdracht.

Voor een aanbestedende dienst is het van belang om te bepalen wat de inkoopbehoefte is. In de praktijk komt het regelmatig voor dat dit een taak is van een inkoopafdeling gezamenlijk met de eindgebruiker en/of de afdeling met vakinhoudelijke kennis.

Voor het nader bepalen van de inkoopbehoefte kan marktconsultatie een belangrijke rol spelen voor de aanbestedende dienst. Zij is niet altijd op de hoogte van de markt en de mogelijkheden en zal zich hierop oriënteren. Bij marktconsultatie wordt gebruik gemaakt van de kennis en ervaring van marktpartijen om de opdracht passend bij de inkoopbehoefte te formuleren.

⁴⁰ Hoge Raad 1 juni 2007, LJN AZ 9872, Amphia ziekenhuis

⁴¹ Zie ook: Van Leeuwen, 'De aanbestedingsplicht van een algemeen ziekenhuis'

.<www.akd.nl/nieuws/actueel/1696.aspx#De_aanbestedingsplicht_van_een_algemeen_ziekenhuis>

⁴² Zie leeswijzer pagina 6

⁴³ Artikel 1 lid f BAO

⁴⁴ Artikel 1 lid e BAO

Omtrent marktconsultatie⁴⁵ is het een en ander nader bepaald. Voorop staat dat indien er gebruik wordt gemaakt van marktconsultatie, dit zorgvuldig en transparant dient te gebeuren, en dat deze de mededinging niet mag uitschakelen. Om dit te waarborgen kan de aanbestedende dienst er bijvoorbeeld voor kiezen om alle resultaten en bevindingen tijdens de marktconsultatie openbaar te maken voor alle betrokken partijen.

Marktconsultatie kan formeel plaatsvinden. Hierbij wordt de marktconsultatie vooraf aan betrokken partijen bekend gemaakt, of informeel waarbij de aanbestedende dienst met een door hem zelf geselecteerde (en misschien op initiatief van) ondernemer van gedachte wisselt over het vormgeven van de opdracht. Formele marktconsultatie vindt plaats na de bekendwording hiervan aan de partijen. Informele marktconsultatie kan plaatsvinden voor het publiceren van de vooraankondiging, maar vindt veelal plaats (als er sprake van is) na publicatie van de vooraankondiging. Ondernemers kunnen zelf initiatief nemen om voordat de opdracht gepubliceerd wordt contact op te nemen met de aanbestedende dienst.

Publicatie van de vooraankondiging

Om geïnteresseerde bedrijven optimaal de kans te geven zich voor te bereiden op een aanbesteding, kan de aanbestedende dienst een vooraankondiging publiceren. Hierin kan de aanbestedende dienst een korte beschrijving van de opdracht, adresgegevens en overige relevante informatie opnemen.⁴⁶ Een dergelijke vooraankondiging is niet verplicht voor de aanbestedende dienst en leidt niet tot de verplichting om daadwerkelijk tot aanbesteden over te gaan, maar heeft als doel om een signaal te geven aan geïnteresseerde bedrijven. Een vooraankondiging kan officieel plaatsvinden.⁴⁷ of de aanbestedende dienst kan voor nationale aanbestedingsprocedures de vooraankondiging doen via bijvoorbeeld een website of lokale krant.

De voorfase eindigt voor de aanbestedende dienst bij de publicatie van de aankondiging tot opdracht, ongeacht of hier een vooraankondiging aan vooraf is gegaan.

2.2.2. De inschrijver in de voorfase

Naast de aanbestedende dienst heeft ook de inschrijver in de voorfase de mogelijkheid zich voor te bereiden op een eventuele aanbestedingsprocedure.

Figuur 8: Niet / Wel inschrijven



⁴⁵ Zie paragraaf 2.2.2

⁴⁶ Artikel 35 lid 2 BAO, bijlage 4, onderdeel A.

⁴⁷ Zie paragraaf 3.4. over de werking van het BOPEG

Organisatie (intern)

De eerste belangrijke afweging is of een bedrijf actief wil zijn binnen de overheidsmarkt en zo ja: hoe hieraan het beste vorm gegeven kan worden binnen de organisatie. Indien er voor wordt gekozen een actieve rol te bekleden binnen het aanbestedingstraject dan is het aan de aanbieder om te bepalen hoe zij dit aan gaat pakken. Zijn er bijvoorbeeld vaste personen belast met de verschillende taken voor het inschrijven? In de praktijk komt het regelmatig voor dat binnen een bedrijf een zogenoemde tenderdesk wordt of is opgericht. Een tenderdesk houdt zich bezig met het signaleren van eventuele aanbestedingen en zorgt tijdens de inschrijvingsfase voor een kwalitatieve en kansrijke offerte.

Voor iedere inschrijving zijn bepaalde documenten vereist. De inschrijver kan ervoor zorgen dat deze documenten doorlopend aanwezig en bruikbaar zijn. Voorbeelden hiervan zijn: Uittreksel kamer van koophandel, algemene informatie voor in de inschrijving zoals een omschrijving van de organisatie, een bedrijfspresentatie en bewijsmiddelen om aan te tonen te voldoen aan de selectiecriteria.⁴⁸

Vorbereitung accountmanager: marktconsultatie

Naast deze standaard voorbereiding kan het zinvol zijn voor de aanbieder om voorafgaand aan het bekend worden van een aanbesteding deze vroegtijdig te signaleren en hierop in te spelen middels een bijdrage aan de door aanbestedende dienst uit te voeren marktconsultatie. De aanbestedende dienst kan er voor kiezen om de marktconsultatie openlijk te houden, of een andere vorm van marktconsultatie te bewerkstelligen. Voor enige vorm van marktconsultatie heeft de aanbieder de mogelijkheid daar zelf initiatief toe te nemen.

Tijdens een marktconsultatie gaan beide partijen om de tafel zitten om de wensen en eisen van de aanbestedende dienst voor de toekomstige opdracht in kaart te brengen. Als het gaat om situaties die zodanig complex zijn of uitgebreid kan marktconsultatie een grote toegevoegde waarde hebben.

Het is in een situatie van marktconsultatie mogelijk dat de aanbieder naar de aanbestedende dienst toe komt met suggesties en oplossingen die gunstig zijn voor het eigen bedrijf. Enige sturing is daarbij onvermijdelijk en kan een gunstige uitwerking hebben op de opdracht en de gunning.

De aanbestedende dienst is verantwoordelijk voor het doorlopen van de marktconsultatie binnen de juridische grenzen. De Chinese Wall bepaling is de algemene juridische voorwaarde waarbinnen de aanbestedende dienst moet handelen bij een marktconsultatie.

Chinese Wall bepaling

De Chinese Wall bepaling dient ter voorkoming van het handelen met voorkennis door de inschrijver in de inschrijvingsfase. Het principe is dat een adviseur die ondersteuning biedt bij het opstellen van technische specificaties alleen mee mag dingen naar de opdracht indien hij door zijn adviesfunctie geen wezenlijke voorsprong heeft verkregen op de overige aanbieders, of dat deze aanbieders over dezelfde informatie moeten kunnen beschikken.⁴⁹

⁴⁸ Paragraaf 3.5.

⁴⁹ Kenniscentrum Europa Decentraal, Factsheet 'Aandachtspunten aanbesteden en staatssteun bij gebiedsontwikkeling'; oktober 2007
<www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/praktijk/Factsheet_PPS_def_webversie_okt07.Pdf>

Voor een inschrijver is het van belang om in de voorfase dusdanig deel te nemen dat de aanbestedende dienst het bedrijf niet uit mag sluiten van een aanbesteding omdat de inschrijver betrokken is geweest bij het opstellen van specificaties. Uitgangspunt blijft echter dat de aanbestedende dienst verantwoordelijk blijft om het aanbestedingstraject juridisch correct te doorlopen.

Art VI.4 GPA heeft het volgende met betrekking tot enige vorm van marktconsultatie gesteld: 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 commercieel belang zou kunnen hebben bij de opdracht.

In de praktijk leidt dit tot de conclusie dat een vrijblijvend advies zonder direct aanwijsbaar en op de gegadigde terug te voeren economisch belang met een oplossing die geen uitsluiting van de meeste concurrenten (richtlijn is dat er 5 partijen over moeten blijven waarbij uitzonderingen mogelijk zijn) betekent dat dit binnen de regels van het aanbestedingsrecht is.

Tijdens voorafgaand advies aan de aanbestedende dienst is het van belang te weten dat technische specificaties niet zijn toegestaan wanneer deze: melding maken van een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of bijzonder werkwijze, van een verwijzing naar een merk, een octrooi of type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

Mocht dit onverhoopt toch zijn opgenomen in een opdracht, een bestek, dan is het de taak van iedere inschrijver die er belang bij heeft dit tijdig te melden bij de aanbestedende dienst.

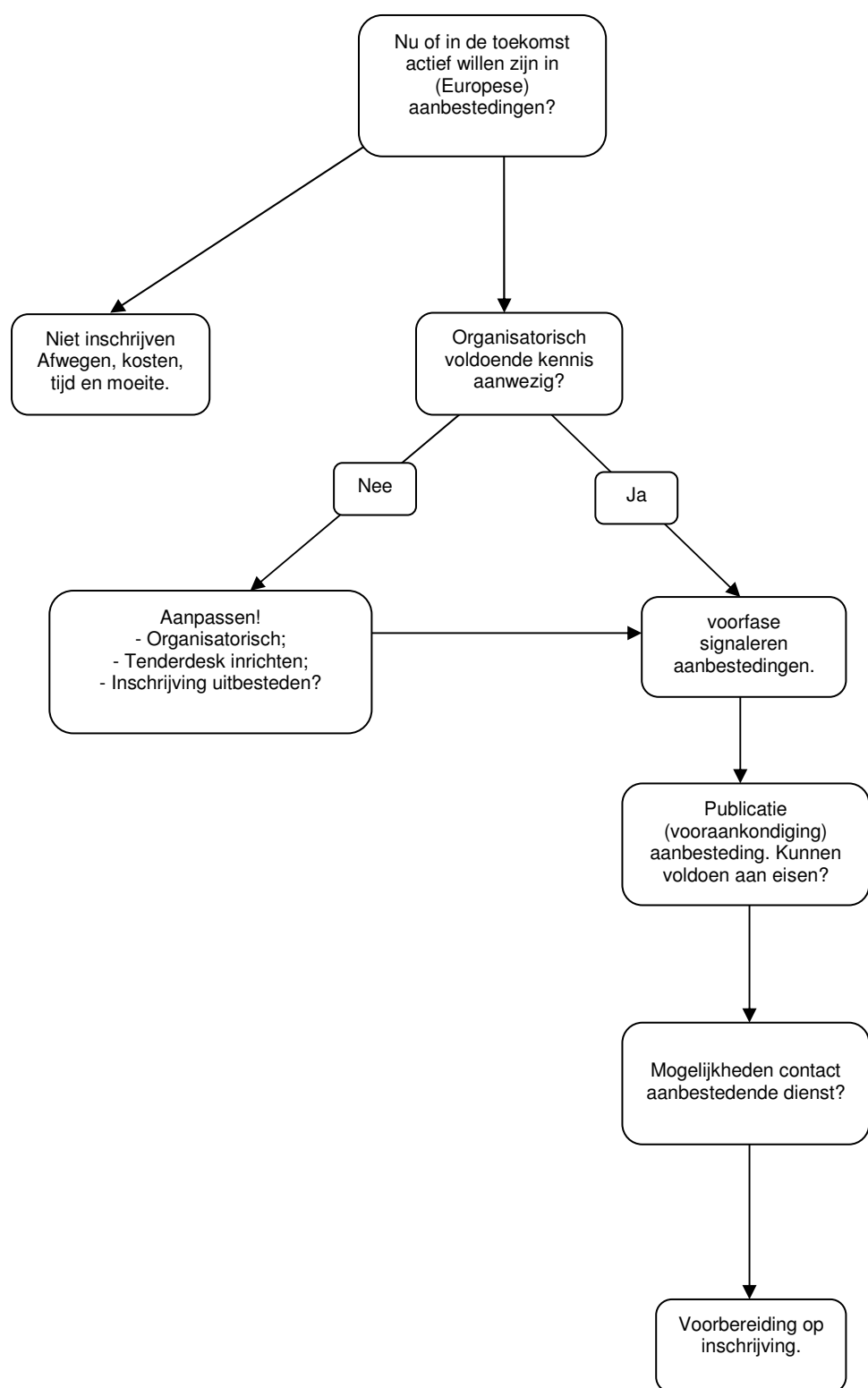
2.3. Samenvatting

Samenvattend kan gezegd worden dat de voorfase bestaat uit signaleren en anticiperen op aanbestedingen. Voor een aanbestedende dienst is het vooral van belang goed in beeld te krijgen wat zij precies wil. Dit kan door middel van het formuleren van de inkoopbehoefte, het verkrijgen van de benodigde kennis en informatie bijvoorbeeld door middel van marktconsultatie, en hoe zij daar invulling aan willen geven.

De voorfase staat voor een inschrijver in het teken van de afweging om wel of niet actief te zijn op de overheidsmarkt en zo ja welke efficiënte en effectieve acties ondernomen kunnen, en juridisch mogen worden. Een schematische weergave van de voorfase voor de aanbieder is opgenomen in figuur 9.

Aandachtspunten binnen de voorfase:

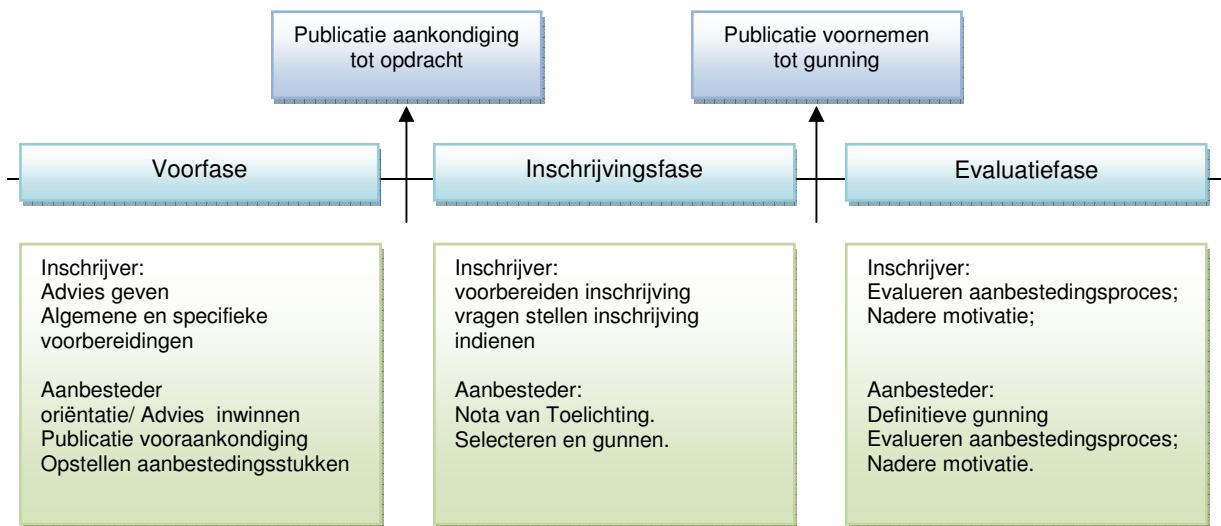
- Zorgvuldig en transparant handelen van de aanbestedende dienst;
- Voorkomen van uitschakeling van de mededinging;
- Technische specificaties in de opdracht conform de eisen van het BAO;
- Voor de aanbestedende dienst handelen binnen de Chinese Wall bepaling in de voorfase.



Figuur 9: De voorfase voor de aanbieder

3. “DE INSCHRIJVINGSFASE”

De voorfase eindigt bij het publiceren van de aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst. Hiermee start de inschrijvingsfase en na deze publicatie is het de taak van de inschrijver om in te schrijven. Na het verlopen van de inschrijvingstermijn eindigt de inschrijvingsfase en start de evaluatiefase.



Figuur 8: Start fases in een aanbestedingstraject

Alvorens in te gaan op de inschrijvingsfase, besteedt paragraaf 3.1 eerst aandacht aan het begrip aanbestedingsplichtige opdracht, en bevat paragraaf 3.2 alle informatie omtrent de drempelbedragen. De verschillende aanbestedingsprocedures komen aan bod in paragraaf 3.3. Paragraaf 3.4 beschrijft vervolgens de start van de inschrijvingsfase. In paragraaf 3.5 komt het selectie en gunningsproces aan bod. Als laatste bevat paragraaf 3.6 een korte samenvatting van de belangrijkste aspecten in de inschrijvingsfase.

3.1. Aanbestedingsplichtige opdracht

Art 1 lid 2 sub a van richtlijn 2004/18/EG geeft de volgende omschrijving met betrekking tot aanbestedingsplichtige opdrachten: *'schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die gesloten zijn tussen één of meer aanbestedende diensten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of het verlenen van diensten.'* In Nederland is dit geïmplementeerd door middel van artikel 7 juncto artikel 8 BAO waarin de reikwijdte van een aanbestedingsplichtige opdracht nader wordt gespecificeerd. Het definiëren van een opdracht tot aanbestedingsplichtige opdracht gebeurt door de rechter doorgaans laagdrempelig. Een opdracht van een (semi) overheid van boven de Europese drempelbedragen, onder bezwarende titel (gelijkwaardige tegenprestatie) is een Europees aanbestedingsplichtige opdracht.

Een aanbestedingsplicht voor leveringen omvat aankoop, huur, lease en huurkoop van producten. Een aanbestedingsplicht voor diensten omvat alle inkopen die niet onder werken of leveringen vallen.⁵⁰

Bepalen aard van de opdracht

Voordat de aanbestedingsprocedure in beeld komt is het aan de aanbestedende dienst om vast te stellen tot wat voor soort categorie de opdracht behoort (werk, dienst, of levering). Indien het een samengestelde opdracht betreft) een combinatie van bijvoorbeeld de levering van een product en aanvullende dienstverlening), is het onderwerp dat de grootste financiële waarde vertegenwoordigt, bepalend voor de categorie waarin de opdracht dient te worden ingedeeld. Als er sprake is van een Europese aanbesteding, dan is het, in verband met taalverschillen of verschillende interpretaties, van belang om een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving te geven van de opdracht. Hiervoor geldt een codesysteem, Common Procurement Vocabulary (CPV).⁵¹ Dit is een uniform classificatiesysteem voor overheidsopdrachten.⁵²

3.1.1. Uitzonderingen

Op de algemene regeling van (Europese) aanbestedingsplichtige opdrachten zijn een aantal uitzonderingen gemaakt. Deze uitzonderingen zijn opgenomen in artikelen 10 tot en met 17 BAO.

- Artikel 10 Opdrachten op het gebied van defensie;
- Artikel 11 Opdrachten waarvan de werking valt onder het BASS;
- Artikel 12 Opdrachten met als doel openbare telecommunicatienetten beschikbaar stellen;
- Artikel 13 Overheidsopdrachten die geheim zijn verklaard;
- Artikel 14 Opdrachten waarbij andere procedurevoorschriften gelden (internationale overeenkomsten);
- Artikel 15 Enkele uitgezonderde opdrachten van de categorie diensten: huur van onroerende zaken, aankoop voor radio-uitzendingen, bemiddeling, opdrachten op financieel of onderzoeksgebied en arbeidsovereenkomsten;
- Artikel 16 Concessieovereenkomsten voor diensten;
- Artikel 17 Opdrachten aan een andere aanbestedende dienst (inbesteden).

Inbesteden

Niet verplicht om aan te besteden zijn opdrachten van een aanbestedende dienst welke binnen de eigen organisatie worden uitgevoerd. In plaats van aanbesteden gaat het bij dergelijke opdrachten om inbesteden.

Hierover is in het Teckal arrest⁵³ het volgende gezegd:

Er is sprake van het verlenen van een 'in-house' opdracht indien een aanbestedende dienst binnen zijn eigen gezagsstructuur een opdracht verstrekt. Er is sprake van een gezagsstructuur als de gemeente toezicht uitoefent op een entiteit zoals op zijn eigen diensten en de entiteit tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeven van de gemeente.

Het Teckal-arrest was het eerste arrest waarin vergaand werd ingegaan op het onderwerp inbesteden. Een van de zaken die hieraan opvolgde was het Stadt Halle arrest.⁵⁴

⁵⁰ Aanbestedingsplichtige opdrachten voor diensten zie ook paragraaf 3.1.1. IIb diensten

⁵¹ Europese Commissie, CPV-Verordening, publicatie 15-maart 2008 PB L 74/1; inwerking getreden per 15 september 2008

⁵² Kennisportal Europese aanbestedingen

<www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding/cpv_codes>

⁵³ HvJEG 18 november 1999, zaak C-107/98; Teckal arrest

In het Stadt Halle arrest wordt de Duitse gemeente Halle veroordeelt wegens het niet juist toepassen van de Europese aanbestedingsregels. Het beroep op het verlenen van een zogenaamde 'in-house' opdracht, gaat volgens het HvJEG niet op. De gemeente Halle bezit weliswaar 75% van de aandelen van de organisatie aan wie zij de opdracht gaf, maar dit betekent nog niet dat zij er toezicht op uitoefent zoals op een eigen gemeente. Het enkele feit dat een private partij ook aandelen van een bedrijf in handen heeft, sluit de mogelijkheid van een 'in-house' opdracht al bij voorbaat uit, zo luidt de uitspraak van het HvJEG.

IIB Diensten

Bij de aanbesteding van diensten bestaat een onderverdeling tussen diensten waarbij het volledige regime van de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing is (IIa) en diensten waarbij slechts een zeer beperkt gedeelte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (IIb) van toepassing is. De IIb diensten zijn aangemerkt als diensten die geen bijdrage leveren aan de eenwording van de interne markt omdat de diensten door nationale dienstverleners (moeten) worden uitgevoerd. Bij IIb diensten is het alleen verplicht om de gunning te publiceren en de algemene regels van het EG-verdrag en de regels van technische specificatie in acht te nemen.

De onderverdeling is neergelegd in de richtlijn zelf en is in het Bao uitgewerkt in twee bijlagen (IIa en IIb), waarin verschillende categorieën van diensten zijn opgesomd.⁵⁵ Zodra een overheidsopdracht kan worden gekwalificeerd als IIb dienst, dan geldt hiervoor een gedeeltelijke aanbestedingsplicht.

3.2 Drempelbedragen

In de definitie is reeds naar voren gekomen dat (Europees) aanbesteden een inkoopmethode is voor (semi)overheden, en dat deze methode verplicht is voor opdrachten boven een bepaalde waarde, de zogenaamde drempelbedragen. De Europese drempelbedragen worden tweejaarlijks vastgesteld in een verordening⁵⁶ van de Europese Commissie. In figuur 9 is een versimpelde weergave van de drempelbedragen voor 2008-2009 weergegeven. Deze drempelbedragen gelden tot 1 januari 2010 waarna een nieuwe verordening met nieuwe drempelbedragen zal volgen.

Opdracht	Bedrag (excl. BTW)
Leveringen	
Centrale overheid	€ 133.000
Andere aanbestedende diensten	€ 206.000
Diensten	
Centrale overheid	€ 133.000
Andere aanbestedende diensten	€ 206.000

Figuur 9: Versimpelde weergave van de Drempelbedragen 2008-2009⁵⁷

⁵⁴ HvJEG 11 januari 2005, zaak C-26/03; Stadt Halle arrest

⁵⁵ PIANOo, '2. Wat moet ik weten over aanbesteden'

<<http://metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn2/antwoord8-2.html>>

⁵⁶ EG-verordening nummer 1422/2007 van de Europese Commissie van 4 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft hun toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten, PB L317/14

⁵⁷ Zie bijlage 1 en het Ministerie van Economische Zaken: 'Nieuwe drempelbedragen per 1 januari 2008' <www.ez.nl/dsresource?objectid=154349&type=PDF>

3.2.1. Splitsingsverbod

Het splitsingsverbod is neergelegd in artikel 9 lid 4 BAO: *‘Een aanbestedende dienst onttrekt zich niet aan dit besluit door voorgenomen werken of voorgenomen aankopen ter verkrijging van bepaalde hoeveelheden leveringen of diensten te splitsen of bijzondere regels te gebruiken voor de berekening van de geraamde waarde van de overheidsopdrachten.’* Artikel 9 BAO bevat geen verdere uitwerking van het splitsingsverbod hetgeen tot gevolg heeft dat per geval de omstandigheden bekeken moeten worden met betrekking tot het splitsingsverbod. Het splitsingsverbod beoogt het tegengaan van splitsing van opdrachten met het doel de werking van de regelgeving te omzeilen en dient ook in deze context toegepast te worden. Splitsen met het doel de wet- en regelgeving te beperken of hieraan te ontkomen is niet toegestaan. Het is wel toegestaan om opdrachten te verdelen in deelprojecten of verschillende fases indien dit door de aanbestedende dienst verantwoord kan worden waarom het voor een project vereist om te opdracht te verdelen. Een opdracht mag ook in deelprojecten of fases worden verdeeld wanneer deze wel volgens de regelgeving worden aanbesteed. De waarde van de afzonderlijke deelprojecten moet bij elkaar opgeteld worden om de totale waarde van de opdracht te bepalen wanneer de deelprojecten gelijktijdig worden aanbesteed.

Uitgangspunt van het splitsingsverbod is:

- Niet splitsen om onder de regelgeving uit te komen;
- Identieke producten of diensten mogen niet gesplitst worden;
- Producten en diensten die bij elkaar horen, zoals de levering van een product met het onderhoud daarvan, moeten samengenomen worden.⁵⁸

3.2.2. Looptijd

Voor het bepalen van de gehele waarde van de totale omvang van de opdracht is het van belang om de looptijd⁵⁹ vast te stellen.

- Voor opdrachten met een vaste looptijd van ten hoogste 12 maanden geldt de totale waarde, dan wel de totale waarde met inbegrip van de geraamde restwaarde wanneer de looptijd meer dan 12 maanden bedraagt;
- Voor opdrachten van onbepaalde tijd of een niet vast te stellen termijn geldt het maandelijks te betalen bedrag maal 48.

Daarnaast is het de regel om te kijken naar de in de eigen branche gebruikelijke looptijd van opdrachten. Wanneer het in de branche gebruikelijk is om contracten met een looptijd van 3 jaar af te sluiten, dan is het niet toegestaan om een opdracht voor onbepaalde duur te gunnen. Het BAO⁶⁰ geeft als richtlijn een gebruikelijke looptijd van 4 jaar.

Bij regelmatig terugkerende opdrachten moet de aanbestedende dienst kijken naar de totale reële waarde tijdens het voorafgaande boekjaar of een voorafgegaan soortgelijke opdracht, indien mogelijk gecorrigeerd met mogelijke wijzigingen.

3.2.3. Verlenging

De aanbestedende dienst kan de mogelijkheid bieden om een contract voor slechts een gedeelte van de beoogde termijn af te sluiten en deze vervolgens één of meerdere keren te verlengen. Verplicht is dan wel dat deze beslissing moet worden meegenomen bij het bepalen van de waarde van de opdracht en dat verlenging slechts is toegestaan indien dit bekend is gemaakt in de aankondiging van de opdracht.

⁵⁸ PIANOo 4. *‘Hoe organiseer ik een Europese aanbesteding?’*

<metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn4/antwoord4-4.html>

⁵⁹ Artikel 9 BAO

⁶⁰ Artikel 9 lid 12 sub b

3.3. Aanbestedingsprocedures

Voor het aanbesteden van (Europese) aanbestedingsplichtige opdrachten door aanbestedende diensten bestaan verschillende procedures. Deze paragraaf geeft een omschrijving van de verschillende Europese aanbestedingsprocedures. Op nationaal niveau (voor overheidsopdrachten onder de Europese drempelbedragen) gelden nader te bepalen gehanteerde procedures welke in de praktijk vaak veel overeenkomen met de Europese procedures en waarvan per aanbesteding de betreffende richtlijnen 2004/18/EG of bepaalde artikelen van het BAO van toepassing kunnen worden verklaard.

De 7 aanbestedingsprocedures zoals opgenomen in (Europese) wet- en regelgeving:

- 1) Openbare procedure;
- 2) Niet-openbare procedure;
- 3) Concurrentie gerichte dialoog;
- 4) Onderhandelingsprocedure met of zonder voorafgaande bekendmaking;
- 5) Prijsvraag voor ontwerpen;
- 6) Dynamisch aankoopstelsel;
- 7) Raamovereenkomst.

3.3.1. De openbare procedure

De openbare procedure is in het BAO gedefinieerd als: *‘een procedure waarbij ondernemers in mogen schrijven.’*

Na het indienen van de inschrijvingsdocumentatie beoordeelt de aanbestedende dienst de inschrijvingen aan de hand van vooraf vastgestelde en bekend gemaakte selectiecriteria en gunningscriteria en deelt vervolgens het voornemen tot gunning mede.

Voor de inschrijver is het zaak om meteen de correcte en beste inschrijving in te dienen aangezien op basis hiervan de beslissing tot gunning wordt genomen.

Wat	Door wie	Termijn	aandachtspunt
(1. publiceren vooraankondiging)	aanbestedende dienst	inschrijvingstermijn tot 36 dagen verkort	niet verplicht
2. aankondiging aanbesteding	aanbestedende dienst	bij elektronische aankondiging inschrijvingstermijn met 7 dagen verkort	verplicht. Via Tender Electronic Daily
3. aanvullende stukken publiceren	op verzoek door aanbestedende dienst	binnen 6 dagen na verzoek	transparant
4. nadere inlichtingen bestek Nota van Inlichtingen	op verzoek door aanbestedende dienst	verplicht uiterlijk 6 dagen voor verstrijken inschrijvingstermijn	Nota Van Inlichtingen maakt deel uit van aanbesteding
5. indienen inschrijving	door inschrijver	52 dagen vanaf verzending aankondiging	eventueel verkorting van termijnen, rekening houdend met complexiteit
6. selecteren	aanbestedende dienst	opgenomen in bestek	beoordelen op basis van vooraf vastgestelde bekende selectiecriteria
7. publiceren voornemen tot gunning	aanbestedende dienst	opgenomen in bestek	gunning op basis van vooraf vastgestelde criteria
8. afwijzing	door aanbestedende dienst aan inschrijver	15 dagen na beslissing	redenen van afwijzing
9. bezwaar/beroep	inschrijver	redelijke termijn minimaal 15 dagen	Alcatel termijn
10. definitieve gunning	aanbestedende dienst		laatste onderhandelingen
11. toezenden resultaten van gunning	door aanbestedende dienst aan Commissie en BOPEG	maximaal 48 dagen na gunning	

3.3.2. De niet-openbare procedure

Deze procedure is beschreven als een procedure waaraan ondernemers mogen verzoeken deel te nemen, maar waarbij alleen ondernemers mogen inschrijven die door de aanbestedende dienst zijn geselecteerd en uitgenodigd.

De openbare procedure en de niet-openbare procedure hebben veel gelijkenissen (bijvoorbeeld beide procedures zijn opengesteld voor alle ondernemers), enig verschil is dat de niet-openbare procedure in twee fases verloopt. Na de publicatie van de aankondiging tot opdracht van de aanbestedende dienst mag iedere geïnteresseerde onderneming een aanvraag tot deelneming indienen. Hieruit moet blijken dat de onderneming kan voldoen aan de in de aankondiging gestelde eisen die alleen betrekking mogen hebben op minimeisen aan beroepsbekwaamheid, financieel-economische capaciteit en technische bekwaamheid.

Na het indienen van de aanvragen tot deelneming beoordeelt de aanbestedende dienst deze op basis van selectiecriteria en uitsluitingsgronden en selecteert op een objectieve, dan wel eerlijke wijze, (bijvoorbeeld op basis van notariële loting) een aantal ondernemers (minimaal 5), en nodigt hen uit om een offerte in te dienen. Vervolgens verloopt de niet-openbare procedure hetzelfde als de openbare procedure.

Wat	Door wie	Termijn	aandachtspunt
Fase 1			
1. publiceren vooraankondiging)	aanbestedende dienst	inschrijvingstermijn tot 36 dagen verkort	niet verplicht
2. publiceren aankondiging aanbesteding	aanbestedende dienst	bij elektronische aankondiging inschrijvingstermijn met 7 dagen verkort.	verplicht. Via TED. Alleen selectiecriteria in aanbestedings-documentatie.
3. aanvullende stukken publiceren	op verzoek oor aanbestedende dienst	binnen 6 dagen na verzoek	transparant
4. indienen aanvraag tot deelneming	door gegadigde	minimaal 37 dagen vanaf verzending aankondiging	eventueel verkorting van termijnen
Fase 2			
5. selecteren en gelijktijdig schriftelijk uitnodigen	aanbestedende dienst aan gegadigde	termijn alsmede aantal te selecteren opgenomen in bestek.	bestek en aanvullende stukken bijvoegen. Minimaal 5 uitnodigen. Uitzonderingen mogelijk
6. nadere inlichtingen bestek. Nota van Inlichtingen	op verzoek van inschrijver door aanbestedende dienst	verplicht uiterlijk 6 dagen voor verstrijken inschrijvingstermijn	Nota van Inlichtingen maakt deel uit van aanbesteding.
7. inschrijving indienen	inschrijver	40 dagen vanaf uitnodiging	
8. publiceren voornemen tot gunning	aanbestedende dienst	opgenomen in bestek	gunning op basis van vooraf vastgestelde criteria
9. afwijzing	door aanbestedende dienst aan inschrijver	15 dagen na beslissing	redenen van afwijzing
10. bezwaar	inschrijver	redelijke termijn van minimaal 15 dagen	Alcatel termijn
11. definitieve gunning	aanbestedende dienst		laatste onderhandelingen
12. toezenden resultaten van gunning	door aanbestedende dienst aan Commissie en BOPEG	maximaal 48 dagen na gunning	

De openbare procedure en de niet-openbare procedure gelden als standaard procedure voor het aanbesteden van opdrachten. In bepaalde gevallen is het mogelijk om een andere aanbestedingsprocedure te volgen.

3.3.3. Concurrentiegericht dialogo

Het BAO heeft de concurrentie gericht dialogo gedefinieerd als: 'een procedure waaraan alle ondernemers mogen verzoeken deel te nemen en waarbij de aanbestedende dienst een dialogo voert met de tot de procedure toegelaten ondernemers, ten einde een of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde ondernemers zullen worden uitgenodigd om in te schrijven.⁶¹

Wanneer een aanbestedende dienst van mening is dat er sprake is van een bijzonder complexe overheidsopdracht waarbij het niet mogelijk is deze te gunnen via openbare of niet openbare procedures, dan kan de opdracht eventueel gegund worden via een concurrentie gericht dialogo. De aanbestedende dienst selecteert dan een aantal gegadigden (minimaal 3) en nodigt hen uit om deel te nemen aan de dialogo. De dialogo wordt gevoerd aan de hand van een beschrijvend document waarin de eisen en behoeften van de aanbesteder zijn geformuleerd. De aanbestedende dienst bepaalt tijdens de dialogo welke middelen geschikt zijn om zo goed mogelijk aan diens behoeften te voldoen. Alle ondernemers worden vervolgens verzocht om de definitieve inschrijving in te dienen. De gunning is op basis van de economisch meest voordelige aanbieding.

3.3.4. Procedure van gunning via onderhandelingen (met of zonder aankondiging)

Deze procedure houdt in dat de aanbestedende dienst met door hem gekozen ondernemers (minimaal 3) overleg pleegt en door onderhandelingen met een of meer van hen de voorwaarden van de overheidsopdracht vaststelt. Dit kan met of zonder voorafgaande bekendmaking. Bij de procedure van gunning via onderhandelingen met voorafgaande bekendmaking verloopt de procedure op dezelfde wijze als de niet openbare procedure.

De procedure van onderhandelingen na voorafgaande mededeling van een aankondiging van een overheidsopdracht wordt toegestaan in bijvoorbeeld situaties wanneer via de openbare of niet-openbare procedure inschrijvingen zijn gedaan die onregelmatig of onaanvaardbaar zijn op voorwaarde dat de opdracht niet wezenlijk wijzigt of wanneer bij onzekere omstandigheden vooraf een vaststelling van de totale prijs niet mogelijk is.

De procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking is zeer beperkt toegestaan met de reden dat er bij deze procedure zonder onderhandelingen een groot risico is op schending van het gelijkheidsbeginsel en een belemmering van de werking van de interne markt door de aanbestedende dienst. Uitzonderingsgevallen waarin het wel is toegestaan om een opdracht te gunnen via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking zijn als er sprake is van onvoorziene spoed of specifieke technische of artistieke aspecten die bescherming genieten.

De keuze voor de vorm van de aanbesteding wordt vrijgelaten aan de aanbestedende dienst. Er gelden voor deze procedure geen minimumtermijnen en de aanbestedende dienst hoeft niet meer dan één gegadigde uit te nodigen.

3.3.5. Prijsvraag voor ontwerpen

Hieronder wordt verstaan een procedure die tot doel heeft de aanbestedende dienst een plan of ontwerp te verschaffen dat na een oproep tot mededinging door een jury word geselecteerd, al dan niet met toekenning van prijzen. Het staat de aanbestedende dienst vrij om gebruik te maken van een voorafgaande selectie (niet openbaar) of de procedure voor alle gegadigde open te stellen (openbaar). De ontwerpen worden door de jury beoordeeld aan de hand van objectieve beoordelingscriteria. De jurybeoordeling is niet bindend maar kan ook adviserend zijn. De aanbestedende dienst is daarnaast niet verplicht om de opdracht te gunnen aan de winnaar van de prijsvraag.

⁶¹ Artikel 1 sub v BAO

Een prijsvraag komt vooral voor op het gebied van bijvoorbeeld ruimtelijke ordening, stadsplanning, architectuur, etc.

3.3.6. Dynamisch aankoopstelsel

Artikel 33 BAO beschrijft het dynamisch aankoopstelsel. Bij het volgen van een dynamisch aankoopstelsel verloopt de procedure volgens dezelfde voorschriften van de verschillende fases als bij een openbare procedure er wordt echter alleen gebruik gemaakt van elektronische middelen. De inschrijvers hebben te allen tijde de mogelijkheid om een verzoek te doen aan de aanbestedende dienst om te worden toegelaten tot het dynamisch aankoopstelsel waarna de aanbestedende dienst de aanvragen beoordeelt op vooraf bepaalde selectiecriteria. Zodra de aanbestedende dienst een aankondiging publiceert mogen alle tot het dynamisch aankoopstelsel toegelaten inschrijvers inschrijven op de opdracht waarna gunning plaatsvindt.

3.3.7. Raamovereenkomsten

Is formeel geen aanbestedingsprocedure, maar een vaak gebruikte manier om opdrachten te gunnen via een andere procedure. De uitkomst van de doorlopen procedure is dan een raamovereenkomst. Een raamovereenkomst⁶² is een overeenkomst van ten hoogste 4 jaren⁶³ tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen overheidsopdrachten vast te leggen. Hierbij is geen sprake van een bezwarende titel⁶⁴ (vereiste tegenprestatie). Zodra deze er wel is, wordt er gesproken van een raamcontract hetgeen gelijk staat met een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Opdrachten voortgekomen uit een raamovereenkomst dienen wel te worden aanbesteed volgens de geldende wet- en regelgeving ook al is er geen bezwarende titel.

Bij een raamovereenkomst is het uitgangspunt dat deze de mededinging niet mag hinderen, beperken of vervalsen en de aanbestedende dienst mag er geen oneigenlijk gebruik van maken.

3.4. Start van de aanbestedingsprocedure

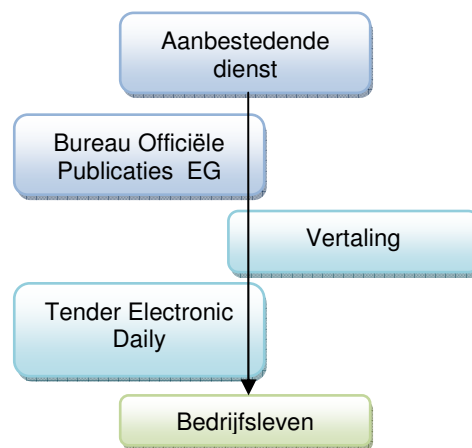
De aanbestedingsprocedure vangt aan wanneer de aankondiging tot opdracht en de aanbestedingsdocumentatie is gepubliceerd via het Bureau Officiële Publicatie Europese Gemeenschappen (BOPEG).

De informatievoorziening in Europese aanbestedingsprocedures verloopt via het Bureau voor Officiële Publicaties van de Europese Gemeenschappen (BOPEG), gevestigd in Luxemburg. Zij is verantwoordelijk voor de publicatie van de aankondiging welke dient te gebeuren binnen een termijn van uiterlijk 12 dagen of bij een versnelde procedure 5 dagen. Een publicatie, op kosten van de EU, vindt plaats in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen. Daarnaast komen alle aankondigingen terecht in de officiële databank van de EU, de Tender Electronic Daily (TED). Rekening dient te worden gehouden met het feit dat alleen de tekst van de oorspronkelijke taal authentiek is. Het BOPEG draagt zorg voor vertaling naar alle officiële talen van de EU, maar het kan voorkomen dat er verschillen ontstaan.

⁶² Artikel 32 BAO

⁶³ Looptijd is maximaal 4 jaar behalve in uitzonderingsgevallen die deugdelijk gemotiveerd zijn

⁶⁴ Zie leeswijzer pagina 5



Figuur 12: Publicatie via BOPEG tijdens aanbestedingstraject

3.4.1. De aankondiging

De aanbestedende dienst is bij Europese aanbestedingen verplicht om de aanbestedingsdocumentatie te publiceren via het BOPEG. Voor opdrachten met een waarde onder de Europese drempelbedragen kan de aanbestedende dienst volstaan met de bekendmaking van de aanbesteding op nationaal niveau. De publicatieverplichtingen volgen uit lokaal beleid aangezien de aanbestedende dienst niet verplicht is om aan te besteden volgens de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Het publiceren van nationale aanbestedingen gebeurt vaak via een landelijk dagblad, de gemeentekrant, advertentie in een vakblad en/of via internet.⁶⁵

In de inschrijvingsfase is het van belang er rekening mee te houden dat de inschrijvingstermijn begin te lopen op de datum van verzending en niet van publicatie.

3.4.2. Vragenronde

Zowel in de openbare als de niet-openbare procedure worden er naast de aankondiging van de opdracht stukken gepubliceerd met een omschrijving van de aard en de omvang van de opdracht. Deze gedetailleerde omschrijving van de opdracht is het bestek of leidraad. Inschrijvers hebben vervolgens de mogelijkheid om binnen een bekendgemaakte termijn schriftelijk vragen voor te leggen aan de aanbestedende dienst. Deze zal vervolgens een antwoord op deze vragen formuleren middels een Nota van Inlichtingen. Deze Nota van Inlichtingen maakt vervolgens deel uit van de aanbesteding. Indien hier onvolkomenheden of onjuistheden zijn op te merken mag de inschrijver dit nogmaals mede delen. Als de inschrijver na de aanbestedingsprocedure beroep in wil stellen dan dient de inschrijver de aanbestedende dienst op de onjuistheden te wijzen. Vaak staat dit ook vermeld in het bestek. Een afwachtende houding resulteert in het niet ontvankelijk verklaren van een latere vordering. Uit het Grossmann-arrest⁶⁶ is voortgekomen dat van een (potentiële) inschrijver een proactieve houding mag worden verwacht en dat hij tegen onduidelijkheden of onvolkomenheden in aanbestedingsstukken opkomt in een stadium waarin deze nog ongedaan kunnen worden gemaakt.

⁶⁵ www.aanbestedingskalender.nl, www.aanbestedingenonline.nl

⁶⁶ HvJEG, 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann

3.4.3. Nota van Inlichtingen

Na de publicatie van de aanbesteding met de aanbestedingsdocumentatie heeft de inschrijver de mogelijkheid om vragen te stellen naar aanleiding van het bestek. De vragenronde kan schriftelijk dan wel per e-mail of eventueel via een (openbare) inlichtingenbijeenkomst plaatsvinden. De gestelde vragen worden door de aanbestedende dienst beantwoordt en vervolgens aan alle aanvragers van de aanbestedingsstukken bekend gemaakt zodat inschrijvers de inschrijving indien nodig kunnen aanpassen. De nadere inlichtingen over het beschrijvend document moeten uiterlijk 6 dagen voor het verstrijken van de inschrijvingstermijn worden verzonden. Het document met de vragen en antwoorden is de Nota van Inlichtingen welke deel uit maakt van de aanbesteding.

De Nota van Inlichtingen is een belangrijk juridisch document in een aanbestedings-procedure. Het is van belang dat de beantwoording van de vragen niet mag leiden tot een substantiële wijziging van de specificaties of eisen die gesteld worden aan de leverancier/dienstverlener. Tevens mogen de antwoorden niet leiden tot discriminatie van een product, leverancier/dienst of leiden tot minder transparantie en objectiviteit.⁶⁷

Aandachtspunt voor de inschrijver met betrekking tot de aanbestedingsstukken en de Nota van Inlichtingen is om op tijd, op het moment dat er nog iets aan gedaan kan worden, kenbaar te maken als er onduidelijkheden of juridisch niet correct gehandeld wordt. Mocht dit niet gebeuren dan kan het gevolg zijn dat een eventueel later beroep ongegrond wordt verklaard. Dit is gebaseerd op het Grossmann arrest⁶⁸ waarin kort gezegd is bepaald dat er een proactieve houding wordt verwacht van de inschrijver met betrekking tot onduidelijkheden en onvolkomenheden in een aanbesteding. Wanneer een inschrijver tijdens de vragenronde geen bezwaar maakt over specificaties of discriminerende eisen en zich later (na de voorlopige gunning) hier wel op beroept, dan handelt de inschrijver in strijd met de doelstelling van snelheid en doeltreffendheid van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en belemmert de toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen aangezien de procedure zonder objectieve reden wordt vertraagd.

3.5. Selecteren en Gunnen

Na het indienen van de inschrijving gaat de aanbestedende dienst de inschrijving selecteren en gunning. Voor een inschrijving zijn de selectie- en gunningscriteria van belang aangezien deze bepalen een wie de opdracht gegund wordt.

Er zit een duidelijk verschil tussen selectie- en gunningscriteria.

- Selectiecriteria hebben alleen betrekking op het bedrijf;
- Gunningcriteria hebben alleen betrekking op het product of de dienst van het bedrijf (de opdracht).

⁶⁷ PIANOo, 4. *Hoe organiseer ik een Europese aanbesteding?*
<metroskaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn4/antwoord9-4.html>

⁶⁸ HvJEG, 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann



figuur 10: Selectie en gunning

Om te komen tot gunning van de opdracht wordt er eerst getoetst aan verschillende fases. Voor iedere fase geldt dat er eerst moet worden voldaan aan de gestelde criteria voordat de inschrijving wordt toegelaten tot de volgende fase.

3.5.1. Selectiecriteria.

De selectiecriteria zijn onder te verdelen in algemene minimumeisen, uitsluitingscriteria en geschiktheidscriteria.

Algemene minimumeisen

Onder de algemene minimumeisen vallen alle eisen die gesteld worden aan de wijze van inlevering en zijn vaak in de eerste paragrafen van het bestek terug te vinden. Voorbeelden hiervan zijn de vormeisen van de inschrijving, tijdstip en locatie van het indienen van de inschrijving. Niet voldoen aan de algemene minimumeisen betekent uitsluiting van het meedingen naar de opdracht.

Uitsluitingscriteria

De uitsluitingscriteria⁶⁹ zien toe op de omstandigheden die de persoon betreffen en die de uitsluiting van de inschrijver rechtvaardigen. Hierbij worden niet integere bedrijven gefilterd. Er zijn uitsluitingscriteria die tot uitsluiting moeten leiden (verplicht) en uitsluitingsgronden die kunnen leiden tot uitsluiting (facultatief).⁷⁰ Voor het toepassen van facultatieve uitsluitingsgronden moeten deze duidelijk vermeld staan in de aanbestedingsdocumentatie.

Verplichte uitsluiting bij een onherroepelijke veroordeling van:

- Deelname aan een criminele organisatie;
- Omkoping van een ambtenaar;
- Valsheid in geschrifte;
- Fraude met EG subsidie;
- Omkoping van anderen dan ambtenaren;
- Witwassen.

⁶⁹ Artikel 45 BAO

⁷⁰ Pijnacker Hordijk en anderen, 2004 pagina 216

Facultatieve uitsluitingscriteria zijn:

- Faillissement, of een aangevraagd faillissement;
- Onherroepelijke veroordeling voor een delict in strijd met beroepsgedragsregels;
- Ernstige beroepsfout;
- Niet betaalde sociale zekerheidsbijdragen of belastingen;
- Het afgeven van valse verklaringen.

Met name de verplichte uitsluitingscriteria hebben tot gevolg dat er door de aanbestedende dienst altijd naar wordt gevraagd of bij de inschrijver één van de uitsluitingscriteria van toepassing is. De inschrijver kan hiertoe een Verklaring Omtrent Gedrag (VOG) indienen die door het Ministerie van Justitie is afgegeven. Met een VOG kan een inschrijver bewijzen dat hij niet onherroepelijk is veroordeelt voor de verplichte uitsluitingsgronden of voor een delict in strijd met de beroepsgedragsregels(facultatief).⁷¹

Geschiktheidscriteria

Onder de geschiktheidscriteria vallen de eisen van kwalitatieve aard waaraan de inschrijver moet voldoen om voor gunning van een bepaalde opdracht in aanmerking te komen. Het niet voldoen aan de geschiktheidscriteria leidt bij een openbare procedure tot uitsluiting en bij een niet openbare procedure zal de desbetreffende gegadigde niet worden geselecteerd en uitgenodigd tot inschrijven.⁷²

Om de geschiktheid te toetsen van gegadigden zijn er drie soorten gronden:

- De beroepsbevoegdheid;⁷³
- De financiële en economische draagkracht van een ondernemer;⁷⁴
- De technische en beroepsbekwaamheid van een ondernemer.⁷⁵
(In verband met de aard, de hoeveelheid, of omvang en het doel van de opdracht).

De aanbestedende dienst is in beginsel vrij om geschiktheidscriteria te formuleren, maar wanneer deze zijn opgenomen in het bestek, dan is de aanbestedende dienst verplicht deze toe te passen. Deze criteria moeten:

- Objectief, niet discriminerend en eenduidig zijn;
- Proportioneel zijn en in verband staan met het voorwerp van de opdracht;
- Transparant zijn en;
- Voor iedereen gelijk zijn.

Op verzoek van de aanbestedende dienst is het aan de inschrijver om aan te tonen dat er geen reden is tot uitsluiting. De regelgeving geeft per criteria bewijsmogelijkheden waarbij de aanbestedende dienst verplicht is deze te erkennen. Voor de verplichte uitsluitingsgronden kan volstaan worden met een uittreksel uit het strafregister, de VOG en/of voor de overige uitsluitingsgronden een door een bevoegde autoriteit afgegeven getuigschrift.

Als namelijk aan alle selectiecriteria is voldaan, dan wordt de inschrijver geselecteerd. Als er meerdere geselecteerde inschrijvers zijn, dan kan de aanbestedende dienst op een objectieve manier minimaal 5 inschrijvers selecteren bijvoorbeeld op basis van notariële loting. Dit is vooraf in de aanbestedingsdocumentatie bekend gemaakt.

⁷¹ PIANOo, '6. Hoe ga ik met de regels om?' <metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn6/antwoord2-6.html>

⁷² Pijnacker Hordijk en anderen 2004, pagina 233

⁷³ Artikel 47 BAO

⁷⁴ Artikel 48 BAO

⁷⁵ Artikel 49 BAO

De niet-openbare procedure verloopt in twee fases waarbij eerst selectie van de gegadigde plaats vindt aan de hand van de algemene-, uitsluitings- en geschiktheidscriteria. Vervolgens vindt na uitnodiging door de aanbestedende dienst de definitieve inschrijving plaats.

3.5.2. gunningscriteria

Een aanbestedende dienst kan een overheidsopdracht gunnen op grond van

- a) criteria die verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht, indien gunning aan de inschrijver met de vanuit het oogpunt van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving plaatsvindt, of,
- b) het criterium van de laagste prijs.⁷⁶

a) Indien de aanbestedende dienst gunt op grond van de economisch meest voordelige inschrijving dan maakt deze een afweging tussen de prijs-kwaliteitverhouding. Vereist is dat de criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht. Voorbeelden zijn de kwaliteit, de prijs, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de milieukekenmerken, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de klantenservice en de technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering etc., want deze opsomming is niet limitatief.

Het beoordelen van de inschrijving gebeurt aan de hand van de vooraf bekend gemaakte gunningscriteria. De aanbestedende dienst maakt vooraf aan de inschrijvers duidelijk op welke wijze en met welke gunningscriteria er beoordeelt gaat worden. De aanbestedende dienst is verplicht om in de aankondiging het relatieve gewicht van de gebruikte criteria te benoemen. In de praktijk kan dit door middel van puntentoekenning aan de verschillende gunningscriteria. Indien weging niet mogelijk is dan volstaat het benoemen van de criteria in afnemende volgorde van belangrijkheid. De inschrijver met het hoogst aantal behaalde punten zal de opdracht gegund krijgen.⁷⁷

b) Gunning op grond van het criteria laagste prijs is eenvoudiger, immers de aanbestedende dienst hoeft alleen te kijken naar prijzen van de ingediende offertes. Dit gunningscriterium leent zich uitstekend voor relatief eenvoudige producten of diensten.

Voorlopige gunning

Na de beoordeling van de inschrijvers aan de hand van de vooraf bepaalde en bekendgemaakte gunningscriteria stelt de aanbestedende dienst vast aan welke inschrijver zij voornemens is om te gunnen. Schriftelijk wordt deze voorlopige gunning bevestigd aan de inschrijver alsmede de afwijzing van de overige inschrijvers.

Jurisprudentie en met name het Alcatel-arrest⁷⁸ heeft geresulteerd in de verplichting voor de aanbestedende dienst om na het bekend maken van de voorlopige gunning een redelijke termijn van minimaal 15 dagen⁷⁹ in te stellen waarin inschrijvers beroep in kunnen stellen tegen een besluit van de aanbestedende dienst. Deze tijdsonderbreking in de aanbestedingsprocedure komt voort uit de gedachte dat de inschrijvende dienst de mogelijkheid moet worden geboden om, indien zij daartoe aanleiding achten, gerechtelijke stappen te ondernemen.

⁷⁶ Artikel 54 BAO.

⁷⁷ Uitzonderingen mogelijk zie paragraaf 4.1.

⁷⁸ HvJEG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, (Alcatel)

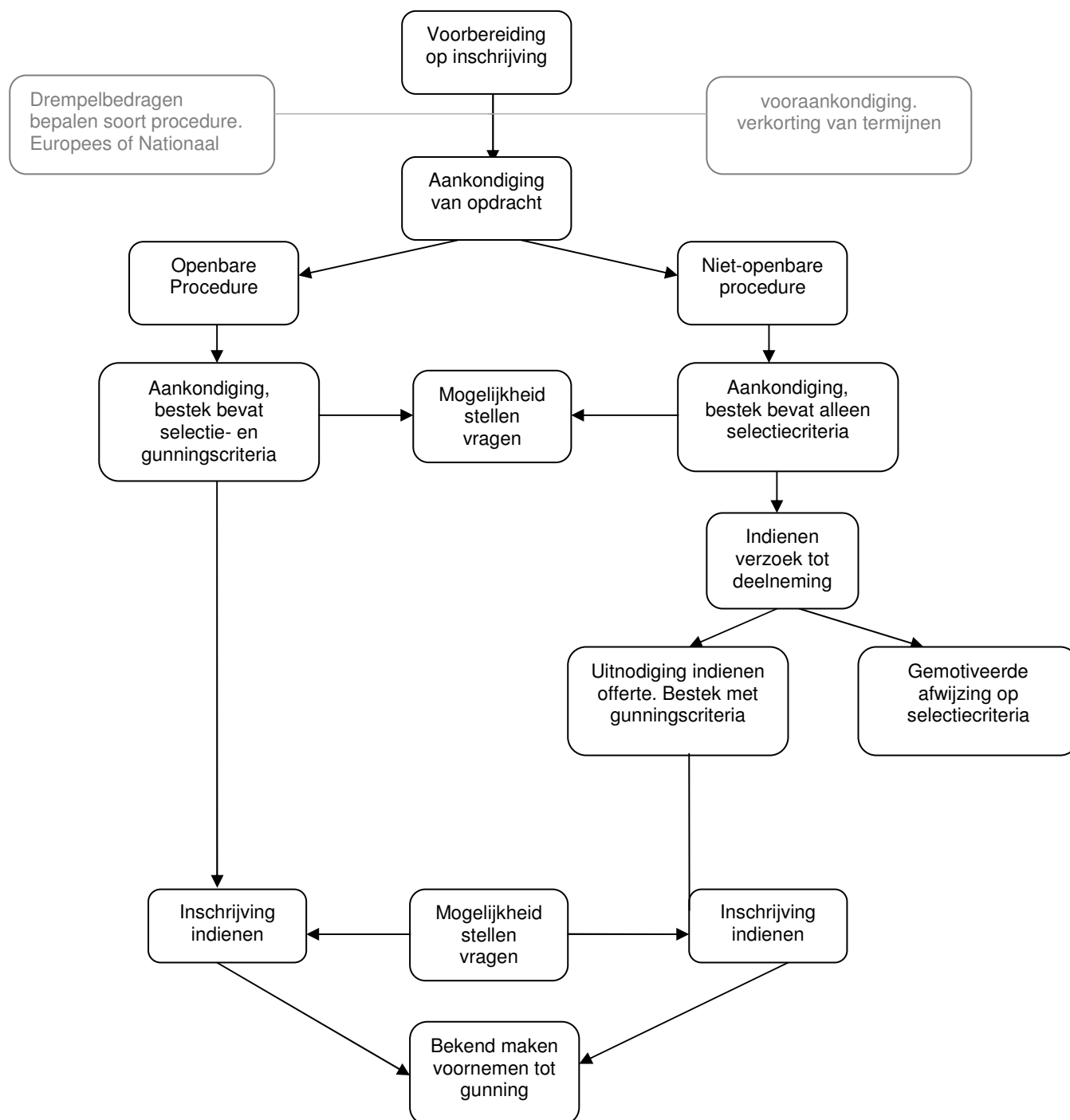
⁷⁹ Artikel 55 lid 2 BAO

Na de voorlopige gunning begint de evaluatie fase waarin de aanbestedende dienst en de inschrijvers de mogelijkheid hebben om de aanbestedingsprocedure te evalueren.

3.6. Samenvatting

Kort gezegd: Indien er sprake is van een aanbestedende dienst welke een aanbestedingsplichtige opdracht heeft van boven het drempelbedrag dan is deze verplicht om deze opdracht aan te besteden volgens één van de vastgelegde procedures. Meest voorkomend zijn hierbij de openbare en niet-openbare procedure welke veel gelijkenissen tonen, maar met verschil dat de niet-openbare procedure in twee fases verloopt. Na een eventuele vooraankondiging volgt de aankondiging waarna gegadigden kunnen inschrijven op de opdracht. Alvorens in te schrijven bestaat er de mogelijkheid om vragen te stellen aan de aanbestedende dienst. Deze vragen zijn van belang voor eventuele latere gerechtelijke stappen. In de openbare procedure vindt inschrijving plaats door het indienen van een volledige inschrijving opgesteld conform de eisen van het bestek, en bij de niet-openbare procedure wordt er eerst een verzoek tot deelneming ingediend waarna de aanbestedende dienst na selectie een aantal gegadigde uitnodigt tot inschrijving. Na de inschrijving maakt de aanbestedende dienst het voornemen tot gunning bekend voordat over wordt gegaan naar de definitieve gunning.

Figuur 11: De inschrijvingsfase

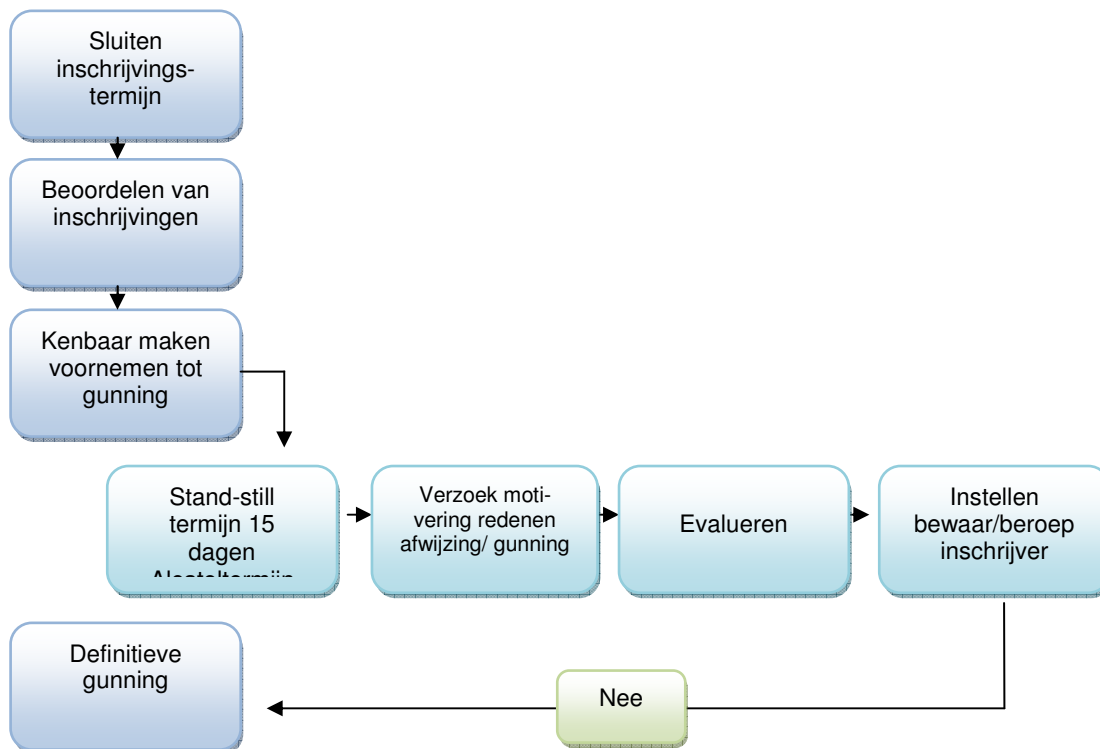


4. “DE EVALUATIEFASE”

Na het sluiten van de inschrijvingstermijn start de fase waarin de aanbestedende dienst de inschrijvingen beoordeelt en de aanbesteding voorlopig gunt. Na de voorlopige gunning kunnen de betrokken partijen alleen dan wel tezamen gaan evalueren.

Paragraaf 4.1. beschrijft het proces van bekend worden van de voorlopige gunning en de publicatie van de definitieve gunning. Het juridisch kader van het aanbestedingsrecht komt aan bod in paragraaf 4.2. De werking van de formele rechtsbescherming en de overige mogelijkheden van betrokken partijen in de evaluatiefase is vervolgens beschreven in paragraaf 4.3. Paragraaf 4.4 gaat verder in op de mogelijkheden van de evaluatiefase in de praktijk. Tot slot is paragraaf 4.5. een samenvatting van de evaluatiefase.

4.1. De gunning



Figuur 12: Proces van de evaluatiefase

De aanbestedende dienst beoordeelt⁸⁰ de inschrijvingen en op basis daarvan zal gunning plaats vinden aan een geschikte inschrijver. De aanbestedende dienst heeft overigens niet de verplichting om de aanbesteding te gunnen. Het gehele aanbestedingstraject heeft de aanbestedende dienst de mogelijkheid om de aanbesteding in te trekken. Het is dan echter niet meer mogelijk om de opdracht onder dezelfde eisen en wensen opnieuw aan te besteden. Vereist voor een ‘her-aanbesteding’ zijn substantiële wijzigingen in de opdracht zodat er sprake is van een nieuwe aanbesteding en er geen sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel.

⁸⁰ Zie paragraaf 3.5.2.

In een recente uitspraak in de zaak Retara Interieurwerken tegen het Jeroen Bosch Ziekhuis heeft de Rechtbank van 's-Hertogenbosch bepaald dat het niet toegestaan is om een aanbesteding heraan te besteden omdat dit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. In casu was er sprake van hetzelfde bestek en de mogelijkheid van betrokken partijen om kennis te hebben over de vorige inschrijving waardoor voordeel kon ontstaan voor deze partijen.⁸¹

Alvorens over te gaan tot definitieve gunning, is de aanbestedende dienst verplicht om het voornemen tot gunning / de voorlopige gunning kenbaar te maken aan de betrokken partijen om deze in de gelegenheid te stellen beroep aan te tekenen tegen besluiten van de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst is verplicht de inschrijver een redelijke termijn te geven van 15 dagen om beroep aan te tekenen.⁸² Wanneer de redelijke termijn is verlopen en er geen inschrijver in beroep is gegaan wordt de gunning definitief. Dit gebeurt door de ondertekening van het contract na de laatste onderhandelingen tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver over de definitieve invulling van de laatste onduidelijkheden.

De definitieve gunning wordt door de aanbestedende dienst binnen 48 dagen verzonden aan het BOPEG.⁸³ Het BOPEG draagt vervolgens zorg voor de publicatie van de definitieve gunning waarmee het formele eindpunt van het aanbestedingstraject is bereikt.

4.2. Juridisch kader rechtsbescherming

Deze paragraaf geeft een korte weergave van rechtsbescherming die is geregeld op Europees en Nationaal niveau.

4.2.1. Rechtsbescherming op Europees niveau

Gebaseerd op de oude richtlijnen is op 11 december 2007 door publicatie in het EG-publicatieblad de rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG, tot wijziging van de richtlijn 89/665/EEG en 92/13/EEG, '*verhoging doeltreffendheid beroepsprocedures inzake de plaatsing van overheidsopdrachten*', van kracht geworden. Deze richtlijn heeft geen directe werking⁸⁴ (betrokken partijen kunnen geen rechtstreeks beroep doen op een van de bepalingen opgenomen in de richtlijn), maar geeft minimumvoorwaarden waaraan het nationale rechtstelsel met betrekking tot rechtsbescherming in aanbestedingszaken moet voldoen. Deze voorwaarden houden in dat het mogelijk moet zijn om snelle en doeltreffende maatregelen te nemen wanneer er sprake is van een onwettig besluit.⁸⁵

De rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn opgesteld met als doel het coördineren van de rechtsbeschermingsregels, het naleven van het transparantie en gelijkheidsbeginsel en het bieden van gelijkwaardige juridische garanties voor betrokkenen partijen.⁸⁶

⁸¹ Rechtbank s'-Hertogenbosch 13 februari 2009, LJN: BH3620, Retara Interieurwerken tegen het Jeroen Bosch Ziekenhuis

⁸² Op basis van HvJEG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, (Alcatel)

⁸³ Zie paragraaf 3.4.

⁸⁴ Zie leeswijzer pagina 5 voor uitleg van het begrip directe werking.

⁸⁵ AKD Prinsen van Wijmen; '*Europees aanbestedingsrecht*'
<www.akd.nl/nieuws/publicaties/Factsheet_aanbestedingsrecht_maart06.pdf>

⁸⁶ Kenniscentrum Europa Decentraal; '*Rechtsbescherming*'
<www.europadecentraal.nl/menu/513/Rechtsbescherming.html>

4.2.2. Rechtsbescherming op nationaal niveau

Het ministerie van Economische Zaken heeft de verplichting om de richtlijn 2007/66/EG voor 21 december 2009 te implementeren nu deze geen directe werking heeft. Het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting hebben inmiddels ter consultatie gelegen en het wetsvoorstel is aangenomen door de Ministerraad. Momenteel ligt het wetsvoorstel voor advies bij de Raad van State. De verwachting is dat het wetsvoorstel in de zomer aan de Tweede Kamer verzonden kan worden. Vervolgens komt het wetsvoorstel bij de Eerste Kamer terecht en kan de wet na goedkeuring worden bekrachtigd en gepubliceerd waardoor de wet in werking treedt en partijen zich rechtstreeks op bepalingen uit deze wet kunnen beroepen.⁸⁷

4.3. Rechtsbescherming in de dagelijkse praktijk

In artikel 1 van richtlijn 2007/66/EG is de algemene bepaling opgenomen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep moet kunnen worden ingesteld.

Art 1 richtlijn 2007/66/EG

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluit het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

Met artikel 1 wordt bedoeld op inbreuken van voorschriften uit de algemene aanbestedingsrichtlijnen ten aanzien van transparantie en non-discriminatie, in elk stadium van de aanbestedingsprocedure.⁸⁸ De beroepsmogelijkheden komen vervolgens voort uit artikel 2 lid 1 van de richtlijnen 2007/66/EG waarin de verplichtingen voor de lidstaten zijn opgenomen om de rechtsbescherming te reguleren. Lidstaten moet zorgen voor maatregelen die de mogelijkheid geven:

- Sub a; om zo snel mogelijk en in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad;
- Sub b; onwettig genomen besluiten nietig te (doen) verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische en/of financiële specificaties;
- Sub c; schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden.

⁸⁷ Ministerie van Economische Zaken; *Aanbestedingen consultatie wetsvoorstel WIRA*, <ez.nl/Onderwerpen/Huidige_economie/Aanbestedingen/Consultatie_Wetsvoorstel_Implementatie_ri
chtlijn_Rechtsbescherming_Aanbesteden_WIRA>

⁸⁸ Hebly, 'Rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen' <www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/download/common/lezing_hebly_1_.pdf>

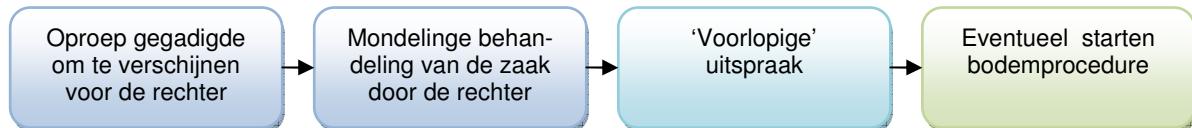
4.3.1. Beroep

In de Nederlandse praktijk is het zo dat betrokken partijen een Kort Geding⁸⁹ aan kunnen spannen bij de burgerlijke rechter. De burgerlijke of ook wel de civiele rechter genoemd is bevoegd in zaken waarin er een conflict is ontstaan tussen burgers onderling. Bij aanbestedingszaken wordt de (semi) overheid aangemerkt als aanbestedende dienst. Hierdoor kan het voor de hand liggen dat de bestuursrechter bevoegd is. Dit is echter niet het geval aangezien het bij aanbestedingszaken gaat om voorbereidende handelingen van de aanbestedende dienst voor een privaatrechtelijke rechtshandeling. De aanbestedende dienst wordt dus niet gezien als een bestuursrechtelijk orgaan waardoor de burgerlijke rechter bij aanbestedingsgeschillen bevoegd is.

In aanbestedingsgeschillen wordt gebruik gemaakt van de Kort geding procedure. Vereist hiervoor is dat de zaak zich leent voor snelle en eenvoudige afwikkelingen en er moet sprake zijn van spoedeisend belang. Voor het spoedeisendheid wordt een afweging gemaakt van de belangen van partijen en moet het om zodanige noodzaak gaan dat een uitspraak via een gewone procedure, een dagvaardingsprocedure niet is af te wachten.

In een mondelinge procedure leidt het kort geding tot een voorlopige voorziening hetgeen inhoudt dat het om een voorlopige uitspraak van de rechter gaat. Partijen kunnen een bodemprocedure, een dagvaardingsprocedure starten voor een definitieve uitspraak echter, dit komt niet vaak voor in de praktijk bij aanbestedingszaken.

Het Kort Geding verloopt volgens dezelfde eisen als de dagvaardingsprocedure⁹⁰ met de nodige aanpassingen voor de termijnen in verband met de vereiste spoed en de procesvertegenwoordiging is niet verplicht voor de gedaagde partij.⁹¹



Figuur 13 Kort Geding

Naast de formele mogelijkheden voor betrokken partijen om recht te halen in een zaak waarin de partij van mening is dat er onrechtmatig is gehandeld zijn er andere mogelijkheden.

In aanbestedingszaken komt de rechter pas in beeld op het moment dat een van de betrokken partijen daar om verzoekt. De partijen moeten daarom zelf de juridische vereisten in het oog houden en indien een partij van mening is dat er onwettig gehandeld is, dan is er de mogelijkheid om de burgerlijke rechter in te schakelen.

⁸⁹ Artikel 254 tot en met artikel 260 Wetboek van burgerlijke Rechtsvordering

⁹⁰ Artikel 261 en verder Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

⁹¹ Wieten, 2004

4.3.2. Bezwaar

Het kan voorkomen dat in het bestek een bepaling is opgenomen waarin de mogelijkheden voor inschrijvers worden genoemd wanneer zij het niet eens zijn met de voorlopige gunning. In deze voorlopige gunning worden deze tevens genoemd of er wordt een verwijzing gegeven naar het bestek. Naast de formele mogelijkheid van beroep kan het zo zijn dat de inschrijver eerst bezwaar kan maken tegen de genomen beslissing van de aanbestedende dienst. De inschrijver volstaat met een schriftelijke brief waarin kenbaar wordt gemaakt tegen de beslissing bezwaar te hebben. De aanbestedende dienst kan zelf bepalen hoe te reageren op het bezwaar. Zij kan voorstellen om een mondeling evaluatiegesprek aan te gaan of indien het bewaar goed is gemotiveerd het uitstellen van de definitieve gunning. Dit is voor de aanbestedende dienst een vergaande beslissing en vraagt van de inschrijver die een goed gemotiveerd bezwaar.

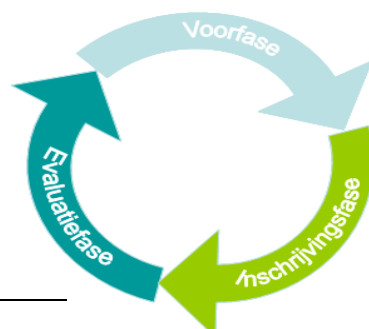
De mogelijkheid van bezwaar maken sluit de mogelijkheid van beroep niet uit.. Het blijft voor de inschrijver mogelijk om in beroep te gaan nadat bezwaar is gemaakt bij de aanbestedende dienst.

Alvorens te komen tot het maken van bezwaar of het in stellen van beroep zal de aanbestedingsprocedure geëvalueerd dienen te worden om inzicht te krijgen in eventueel onwettig handelen.

4.4. De evaluatie van het aanbestedingstraject

Om te beoordelen voor een inschrijver of er sprake is van onwettig handelen, zal deze de procedure moeten evalueren. Zoals reeds eerder genoemd zal de aanbestedende dienst aan de betrokken partijen de voorlopige gunningsbeslissing kenbaar maken. Echter wanneer een partij van mening is dat er onvoldoende redenen voor de afwijzing zijn opgenomen in de schriftelijke motivering, dan kan de inschrijver het verzoek doen om verdere motivering van de afwijzing. Het is niet uitzonderlijk dat er een evaluatiegesprek plaats vindt tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver. In een dergelijk gesprek kunnen partijen op een informele manier gedachten uitwisselen over het verloop van de aanbestedingsprocedure. Na het evaluatiegesprek kan een inschrijver binnen de opgenomen redelijke termijn in beroep gaan tegen de voorgenomen beslissing.

In de evaluatiefase kan naast de rechtsbescherming ook de evaluatie van de procedure in het algemeen en de verbeteringen in het proces worden bekeken. Een evaluatiegesprek of enige andere vorm van communicatie kan leiden tot meer informatie en voorbereidingen op toekomstige aanbestedingszaken. Daarnaast kan de evaluatiefase ervoor dienen om in contact te komen en/of een relatie op te bouwen, te verdiepen met de aanbestedende dienst. Dit contact/deze relatie kan ten goede komen bij een volgende aanbestedingsprocedure.⁹² De inschrijver kan in kaart brengen wat de daadwerkelijke eisen en wensen van de aanbestedende dienst zijn geweest en eventueel bij een volgende aanbesteding zullen zijn. De evaluatiefase geeft de inschrijver de kans inzicht te krijgen in de doorlopen aanbestedingsprocedure en welke verbeterpunten bij de volgende aanbesteding kunnen zorgen voor een meer kansrijke inschrijving. In dit licht bekeken heeft de evaluatiefase deels de functie als voorfase.



⁹² Zie hoofdstuk 5

4.5. Samenvatting

Rechtsbescherming in aanbestedingszaken is op Europees niveau neergelegd in richtlijn 2007/66/EG. Nederland is verplicht deze richtlijn voor 21 december 2000 te implementeren. Inmiddels heet het Ministerie van Economische Zaken hiervoor een wetsvoorstel opgesteld.

De lidstaten zijn verplicht om betrokken partijen de mogelijkheid te geven een Kort Geding aan te spannen om onwettige besluiten ongedaan te maken, besluiten nietig te (doen) verklaren of om schadevergoeding toe te kennen. Een Kort Geding bij de burgerlijke rechter is om op korte termijn in spoedeisende gevallen een (voorlopige) uitspraak te krijgen middels een voorlopige voorziening.

Naast de formele mogelijkheid kan de inschrijver, indien de aanbestedende dienst hiertoe de mogelijkheid geeft in de aanbestedingsdocumentatie, bezwaar maken tegen de voorlopige gunning. Vaak zal dit gebeuren na een evaluatiegesprek tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver waarin zaken zijn besproken als het juridisch correct verlopen van de procedure, de afwegingen van de aanbestedende dienst en eventuele verbeterpunten voor de inschrijver. Ook tijdens de evaluatiefase speelt een stuk relatiemanagement op de achtergrond mee. De publicatie dient als formeel eindpunt voor het aanbestedingstraject, echter het is mogelijk en gewenst om de evaluatiefase gedeeltelijk als voorfase te laten gelden.

5. KANSRIJK INSCHRIJVEN

Er is onderzoek gedaan naar welke (subjectieve) factoren zorgen voor een kansrijke inschrijving. Het antwoord hierop is weergegeven aan de hand van tips en adviezen richting de inschrijver. Desondanks zijn er in ieder aanbestedingstraject factoren waarop een inschrijver geen invloed heeft. Kansrijk wil niet per definitie zeggen het binnenhalen van de aanbesteding/de opdracht, maar een kansrijke inschrijving is een inschrijving welke zodanig is gedaan dat deze de meeste kans heeft op het binnen halen van de opdracht.

De onderzoeksonderbouwing voor specifiek het onderzoek met betrekking tot hoofdstuk 5 is beschreven in paragraaf 5.1. De uit dit onderzoek voortkomende tips en adviezen worden gegeven in paragraaf 5.2 waarna 5.3 het hoofdstuk afsluit met een korte samenvatting.

5.1. Onderzoeksonderbouwing hoofdstuk 5

Om te komen tot tips en adviezen voor een kansrijke inschrijving wordt er gebruik gemaakt van de verkregen kennis door middel van literatuuronderzoek waarvan de resultaten terug te vinden zijn in de hoofdstukken 1 tot en met 4 en praktijkkennis opgedaan tijdens de dagelijkse praktijk, bijgewoonde trainingen alsmede adviesgesprekken met inschrijvende organisaties, informatie verkregen via Appeldoorn Tendermanagement en afgenomen diepte interviews met betrokken personen bij het inschrijven op aanbestedingen bij verschillende organisaties.

Bereid voor het beantwoorden van vragen waren een accountmanager en een directiesecretaresse beiden van verschillende middelgrote organisaties en twee adviseurs van een multinational, één werkzaam voor inschrijvingen bij aanbestedingen op nationaal niveau en één bij aanbestedingen op decentraal niveau.

Naast de gestelde vragen was er ruimte in de gesprekken voor een eigen inbreng en een natuurlijk verloop van het gesprek. Dit heeft geresulteerd in interessante informatie.⁹³

5.2. Algemene tips en adviezen

In een aanbestedingstraject zijn er een aantal aspecten welke altijd van belang zijn. Daarnaast zijn er een aantal aandachtspunten welke gelden voor de specifieke fases uit het tender-verkoopmodel⁹⁴.

- Doe wat gevraagd wordt;
- Denk vooruit, zorg voor een goede voorbereiding en gebruik ervaringen bij een volgende aanbesteding;
- Let op alle strikte termijnen. Er is maar één kans;
- Lees goed en begrijp wat er precies gevraagd en bedoeld wordt en bij twijfel;
- Stel vragen. In de gedachtegang van transparantie en doorzichtigheid is de aanbestedende dienst verplicht antwoord te geven op alle vragen over de aanbesteding;
- Communiceer prettig en naar de wensen van de aanbestedende dienst.

⁹³ Zie bijlage 5: Uitwerking interviews

⁹⁴ Zie figuur 2: tender-verkoopmodel

5.3. Tips en adviezen bij de voorfase

- Anticipeer tijdig in de voorfase over eventueel ophanden zijnde aanbestedingen, zodat gerichte voorbereidingen mogelijk zijn. Stuur indien binnen de aanbestedingsrechtelijke grenzen mogelijk is naar een gunstige opdracht;
- Zorg voor een standaardvoorbereiding binnen de organisatie;
- Weet wie er met het aanbestedingstraject belast en bevoegd zijn en zorg daarbinnen voor voldoende kennis. Het instellen van vaste personen zorgt ook voor groei van ervaring binnen aanbestedingsprocedures;
- Stel eventueel iemand aan die zich bezig houdt met handelen in de voorfase (bijvoorbeeld een accountmanager en/of een pre-tenderconsultant). Deze persoon heeft als functie het signaleren van aanbestedingen en het onderhouden van relaties. Indien er sprake is van het al werkzaam zijn bij een aanbestedende dienst waak er dan voor dat het lijkt of het allemaal goed gaat terwijl de aanbestedende dienst het liever anders of beter ziet. Kijk dan ook eens kritisch naar de samenwerking en verbeter zo nodig;
- Ken uw markt en zorg dat u op de hoogte bent van alle ontwikkelingen binnen uw branche.

5.4. Tips en adviezen bij de inschrijvingsfase

- Maak een weloverwogen beslissing om wel of niet in te schrijven;
- Voldoe aan alle eisen en wensen van een aanbestedende dienst;
- Werk netjes en zorgvuldig. Voldoe aan alle formele vereisten en voorkom hiermee uitsluiting. Daarnaast laat de inschrijving er op een positieve manier uitspringen door gebruik te maken van een vernieuwde uitstraling. Houdt voldoe hierbij wel aan de eisen die aan het inschrijvingsdocument worden gesteld!
- Lever alles op tijd in;
- Maak gebruik van de vragenronde en stel vragen. Vragen om tot de achterliggende gedachte te komen van de aanbestedende dienst alsmede tactische vragen welke kunnen leiden tot het verhinderen van de concurrentie of het eenvoudiger maken van inschrijven.

5.5. Tips en adviezen bij de evaluatiefase

- Evalueer altijd, zowel bij winst als verlies; (Allereerst om te achterhalen wat de reden van afwijzing is en daarnaast om contact op te bouwen met de aanbestedende dienst)
- Laat de evaluatiefase dienen als een voorfase;
- Gebruik de verkregen informatie bij een evaluatiefase ook bij een volgende aanbesteding;
- Hanteer een systeem waarin wordt bijgehouden wie, wanneer, en waarom is afgewezen. Maak van iedere procedure een kort verslag zodat dit bij een volgende aanbesteding makkelijk terug te vinden is. Gebruik deze informatie om het aanbestedingstraject te verbeteren op grond van opgedane kennis en ervaring.

5.6. Samenvatting

Als een organisatie tevreden is met de wijze van omgaan met aanbesteden en er een juiste balans is van inspanning en resultaat is het prima. Maar bedenk dat het vrijwel altijd mogelijk is om te veranderen en hiermee zelfs te verbeteren.

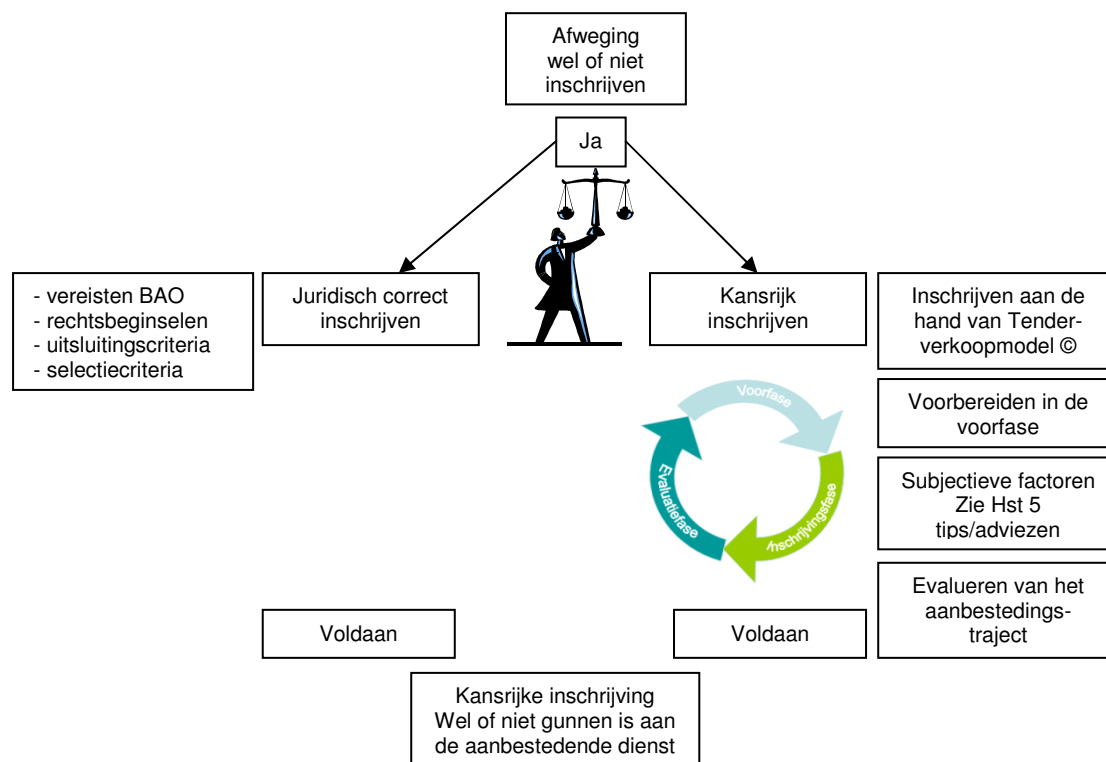
Het aanbestedingsproces bestaat in theorie uit 2 delen:

1. Zorgen voor een juridisch correcte inschrijving waarbij wordt voldaan aan alle juridische vereisten waarmee vervolgens uitsluiting wordt voorkomen. Kansrijk inschrijven heeft te maken met de in een opdracht gestelde eisen, en wat in de ogen van de aanbestedende dienst de beste opdracht is. Dit is vastgelegd in de verschillende aanbestedingsdocumenten. Als een organisatie voor de laagste prijs geeft wat de aanbestedende dienst wil, wordt aan deze organisatie de opdracht gegund. Lijkt heel simpel maar er komt toch nog heel wat bij kijken voordat daadwerkelijk een opdracht wordt gegund.

2. Om te komen tot een inschrijving die kans maakt om de opdracht binnen te komen zijn er een aantal aspecten die een belangrijke rol spelen. Deze uitkomst is gebaseerd op praktijkervaring. Het is al eerder aan bod gekomen, maar nogmaals het aanbestedingstraject houdt meer in dan alleen inschrijven op een aanbesteding. Hieraan vooraf gaat een zogenoemde voorfase en na het sluiten van de inschrijvingsfase is er nog sprake van een evaluatiefase. Dit is aan de hand van het tender-verkoopmodel ©.⁹⁵ Belangrijk is om van de verschillende fases gebruik te maken. In de voorfase door middel van voorbereiding binnen de organisatie van het inschrijvingsproces en het contact leggen met de aanbestedende dienst. En de evaluatiefase om te achterhalen wat de redenen van afwijzing zijn en nogmaals contact te hebben met de aanbestedende dienst en deze informatie dan ook effectief en efficiënt gebruiken voor een volgend te doorlopen aanbestedingstraject. Het is altijd belangrijk om het gehele aanbestedingstraject en dan met name de inschrijvingsfase goed te doen, of niet te doen aangezien het anders zonde is van de tijd en moeite. De aanbestedingsmarkt van beiden kanten is immers groot. Veel aanbestedingen, maar ook veel inschrijvers.

Daarnaast blijft een aanbesteding mensenwerk. Houdt in gedachten dat het, ook al is het niet de intentie, het kan gaan om subjectieve factoren die meewegen in de beoordeling van inschrijvingsdocumenten. Bij iedere aanbesteding zijn er ook factoren waarop een inschrijver geen invloed heeft en die wel kunnen meespelen bij de beoordeling. Denk aan concurrerende partijen.

⁹⁵ Zie hoofdstuk 2 voor een uitgebreide omschrijving en de werking van het tender-verkoopmodel©



Figuur 14: Kansrijk inschrijven

6. CONCLUSIE

Het onderzoek naar de vraag hoe een gegadigde op juridisch correcte wijze een inschrijvingsproces voor een (Europese) aanbesteding voor leveringen of diensten doorloopt en welke overige (subjectieve) factoren bepalen of een inschrijving kansrijk is heeft geresulteerd in deze scriptie. De wijze van onderzoek alsmede de resultaten zijn opgenomen en verwerkt in de verschillende voorgaande hoofdstukken.

De conclusies en aanbevelingen volgend op het onderzoek zijn hoofdzakelijk gericht op de doelgroep van het onderzoek: inschrijvers op aanbestedingen.

Paragraaf 6.1 behandelt de wet- en regelgeving van het aanbestedingsrecht waarin de voor de praktijk relevante belangrijkste bevindingen worden genoemd. Paragraaf 6.2 combineert en koppelt de juridische vereisten aan de (subjectieve) factoren voor een kansrijke inschrijving waarna paragraaf 6.3 tot slot een algemene aanbeveling geeft.

6.1. Invloed van het juridisch kader op het aanbestedingstraject

Op Europees niveau is de regelgeving voor aanbestedingen neergelegd in richtlijn 2004/18/EG, de algemene richtlijn met betrekking tot aanbestedingen van werken, diensten en leveringen. Nederland heeft deze richtlijn geïmplementeerd middels het Besluit Aanbestedingsregels Overheidsopdrachten (BAO). In het BAO zijn de verplichtingen opgenomen voor aanbestedende diensten en aanbestedingsplichtige opdrachten met een waarde boven het drempelbedrag.⁹⁶ Naast het Europees aanbestedingsrecht zijn lidstaten vrij om een Nationaal beleid voor aanbesteden op te stellen. In Nederland zijn er bepaalde gemeentes die in lokaal beleid de regelgeving van aanbestedingen voor opdrachten onder de Europese drempelbedragen hebben vast gelegd. Gedachtegang is om de inkoop van diensten of leveringen volgens bepaalde standaard richtlijnen te laten verlopen om zo verantwoord om te gaan met de gemeenschapsgelden.

In een aanbestedingstraject ligt het initiatief voor het juridisch correct doorlopen van de procedure veelal bij de aanbestedende dienst. De verplichtingen uit de wet- en regelgeving zijn immers gericht op de aanbestedingsprocedures waarbij van de aanbestedende dienst wordt geacht deze bij aanbestedingen te volgen. Het is de taak van de aanbestedende dienst om binnen de regelgeving een opdracht te formuleren en op de markt te brengen middels een aankondiging en aanbestedingsdocumenten waarin alle details en vereisten van de opdracht zijn opgenomen.⁹⁷

Desondanks zijn de juridische regels ook voor een inschrijver van belang. De eisen en verplichtingen die immers door de aanbestedende dienst aan de inschrijver worden gesteld komen voort uit de wet- en regelgeving tezamen met de algemene beginselen zoals het transparantiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel, en het proportionaliteitsbeginsel. Gezien het feit dat er alleen rechtelijke toetsing plaatsvindt op verzoek van een van de partijen is het aan de gegadigde zelf om stappen te nemen als er niet binnen de grenzen van het aanbestedingsrecht wordt gehandeld (indien dit ook in het belang is van de betrokken inschrijver). De inschrijver kan de aanbestedende dienst ook op juridische onvolkomenheden wijzen door vragen te stellen.

⁹⁶ Zie bijlage 1

⁹⁷ Artikel 36 BAO

6.2. Kansrijk inschrijven binnen de aanbestedingsregels

Binnen de grenzen van de juridische regels is het voor iedere aanbestedende dienst een zoektocht naar de perfecte combinatie tussen de geformuleerde opdracht en het gewenste aanbod. Voor de inschrijver is het juist hierin tegemoet komen door datgene aan te bieden wat de aanbestedende dienst eist en wenst. Als een inschrijver dit doet (middels het inschrijvingsdocument) dan zal deze de opdracht gegund krijgen.

Om tot dit resultaat te komen zijn er een aantal factoren waar een aanbieder rekening mee kan houden. Op basis van verschillende ervaringen uit de praktijk heeft het onderzoek een aantal tips en adviezen opgeleverd welke ervoor kunnen zorgen dat een inschrijving meer kans maakt op het gegund krijgen van de opdracht.

6.2.1. Invloed voorfase op kansrijk inschrijven

De aanbestedingsregels zijn voornamelijk gericht op de inschrijvingsfase hetgeen tot gevolg heeft dat in de voorfase nog bepaalde mogelijkheden zijn om te handelen ten gunste van een latere aanbesteding.

Uit het onderzoek is gebleken dat het van belang is voor de inschrijver om te weten wat de aanbestedende dienst nu precies wil, eist en wenst. Aangezien het is toegestaan⁹⁸ om te communiceren met aanbestedende diensten kan een inschrijver voorafgaand aan de publicatie van de aanbesteding hier op inspringen. Als er sprake is van een goede relatie gebaseerd op vertrouwen is het mogelijk dat de inschrijver op de hoogte is van een toekomstige aanbesteding en eventueel nog invloed kan uitoefenen bij het formuleren van de opdracht. Vervolgens kan de inschrijver (gerichte) voorbereidingen treffen. Gebleken is dat een actieve houding van de inschrijver in de voorfase, (relatie, voorbereidingen) een pre zijn voor het inschrijvingstraject in verband met tijdsbesparing en inzicht in de opdracht. De kans op gunning wordt verhoogd door een actieve rol in de voorfase van een inschrijver.

6.2.2. Invloed Inschrijvingsfase op kansrijk inschrijven

In de inschrijvingsfase is het de beurt aan de inschrijver om binnen de grenzen van het aanbestedingsrecht een goede aanbieding te doen. De wet- en regelgeving zijn grotendeels gericht op het in goede banen leiden van de inschrijving, hetgeen tot gevolg heeft dat ook de inschrijver zich hier te houden heeft aan de juridische regels die door de aanbestedende dienst zijn neergelegd in de opdracht.

In de inschrijvingsfase worden er twee stappen gemaakt. Één: er vindt selectie plaatst van de inschrijver, en twee: de opdracht wordt gegund aan één van de geselecteerde inschrijvers.⁹⁹

⁹⁸ Communicatie mag mededinging niet beperken. Zie in dit verband paragraaf 2.2.2; 'Chinese Wall-bepaling'

⁹⁹ Uitzonderingen mogelijk

De uitsluitingscriteria¹⁰⁰ maken deel uit van de selectie en kunnen leiden tot het uitsluiten van de inschrijver tot verdere deelname aan het aanbestedingsproces. Het is aan te bevelen het gevraagde bewijs te overleggen aan de aanbestedende dienst om aan te tonen dat geen van de uitsluitingscriteria van toepassing zijn op de inschrijver. De volgende stap is het aantonen van de geschiktheid van de inschrijver aan de hand van de geschiktheidscriteria.¹⁰¹ Hieruit moet blijken dat de inschrijver in staat is om aan de eisen van de opdracht te kunnen voldoen. De uitsluiting en geschiktheidscriteria tezamen zorgen voor selectie van de aanbestedende dienst. Selectiecriteria zijn overigens puur gericht op de aanbieder en de gunningscriteria op de aanbidding.

Na selectie zal de aanbestedende dienst op basis van bekend gemaakte gunningscriteria¹⁰² de aanbesteding gunnen. Gunning vindt plaats op het criteria laagste prijs, of economisch meest voordelige aanbidding. Zodra er gegund wordt op het criteria van de laagste prijs is de redenatie om te komen tot een kansrijke inschrijving redelijk eenvoudig. Als de inschrijving voldoet aan alle selectiecriteria en vervolgens de laagste prijs biedt, is gunning onvermijdelijk.

Gunning op het criteria van economisch meest voordelige inschrijving brengt een iets andere redenatie met zich mee om te komen tot een kansrijke inschrijving. De aanbestedende dienst maakt hierbij namelijk gebruik van meerdere criteria met betrekking tot de prijs en kwaliteit. Aan alle criteria worden scores toegekend waarna gunning volgt voor de inschrijver met de hoogste score.

Iedere aanbesteding is anders, hetgeen tot gevolg heeft dat iedere inschrijving een maatwerk naast standaardwerk vergt.

Om tot een maximale score te komen is, zoals reeds eerder opgemerkt, van belang te weten wat nu precies bedoeld en gevraagd wordt door de aanbestedende dienst. Aanrader is om hiervoor de contacten in de voorfase effectief te gebruiken, en vragen te stellen aan de aanbestedende dienst bij de vragenronde. De antwoorden hierop zijn terug te vinden in de Nota van Inlichtingen welke deel uitmaakt van de aanbesteding. Het gebruiken van deze Nota van Inlichtingen maakt een aanbesteding meer duidelijk en gedetailleerd hetgeen de inschrijver in staat stelt om te beantwoorden aan de precieze eisen en wensen van de aanbestedende dienst.

6.2.3. Invloed evaluatiefase op kansrijk inschrijven

Na het gunnen van de opdracht is er de mogelijkheid om de aanbesteding te evalueren. Een goede evaluatie kan zorgen voor een verbetering van het proces. Evalueren is dan ook van belang bij het krijgen van de opdracht dan wel bij het niet gegund krijgen van de opdracht. Om inzichtelijk te krijgen waarom een opdracht niet gegund is kan de inschrijver het verzoek doen om de redenen van afwijzing in vergelijking met de winnende inschrijver. Dit kan schriftelijk of mogelijk via een persoonlijk gesprek. Hieruit kan vervolgens opgemaakt worden of het aanbestedingstraject volgens de juiste juridische aanbestedingsregels is verlopen en of er gerechtelijke maatregelen gewenst zijn, daarnaast kunnen eventuele verbeterpunten voor de inschrijver aan bod komen. Het meenemen van deze ervaringen in een volgende inschrijving kan leiden tot een verbetering van het proces.

¹⁰⁰ Artikelen. 45, 47 BAO

¹⁰¹ Artikelen 49,50,51 juncto 52 BAO

¹⁰² Artikel 54 BAO

Het is mogelijk dat tijdens de evaluatie, of misschien al tijdens de procedure, de inschrijver constateert dat de aanbesteding niet volgens de wet- en regelgeving verloopt. In het Nederlandse recht staat dan de gang naar de burgerlijke rechter open. Om de inschrijver de mogelijkheid te geven om gerechtelijke stappen te ondernemen is de aanbestedende dienst verplicht een stand-still termijn op te nemen van minimaal 15 dagen.¹⁰³ Om te voorkomen dat de inschrijver het beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard is van belang om een proactieve houding te kunnen aantonen in de aanbestedingsprocedure door bijvoorbeeld vragen te stellen aan de aanbestedende dienst.¹⁰⁴

6.3. Aanbevelingen voor de praktijk

Specifiek naar voren gekomen in de praktijk is dat het naast het juridisch correct doorlopen van het aanbestedingstraject van belang is om bepaalde aspecten mee te nemen in het aanbestedingstraject om te komen tot een kansrijke inschrijving.

Een goede relatie tussen de inschrijver en de aanbestedende dienst blijkt mee te wegen in de mate van kans op gunning bij het inschrijven op een aanbesteding. Deze relatie speelt mee in zowel de voorfase bij het duidelijk krijgen van de opdracht, de inschrijvingsfase, het toepassen van de kennis over de aanbestedende dienst, als wel de evaluatiefase, het opbouwen en onderhouden van een relatie. Daarnaast is gebleken dat kennis en ervaring bij de inschrijver meespelen bij het doorlopen en succesvol afronden van het aanbestedingstraject. De aanbestedingsmarkt is groot en nog steeds groeiende in de huidige tijd. De strenge eisen en de concurrerende partijen die op de hoogte zijn van het juist doorlopen van een aanbestedingstraject zorgen ervoor dat fouten maken onherroepelijk leidt tot het verliezen van de aanbesteding.

Het gehele aanbestedingsrecht is geregeld in verschillende Europese en nationale wet- en regelgeving, echter wordt het aanbestedingsrecht veelal bepaald door de praktijk. Bij het inschrijven op een aanbesteding moet dus altijd in het achterhoofd gehouden worden dat er naast de juridische vereisten overige (subjectieve) factoren een rol spelen, ook al is het aanbestedingsrecht bedoeld om dit te voorkomen.

Kort gezegd: weet wat gevraagd wordt, doe dan vervolgens ook precies wat gevraagd wordt en zorg er voor dat de inschrijving er op een positieve manier uit springt. Dit is per aanbesteding, aanbestedende dienst, en inschrijver verschillend.

¹⁰³ Volgend uit de uitspraak in de zaak: HvJEG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, Alcatel

¹⁰⁴ Volgend uit de uitspraak in de zaak: HvJEG, 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann

LITERATUURLIJST

Geraadpleegde literatuur

Baarda, De Goede en Teunissen 2005

D.B. Baarda, M.P.M. de Goede, J. Teunissen, *Basisboek Kwalitatief Onderzoek. Handleiding voor het opzetten en uitvoeren van kwalitatief onderzoek*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2005, tweede druk.

Dukes 2007

M. Dukes, *Europees aanbesteden. Nieuwe kansen, nieuwe prijzen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Pisuisse, Teubner 2005

Pisuisse, Teubner, *Elementair Europees gemeenschapsrecht*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2005, zesde druk.

Goorden 2003

C.P.J. Goorden, *Algemeen bestuursrecht compact*, Den Haag: Elsevier juridisch 2003, vierde druk.

Grit 2005

R. Grit, *Projectmanagement. Projectmatig werken in de praktijk*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2005.

Leidraad voor juridische auteurs 2004

Leidraad voor juridische auteurs. Voetnoten, bronvermeldingen, literatuurlijsten en afkortingen in Nederlandse publicaties, Deventer: Kluwer 2004, vierde druk.

Pijnacker Hordijk, Van der Bend, Van Nouhuys 2004

E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, derde druk.

Wieten 2004

H.L.G. Wieten, *Procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2004, tweede druk.

Regelgeving

BAO

Besluit Aanbestedingsregels Overheidsopdrachten

Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, stb. 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, stb 2005, 409

EG-verdrag

Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, verdrag van 25 maart 1957, Trb 1957, 91, laatst gewijzigd 3 oktober 2005, Trb 2006,11

Richtlijn 71/305/EEG

Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB 1971.

Richtlijn 92/50/EEG

Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, PB 1992, L 209/1, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52

Richtlijn 93/36/EEG

Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, PB 1993, L 199/1, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52.

Richtlijn 93/37/EEG

Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB 1993, L 199/54, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52.

Richtlijn 93/38/EEG

Richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, PB 1993, L 199/84, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/4.

Richtlijn 2004/17/EG

Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PB 2004, L 134/1

Richtlijn 2004/18/EG

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, PB 2004, L 134/114.

Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten PB 2007 , L 335/31

Rechtspraak

Alcatel

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 28 oktober 1999, C-81/98

Amphia ziekenhuis

Hoge Raad 1 juni 2007, LJN AZ 9872,

Grossmann

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 12 februari 2004, C-230/02

Jeroen Bosch Ziekenhuis

Rechtbank s'-Hertogenbosch 13 februari 2009, LJN: BH3620 , Retara Interieurwerken tegen het Jeroen Bosch Ziekenhuis

Stadt Hall

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 11 januari 2005, C-107/98

Teckal

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 18 november 1999, C-107/98

Rapporten

Appeldoorn 2007

M. Appeldoorn, *Notitie Europees aanbesteden*, Rapport van Appeldoorn Tendermanagement, Tilburg: 2007.

Appeldoorn 2005

M. Appeldoorn, *Inschrijven op Europese aanbestedingen; de basis!, verkorte handleiding 'Europees aanbesteden'*, Rapport van Appeldoorn Tendermanagement, Tilburg: 2005.

Gemeente Utrecht 1999

Gemeente Utrecht, *Nota aanbestedingsbeleid* 1999. Rapport van gemeente Utrecht: 1999

De Groene 2008

M. De Groene, *Toekomstverwachtingen nieuwe aanbestedingswet. Van voorstel naar praktijk*, Tilburg 2008

Juridische Hogeschool Avans- Fontys 2008

Juridische Hogeschool Avans-Fontys, *Competentieboek E3 en E4, Afstuderen*, Juridische Hogeschool Avans-Fontys, samenstellers: B. Kratsborn, J. Pop, R. Masselink; editie nummer 6, juni 2008 vs 8.

Internetbronnen¹⁰⁵

Aanbestedingen Online©: 2004
<www.aanbestedingenonline.nl>

Appeldoorn Tendermanagement Tilburg: 2008
<www.appeldoorntm.nl>

Eur-lex
Het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, kortweg het Publicatiebureau, Europese Gemeenschappen©: 1995-2009 <www.eur-lex.eu>

Europa, Europese Gemeenschappen©: 1995-2009
<www.europa.eu>

Europa Decentraal Copyright©: 2009 Kenniscentrum Europa decentraal
<www.europadecentraal.nl/>

Europeseaanbestedingen, G. Geertseman
<www.europeseaanbestedingen.eu>

Gemeente.nu
M. Uding, I. Hartendorp, uitgave van Elsevier Overheid, onderdeel van Reed Business bv, Amsterdam: 2009 <www.gemeente.nu.nl>

Leidraadaanbesteden, Regieraad Bouw, Gouda: 2009
<www.leidraadaanbesteden.nl>

Ministerie van Economische Zaken, Directie Communicatie: 2009
<www.ez.nl/>

Overheid, Antwoord©: 2009
<www.overheid.nl>

PIANOO, PIANOO Expertisecentrum Aanbesteden, Den Haag: 2008
<www.pianoo.nl>

Raad van Arbitrage
<www.raadvanarbitrage.nl>

De Rechtspraak: 2009
<rechtspraak.nl/default.htm>

Tenderselekt, Reed Business bv©, Doetinchem: 2007
<www.tenderselekt.nl>

TED, Tenders Electronic Daily
<ted.europa.eu/Exec?Template=TED/editorial_page.htm&DataFlow=ShowPage.dfl&StatLang=NL>

¹⁰⁵ Geraadpleegd in de periode tussen februari 2009 en mei 2009 en gecontroleerd in mei 2009

BIJLAGEN

1.	<i>Europese drempelbedragen</i>	<i>pagina 2</i>
2.	<i>Onderzoeksplan</i>	<i>pagina 3</i>
3.	<i>Lijst van aanbestedende diensten</i>	<i>pagina 21</i>
4.	<i>Lijst van publiekrechtelijke instellingen</i>	<i>pagina 25</i>
5.	<i>Uitwerking interviews</i>	<i>pagina 29</i>

FIGUREN

<i>FIGUUR 1: VAN ONDERZOEK NAAR SCRIPTIE NAAR NOTITIE</i>	<i>10</i>
<i>FIGUUR 2: TENDER-VERKOOPMODEL(C)</i>	<i>11</i>
<i>FIGUUR 3: JURIDISCH KADER (EUROPEES) AANBESTEDINGSRECHT</i>	<i>12</i>
<i>FIGUUR 4: EUROPEES / NATIONAAL AANBESTEDEN</i>	<i>15</i>
<i>FIGUUR 5: NOTITIE (EUROPEES) AANBESTEDEN</i>	<i>17</i>
<i>FIGUUR 6: ONDERZOEK (EUROPEES) AANBESTEDEN</i>	<i>18</i>
<i>FIGUUR 7: TENDER-VERKOOPMODEL(C)</i>	<i>19</i>
<i>FIGUUR 8: START FASES IN EEN AANBESTEDINGSTRAJECT</i>	<i>26</i>
<i>FIGUUR 9: VERSIMPELDE WEERGAVE VAN DE DREMPELBEDRAGEN 2008-2009</i>	<i>28</i>
<i>FIGUUR 10: SELECTIE EN GUNNING</i>	<i>36</i>
<i>FIGUUR 11: DE INSCHRIJVINGSFASE</i>	<i>40</i>
<i>FIGUUR 12: PROCES VAN DE EVALUATIEFASE</i>	<i>41</i>
<i>FIGUUR 13 KORT GEDING</i>	<i>44</i>
<i>FIGUUR 14: KANSRIJK INSCHRIJVEN</i>	<i>50</i>

(Europese) Aanbestedingen

In drie stappen naar een kansrijke inschrijving!

Marissa Willemse, Tilburg, juni 2009

(Europese) Aanbestedingen

In drie stappen naar een kansrijke inschrijving!

Marissa Willemse, Tilburg, juni 2009

Naam student:	Marissa Willemse
Studentnummer:	009962770
Stageverlener:	Appeldoorn Tendermanagement
Afstudeermentor:	De heer mr. M.L. Appeldoorn
Opleiding:	HBO-Rechten
Instelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg
1 ^o afstudeerdocent:	De heer mr. P. van Harten
2 ^o afstudeerdocent:	Mevrouw mr. T. Wielders
Stageperiode:	februari 2009 - mei 2009
Publicatie:	juni 2009

VOORWOORD

In september 2005 ben ik begonnen met de studie HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Na drie en een half jaar gestudeerd te hebben ga ik de opleiding afsluiten met een stage bij Appeldoorn Tendermanagement en een voor deze organisatie geschreven scriptie.

Tijdens het solliciteren naar een stageplaats was het duidelijk dat Appeldoorn Tendermanagement de aangewezen plaats was voor het afronden van mijn studie. Met een inhoudelijk interessant (Europees) aanbestedingsrechtelijk onderwerp en goede begeleiding vanuit deze organisatie boden zij de meeste mogelijkheden.

Bij deze scriptie is een dankwoord aan de Juridische Hogeschool zeker op zijn plaats. Voor het vormgeven aan de opleiding HBO-Rechten en voor de geboden inhoudelijke en praktijkgerichte kwaliteit van het onderwijs.

Tijdens het afstuderen heeft de Juridische Hogeschool mij met raad en daad bijgestaan door middel van de afstudeercommissie bestaande uit: mevrouw R. Masselink tot februari 2009, mevrouw W.G. van den Bosch, mevrouw S.A. Ansems en mevrouw J. Pop.

Direct inhoudelijke betrokken bij het schrijven van deze scriptie waren de heer P. van Harten als eerste afstudeerdocent en mevrouw T. Wielders als tweede afstudeerdocent welke mij de nodige verrassende feedback hebben gegeven.

Voor een toegevoegde waarde aan het theoretische gedeelte van deze scriptie heb ik gebruik gemaakt van meerdere diepte interviews met betrokken personen bij het inschrijvingstraject van verschillende organisaties. Hen wil ik bedanken voor de genomen moeite en de vernieuwende en verfrissende inzichten in het aanbestedingstraject vanuit de inschrijvende kant.

Als laatste gaat mijn dank uit naar de organisatie die het voor mij mogelijk heeft gemaakt om mijn scriptie te schrijven: Appeldoorn Tendermanagement. De altijd vriendelijke Harry Smulders, waar ik veel van heb geleerd, en nog kan leren met betrekking tot projectmatig inzicht, Marjolijn van Riel en Guyonne Bruinsma, waar ik al mijn vragen en verhalen kwijt kon, Floris van der Heijden die altijd tijd had om vragen te beantwoorden en mee te denken over verschillende onderwerpen, Tim Slotboom welke samen met mij meedacht over de invulling van het onderzoek en specifiek mijn afstudeermentor Michiel Appeldoorn, met kritische feedback is de scriptie geworden tot wat hij is. Bedankt voor deze feedback, de mogelijkheid om het aanbestedingsrecht te onderzoeken en te ondervinden en voor je geduld.

Met deze scriptie hoop ik u nieuwe en interessante informatie te geven. Ik wens u veel plezier bij het lezen.

Marissa Willemse
Mei 2009

SAMENVATTING

Deze scriptie bevat een onderzoek naar hoe een gegadigde op juridisch correcte wijze een inschrijvingsproces voor (Europese) aanbestedingen voor leveringen of diensten doorloopt en welke overige (subjectieve) factoren bepalen of een inschrijving kansrijk is.

Dit onderzoek is gebaseerd op informatie verkregen uit verschillende literatuur, wet- en regelgeving, jurisprudentie en ervaringen opgedaan uit de praktijk alsmede ervaringen van betrokken personen bij aanbestedingstrajecten.

(Europees) aanbesteden is een inkoopmethode voor (semi)overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde.

Op Europees niveau is aanbesteden geregeld via de aanbestedingsrichtlijnen 2004/18/EG voor werken, diensten en leveringen en richtlijn 2004/17/EG voor opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

Deze Richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd middels respectievelijk het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO) en het Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren (BASS).

In het BAO is in artikel 1 lid r juncto artikel 1 lid q het begrip aanbestedende dienst (semi) overheid gedefinieerd als een staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

Wanneer een opdracht van een aanbestedende dienst boven een bepaalde waarde, de zogenoemde drempelbedragen, komt, dan is deze verplicht de opdracht aan te besteden volgens de Europese wet- en regelgeving. Voor opdrachten onder de Europese drempelbedragen is geen wettelijke basis. In Nederland is het vooralsnog zo dat er lokaal beleid omtrent inkopen en aanbesteden ingesteld kan worden. Vaak treft de omschreven wijze van aanbesteden in een dergelijk lokaal beleid vele gelijkenissen met het Europees aanbestedingsrecht.

Appeldoorn Tendermanagement onderscheidt in een aanbestedingstraject drie fases: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase. De voorfase is de fase voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging tot opdracht waarin betrokken partijen voorbereidingen kunnen treffen. De inschrijvingsfase start op het moment van de publicatie van de aanbesteding en eindigt op het moment dat de inschrijvingstermijn verloopt. Na het sluiten van de inschrijvingsfase begint de evaluatiefase waarin de aanbestedende dienst en de inschrijver gezamenlijk of intern kunnen evalueren.

De meeste gebruikte procedures voor een aanbesteding zijn de openbare en de niet-openbare procedure. Beide procedures verlopen volgens dezelfde stappen met enig verschil dat de niet-openbare procedure uit twee verschillende fases bestaat. Een inschrijver moet allereerst geselecteerd worden waarna deze een uitnodiging zal krijgen om in te schrijven op de aanbesteding. Na het indienen van de inschrijving beoordeelt de aanbestedende dienst de inschrijvingen aan de hand van vooraf vastgestelde gunningscriteria.

Om te komen tot een kansrijke inschrijving is het voor een inschrijver van belang te voldoen aan de eisen en wensen van de aanbestedende dienst welke vaak kenbaar worden gemaakt in de aanbestedingsdocumentatie. Op het moment dat een inschrijver aan alle juridische eisen heeft voldaan en aan de hand van de gunningscriteria de beste aanbieding doet, (de meeste punten scoort aan de hand van de eisen en wensen van de aanbestedende dienst) dan zal deze de opdracht gegund krijgen.

Leeswijzer

(Europees) Aanbesteden

“Een inkoopmethode voor (semi) overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde.

Europese aanbestedingen zijn opdrachten met een waarde boven de drempelbedragen en daarom verplicht zijn om volgens de Europese regelgeving te worden aanbesteed. Opdrachten onder de drempelbedragen hoeven niet verplicht te worden aanbesteed volgens de Europese regelgeving, maar vaak is er een nationaal of lokaal beleid om dit te reguleren. Per lidstaat kan dit verschillen.

In het onderzoek wordt met de term aanbesteden zowel Nationaal aanbesteden (aanbesteden onder de Europese drempelbedragen) alsmede Europees aanbesteden bedoeld, mitst de context specifiek vraagt om een vernoeming als het gaat om Europees of Nationaal aanbesteden. Reden hiervoor is het feit dat Nationaal aanbesteden vele gelijkenissen toont met Europees aanbesteden.

Aanbestedende dienst

De staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

Aanbestedingsdocumentatie

Alle documentatie van de aanbestedende dienst die verband houdt met de aanbesteding.

Aanbestedingstraject

In dit onderzoek wordt met aanbestedingstraject bedoeld alles rondom aanbesteden. De gehele fase waarin aanbesteden een rol speelt. Daaronder zijn nog drie verschillende aanbestedingsfase te onderscheiden: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase.

Aanbestedingsplichtige opdracht

Opdracht van een aanbestedende dienst met een waarde boven het Europees drempelbedrag.

Appeldoorn Tendermanagement

Appeldoorn Tendermanagement is een gespecialiseerd adviesbureau dat diverse publieke en private organisaties adviseert en traint op het gebied van (Europese) aanbestedingen.¹

Het onderzoek maakt deel uit van de stage bij Appeldoorn Tendermanagement.

Bestek

Aan de hand van het bestek kunnen gegadigden een aanbieding doen, inschrijven op de aanbesteding. Een bestek bevat dan ook alle noodzakelijke informatie om deze aanbieding te kunnen doen. Te denken valt aan een gedetailleerde omschrijving van de opdracht en informatie rondom het aanbestedingstraject.

Bezwarende titel

Een overeenkomst onder bezwarende titel houdt in dat voor een aanbidding partijen een min of meer gelijkwaardige tegenprestatie verschuldigd zijn.

BOPEG afkorting voor Bureau Officiële Publicaties Europese Gemeenschappen.

Het BOPEG is de uitgever van de Europese instellingen en zorgt voor de productie en verspreiding van alle officiële publicaties van de Europese Unie, op papier en in elektronische vorm. Een van de diensten van het publicatiebureau is de TED (Tender Electronic Daily).

Chinese Wall bepaling

Juridisch vereiste welke dient ter voorkoming van het handelen met voorkennis door de inschrijver in de inschrijvingsfase. Het principe is dat een adviseur die ondersteuning biedt bij het opstellen van technische specificaties alleen mee mag dingen naar de opdracht indien hij door zijn adviesfunctie geen wezenlijke voorsprong heeft verkregen op de overige aanbieders, of dat deze aanbieders over dezelfde informatie moeten kunnen beschikken.²

¹ Appeldoorn Tendermanagement; ‘over atm’ <www.appeldoorn.nl/algemeen.html>

² Kenniscentrum Europa Decentraal, Factsheet ‘Aandachtspunten aanbesteden en staatssteun bij gebiedsontwikkeling’; oktober 2007

CPV afkorting voor Common Procurement Vocabulary

Het CPV is een classificatiesysteem voor overheidsopdrachten en geldt binnen de hele Europese Unie. Bij de aankondiging van een overheidsopdracht moet de aanbestedende dienst zijn opdracht coderen aan de hand van de CPV codes. Ieder product of dienst is gerelateerd aan een CPV code. Doordat alle aanbestedende diensten binnen de EU dezelfde CPV codes gebruiken, worden taalbarrières opgeheven en kan een onderneming makkelijk de overheidsopdrachten herkennen die voor hem interessant zijn.

Op 28 november 2007 heeft de Europese Commissie een verordening³ aangenomen waarmee de CPV codes zijn gewijzigd.

Directe werking

Wanneer een besluit directe werking heeft betekent dit dat een particulier of rechtspersoon zich kan beroepen bij de rechter op bepalingen van het besluit tegen de staat of een andere particulier.

Drempelbedrag

Opdrachten met een waarde boven de drempelbedragen zijn door Europa verplicht gesteld om Europees aan te besteden. In bijlage 1 is een overzicht opgenomen van alle nu geldende drempelbedragen. Deze worden namelijk tweejaarlijks vastgesteld.

EG-verdrag

De officiële benaming voor het EG-verdrag is het verdrag betreffende de Europese Unie, publicatieblad nummer C 191 van 29 juli 1992. Het EG-verdrag is in Maastricht ondertekend en inwerking getreden op 1 november 1993. In het EG-verdrag is de oprichting van de Europese Unie uitgewerkt.

EMVI, afkorting van economisch meest voordelige inschrijving

Voor het gunnen van een aanbesteding zijn twee gunningscriteria mogelijk: laagste prijs of EMVI. Bij EMVI moet er sprake zijn van een afweging tussen kwaliteit en laagste prijs. Hiervoor mag de aanbestedende dienst zelf een aantal beoordelingsgronden opstellen.⁴

GPA, afkorting van Agreement on Government Procurement.⁵

Het GPA is een verdrag welke regelingen bevat omtrent overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Het GPA is gebaseerd op de principes van openheid, transparantie en non-discriminatie, die van toepassing zijn op partijen bij aanbestedingszaken vallend onder de overeenkomst, ten gunste van de partijen en hun leveranciers, goederen en diensten.⁶ De regeling is bindend voor alle partijen, momenteel 153 landen, van de WTO.

Gunning

Gunning houdt in dat de aanbesteding wordt toegewezen aan een inschrijver.

<www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/praktijk/Factsheet_PPS_def_webversie_okt07.

Pdf>

³ Europese verordening nummer 213/2008 ter vervanging van EG-verordening nummer 2195/2002.

PB L 74/115 maart 2008, inwerking per 15 september 2008

<eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:074:0001:0375:NL:PDF>

⁴ Artikel 54 BAO

⁵ World Trade Organisation, *The plurilateral agreement on government procurement (GPA)*

<www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm>

⁶ Pianoo, 'Government Procurement

Agreement'<http://www.pianoo.nl/Wet_en_regelgeving/Wetten/Europese_richtlijnen_en_verdragen/Government_Procurement_Agreement_GPA>

IIb diensten

Bij de aanbesteding van diensten bestaat een onderverdeling tussen diensten waarbij het volledige regime van de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing is (IIa) en diensten waarbij slechts een zeer beperkt gedeelte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (IIb) van toepassing is. De IIb diensten zijn aangemerkt als diensten die geen bijdrage leveren aan de eenwording van de interne markt omdat de diensten door nationale dienstverleners (moeten) worden uitgevoerd. Bij IIb diensten is het alleen verplicht om de gunning te publiceren en de algemene regels van het EG-verdrag en de regels van technische specificatie in acht te nemen.

De onderverdeling is neergelegd in de richtlijn zelf en is in het BAO uitgewerkt in twee bijlagen (IIa en IIb), waarin verschillende categorieën van diensten zijn opgesomd.⁷

Implementeren

Zie het begrip richtlijn.

Inbesteden

Wanneer een opdracht wordt uitgevoerd binnen de eigen organisatie van een aanbestedende dienst, dan hoeft deze niet verplicht te worden aanbesteed, maar wordt gesproken over inbesteden. Bij inbesteden vervalt de aanbestedingsverplichting mits aan de voorwaarden wordt voldaan dat er sprake is van een gezagsstructuur en een bepaalde mate van toezicht van de aanbestedende dienst op de uitvoerende organisatie.

Inschrijver (aanbieder, gegadigde, inschrijver)

Alvorens te komen tot een inschrijver zijn er een aantal voorgaande fases waarin een inschrijver met een andere term wordt aangeduid. Een ondernemer welke voorafgaand aan het bekend worden van de aanbesteding hierin geïnteresseerd is om eventueel op in te schrijven wordt gegadigde genoemd. Vervolgens wordt de ondernemer/de gegadigde die zijn producten of diensten aanbiedt aan de hand van de aanbesteding aanbieder genoemd. Op het moment dat de ondernemer zijn inschrijvingsdocument inlevert bij de aanbieder wordt gesproken van een inschrijver. In verband met de leesbaarheid en eventuele onduidelijkheid wordt in dit onderzoek met de term inschrijver zowel aanbieder, gegadigde als de daadwerkelijk inschrijvende onderneming bedoeld mits de context vraagt om een specifieke benaming.

Marktconsultatie

Een publieke marktconsultatie is een door een publieke partij georganiseerde informatie-uitwisseling met belanghebbende partijen over een voorgenomen project, mede aan de hand waarvan die publieke partij de haalbaarheid van en de randvoorwaarden voor dat project vaststelt, en waarvan de resultaten openbaar zullen worden gemaakt.⁸ Een marktconsultatie kan ook informeel plaats vinden. Dit kan op initiatief van de inschrijver en de marktconsultatie wordt dan niet gepubliceerd.

Nota van Inlichtingen

Na het publiceren van de aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst hebben gegadigde de mogelijkheid om vragen te stellen over de opdracht. Alle antwoorden op deze vragen zijn te vinden in de Nota van Inlichtingen welke voor alle gegadigden openbaar wordt gemaakt.

Nutssectoren / Speciale Sectoren

Met het begrip nutssectoren wordt in de aanbestedingspraktijk vaak hetzelfde bedoeld als de speciale sectoren. Een speciale sector bedrijfs is een overheidsbedrijf of een bedrijf of instelling waaraan door de overheid een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend indien deze aan één van de in de artikelen 2 tot en met 7 BASS genoemde activiteiten uitoefent. Voorbeelden hiervan zijn aanbieders van gas of warmte, elektriciteit, drinkwater en openbaar vervoer of havens of postdiensten.

⁷ Pianoo, '2. Wat moet ik weten over aanbesteden'

<<http://metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn2/antwoord8-2.html>>

⁸ Ministerie van Financiële Zaken, *Marktconsultatie: een dialoog tussen markt en overheid'*

<www.minfin.nl/dsresource?objectid=minfinbeheer:28448&versionid=&subobjectname=>>

PIANOO

Voluit PIANOO Expertisecentrum Aanbesteden. Dit is een netwerkorganisatie voor overheidsopdrachtgevers. PIANOO is een onderdeel van het Ministerie van Economische Zaken en heeft als functie het bieden van informatie, advies en praktische tips aan iedereen die zich bij de publieke sector bezig houdt met het inkopen en aanbesteden van werken, leveringen en diensten.⁹

Publiekrechtelijke instelling

Het begrip publiekrechtelijke instelling is gedefinieerd in artikel 1 lid q BAO. Kort gezegd worden hiermee instellingen bedoeld die zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang niet zijnde van industriële of commerciële aard, rechtspersoonlijkheid hebben en waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de staat of zijn territoriale lichamen worden gefinancierd.

Richtlijn

Een richtlijn is een bindend besluit van de Europese Unie met verplicht na te leven regels voor de lidstaten. Een richtlijn wordt uitgevaardigd door de Raad van Ministers vaak tezamen met het Europees Parlement of door de Europese Commissie. De resultaten liggen vast, maar lidstaten mogen zelf beslissen over de uitvoering ervan. Een richtlijn moet geïmplementeerd/omgezet worden naar Nationaal recht. Iedere lidstaat moet zelf aan de hand van de richtlijn zorgen dat de bepalingen uit de richtlijn opgenomen worden in de wet- en regelgeving. Een richtlijn heeft in beginsel geen directe werking. Men kan zich beroepen op de richtlijn wanneer deze is geïmplementeerd in nationaal recht.¹⁰

Op dit moment gelden in het aanbestedingsrecht de richtlijnen 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, PB 2004, L 134/114, ook wel de Algemene Richtlijn genoemd en de richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PB 2004, L 134/1 ook wel de Richtlijn Nutssectoren genoemd.

Stand-still termijn

Voortgekomen uit het Alcatel arrest en opgenomen in artikel 55 lid 2 BAO. De inschrijver wordt de mogelijkheid gegeven om binnen een redelijke termijn van minimaal 15 dagen in beroep te gaan tegen een besluit van de aanbestedende dienst. Deze termijn begint te lopen na het kenbaar maken (verplicht voor de aanbestedende dienst) van het voornemen tot gunning.

TED afkorting voor Tenders Electronic Daily

TED is de online versie van het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie, bestemd voor Europese openbare aanbestedingen.¹¹

Tender-verkoopmodel©

Appeldoorn Tendermanagement hanteert bij een aanbestedingstraject drie fases: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase. De voorfase is de fase voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging tot opdracht en geeft partijen de mogelijkheid de nodige voorbereidingen te treffen. De inschrijvingsfase staat in het teken van het inschrijven op de aanbesteding door ondernemers en start op het moment van de publicatie van de aankondiging tot opdracht en eindigt bij het sluiten van de inschrijvingsfase waarop de evaluatiefase volgt waarin de aanbestedende dienst en de inschrijver de mogelijkheid hebben om alleen dan wel gezamenlijk de aanbestedingsprocedure te evalueren.

VOG afkorting van verklaring omtrent gedrag

Deze verklaring wordt afgegeven door het Ministerie van Justitie en geldt als aantoonbaar bewijs voor de aanbestedende dienst dat een inschrijver aan een aantal uitsluitingscriteria wordt voldaan.

⁹ <www.pianoo.nl/>

¹⁰ Europa NU, *Richtlijn*, <www.europa-nu.nl/9353000/1/j9vvh6nf08temv0/vh7bhovynh7>

¹¹ Nederlands talige online versie TED:

<ted.europa.eu/Exec?Template=TED/editorial_page.htm&DataFlow=ShowPage.dfl&StatLang=NL>

INHOUDSOPGAVE

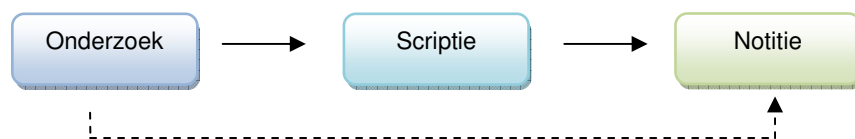
VOORWOORD	2
SAMENVATTING	3
LEESWIJZER	4
1. INLEIDING	10
1.1. DEFINITIE (EUROPEES) AANBESTEDEN	11
1.2. HISTORIE	11
1.2.1. JURIDISCH KADER	11
1.2.2. RECHTSBEGINSELEN	14
1.3. EUROPEES VS. NATIONAAL AANBESTEDEN	15
1.4. AANBESTEDEN IN DE PRAKTIJK	16
1.5. METHODIEK	17
1.5.1. DOELSTELLING	17
1.5.2. RANDVOORWAARDEN	18
1.5.3. METHODIEK VAN ONDERZOEK	18
2. “DE VOORFASE”	19
2.1. BETROKKEN PARTIJEN	19
2.1.1. DE OVERHEID	19
2.1.2. DE INSCHRIJVER	21
2.2. VOORBEREIDINGEN IN DE VOORFASE	21
2.2.1. DE AANBESTEDENDE DIENST IN DE VOORFASE	21
2.2.2. DE INSCHRIJVER IN DE VOORFASE	22
2.3. SAMENVATTING	24
3. “DE INSCHRIJVINGSFASE”	26
3.1. AANBESTEDINGSPLICHTIGE OPDRACHT	26
3.1.1. UITZONDERINGEN	27
3.2. DREMPELBEDRAGEN	28
3.2.1. SPLITSINGSVERBOD	29
3.2.2. LOOPTIJD	29
3.2.3. VERLENGING	29
3.3. AANBESTEDINGSPROCEDURES	30
3.3.1. DE OPENBARE PROCEDURE	30
3.3.2. DE NIET-OPENBARE PROCEDURE	31
3.3.3. CONCURRENTIEGERICHTE DIALOOG	32
3.3.4. PROCEDURE VAN GUNNING VIA ONDERHANDELINGEN (MET OF ZONDER AANKONDIGING)	32
3.3.5. PRIJSVRAAG VOOR ONTWERPEN	32
3.3.6. DYNAMISCH AANKOOPSYSTEEM	33
3.3.7. RAAMOVEREENKOMSTEN	33

3.4. START VAN DE AANBESTEDINGSPROCEDURE	33
3.4.1. DE AANKONDIGING	34
3.4.2. VRAGENRONDE	34
3.4.3. NOTA VAN INLICHTINGEN	35
3.5. SELECTEREN EN GUNNEN	35
3.5.1. SELECTIECRITERIA.	36
3.5.2. GUNNINGSCRITEIA	38
3.6. SAMENVATTING	39
 4. “DE EVALUATIEFASE”	 41
 4.1. DE GUNNING	 41
4.2. JURIDISCH KADER RECHTSBESCHERMING	42
4.2.1. RECHTSBESCHERMING OP EUROPEES NIVEAU	42
4.2.2. RECHTSBESCHERMING OP NATIONAAL NIVEAU	43
4.3. RECHTSBESCHERMING IN DE DAGELIJKE PRAKTIJK	43
4.3.1. BEROEP	44
4.3.2. BEZWAAR	45
4.4. DE EVALUATIE VAN HET AANBESTEDINGSTRAJECT	45
4.5. SAMENVATTING	46
 5. KANSRIJK INSCHRIJVEN	 47
 5.1. ONDERZOEKSONDERBOUWING HOOFDSTUK 5	 47
5.2. ALGEMENE TIPS EN ADVIEZEN	47
5.3. TIPS EN ADVIEZEN BIJ DE VOORFASE	48
5.4. TIPS EN ADVIEZEN BIJ DE INSCHRIJVINGSFASE	48
5.5. TIPS EN ADVIEZEN BIJ DE EVALUATIEFASE	48
5.6. SAMENVATTING	49
 6. CONCLUSIE	 51
 6.1. INVLOED VAN HET JURIDISCH KADER OP HET AANBESTEDINGSTRAJECT	 51
6.2. KANSRIJK INSCHRIJVEN BINNEN DE AANBESTEDINGSREGELS	52
6.2.1. INVLOED VOORFASE OP KANSRIJK INSCHRIJVEN	52
6.2.2. INVLOED INSCHRIJVINGSFASE OP KANSRIJK INSCHRIJVEN	52
6.2.3. INVLOED EVALUATIEFASE OP KANSRIJK INSCHRIJVEN	53
6.3. AANBEVELINGEN VOOR DE PRAKTIJK	54
 LITERATUURLIJST	 55
 GERAADPLEEGDE LITERATUUR	 55
REGELGEVING	55
RECHTSPRAAK	57
RAPPORTEN	57
INTERNETBRONNEN	58
 BIJLAGEN	 59
 FIGUREN	 59

1. INLEIDING

Deze scriptie is een uitgebreide versie van een notitie geschreven voor Appeldoorn Tendermanagement en haar klanten met betrekking tot het juridisch correct doorlopen van een aanbestedingstraject en daarnaast het kansrijk inschrijven op een (Europese) aanbesteding.¹²

De notitie is een overzichtelijke informatiebron voor inschrijvers op aanbestedingen. Op basis van informatie verzameld via onderzoek wordt een scriptie geschreven waaruit de notitie volgt. In deze scriptie is een uitgebreide juridische onderbouwing van het aanbestedingsrecht alsmede het onderzoek naar de (subjectieve) factoren om een inschrijving kansrijk te maken opgenomen.



Figuur 1: Van onderzoek naar scriptie naar notitie

Alvorens inhoudelijk in te gaan op het aanbestedingsrecht allereerst een korte inleiding op het onderwerp (Europees) aanbesteden alsmede een samenvatting van de onderzoeksmethodiek. Vanaf hoofdstuk 2 is het onderzoek opgebouwd aan de hand van het door Appeldoorn Tendermanagement gehanteerde tender-verkoopmodel¹³ wat drie fases hanteert: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase.

Het tender-verkoopmodel¹³ omvat het gehele inschrijvingsproces bij aanbestedingen in drie opeenvolgende fases:

- De voorfase;
Waarin het contact tussen inschrijver en aanbestedende dienst alsmede organisatorische voorbereiding centraal staat.
- De inschrijvingsfase;
Lopend van aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst en eindigend bij het verlopen van de inschrijvingstermijn.
- De evaluatiefase.
Analyse van eventuele succes- en faalfactoren. Deze fase staat in het teken van verbetering van het proces en voorbereidingen op een eventuele volgende inschrijving en mogelijke juridische stappen.

De theoretische kant van deze fases komt in genoemde volgorde aan bod in hoofdstuk 2 tot en met 4. Hoofdstuk 5 staat in het teken van het commerciële aandeel in het aanbestedingsproces, overige (subjectieve) factoren van invloed op een inschrijving. Gebaseerd op vorenstaande bevat hoofdstuk 6 de conclusies en aanbevelingen.

¹² Zie Leeswijzer pagina 4

¹³ Zie figuur 2: Het tender-verkoopmodel¹³



Figuur 2: Tender-verkoopmodel(c)

1.1. Definitie (Europees) aanbesteden

Enigszins verbazingwekkend, maar er is geen eenduidige en specifieke definitie van het begrip (Europees) aanbesteden. Echter, er zijn wel een aantal gebruikte definities:

- *Aanbestedingsrecht: "het geheel van rechtsregels dat het gedrag van overheidsopdrachtgevers rond de uitgifte van opdrachten voor het uitvoeren van werken, het leveren van producten en het verrichten van diensten normeert."*¹⁴
- *Aanbesteden (inkopen) is het proces dat vooraf gaat aan het verstrekken van een opdracht aan een derde voor de uitvoering van werken of de levering van diensten of producten.*¹⁵
- *Aanbesteden is elk proces dat leidt tot een factuur.*¹⁶

Kortom, aanbesteden is het plaatsten van een opdracht conform Europese en Nationale wet- en regelgeving door (semi)overheden waarop een dienstverlener of een leverancier in kan schrijven met als doel de interne markt, in- en verkoop van diensten, leveringen en werken, te stimuleren. In het onderzoek wordt de volgende definitie gehanteerd:

Europees aanbesteden: "een inkoopmethode voor (semi)overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde."

1.2. Historie

Ter uitwerking van de historie in deze paragraaf een verdieping van het algemene juridisch kader omtrent (Europees) aanbesteden en de hieraan gelieerde aspecten.

1.2.1. Juridisch kader

Internationale wet- en regelgeving

Op 1 januari 1995 is in Genève door ondertekening van 23 landen de World Trade Organisation (WTO) opgericht¹⁷. Het WTO is de opvolger van de General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Een van de doelstellingen is het stimuleren van de (internationale) handel. Het WTO omvat 95% van de wereldhandel en inmiddels zijn 153 landen¹⁸ lid van de WTO. In het kader van het WTO is op 1 januari 1996 het Agreement on Government Procurement in werking getreden (GPA).

¹⁴ Pijnacker Hordijk en anderen 2004, pagina 1

¹⁵ Nota aanbestedingsbeleid gemeente Utrecht 1999

¹⁶ Nota aanbestedingsbeleid gemeente Utrecht 1999

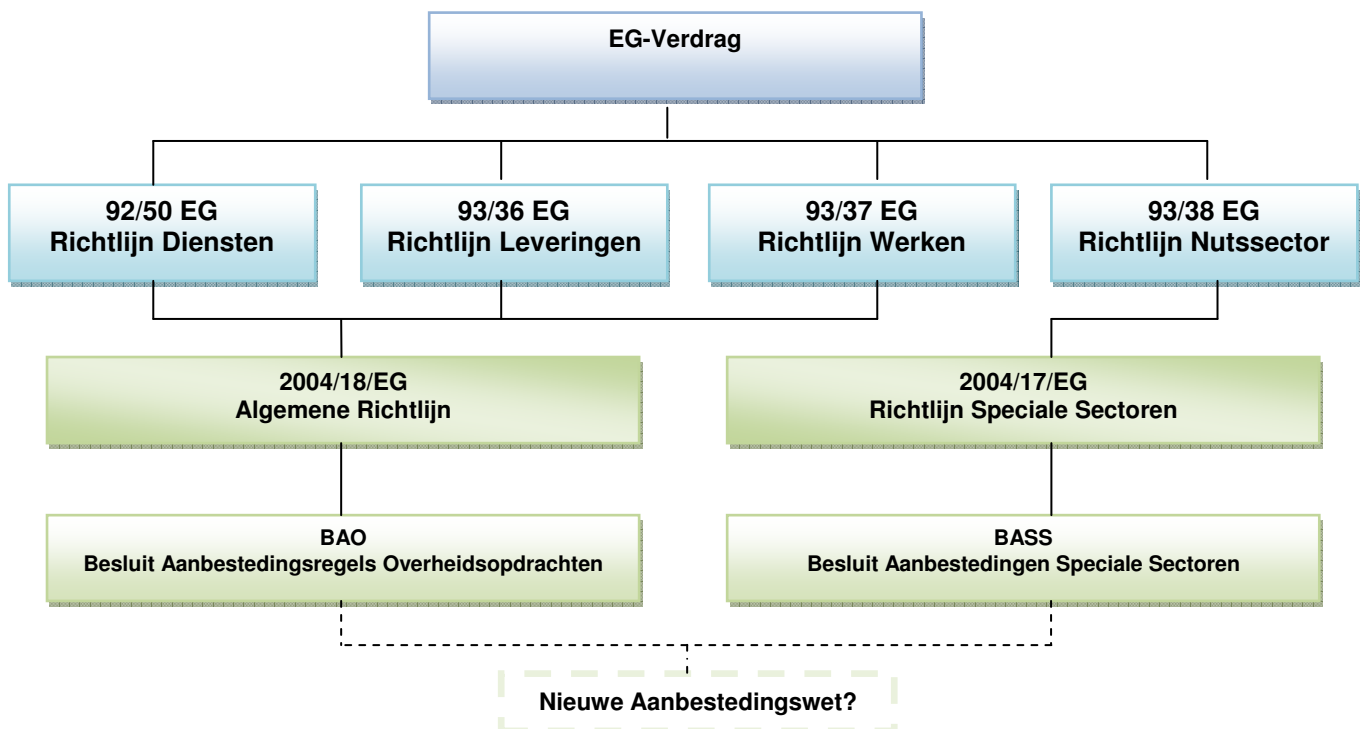
¹⁷ Uruguay Round negotiations (1986-94) Geneve 1 januari 1996

¹⁸ Geldend op 23 juli 2008

Het GPA regelt overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en dient te worden toegepast door de partijen waaronder de Europese Unie, maar heeft geen directe werking hetgeen betekent dat burgers zich niet rechtstreeks bij de rechter kunnen beroepen om bepalingen uit het GPA. Hiervoor is implementatie, omzetting naar Nationaal recht, vereist.¹⁹

Ter volledigheid wordt in verband met aanbesteden de Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) genoemd. Deze is in 1961 in Parijs opgericht en is een samenwerkingsverband tussen 30 lidstaten waaronder Nederland. Het OECD heeft regelgeving opgesteld onder andere ter voorkoming van concurrentiebeperkende maatregelen en ter bevordering van de internationale handel. Deze regelgeving is niet bindend, maar iedere lidstaat heeft een Nationaal Contact Punt (NCP) die zorg dient te dragen voor het bevorderen van het naleven van de regelgeving.

Europese wet- en regelgeving



Figuur 3: Juridisch kader (Europees) aanbestedingsrecht

De Europese Unie (EU) heeft als doel het bevorderen van een harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele EU. Ter realisatie van deze doelstelling is er het streven naar een interne markt welke gekenmerkt wordt door de afschaffing van hinderpalen tussen de lidstaten voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal²⁰, ook wel de vier vrijheden genoemd.

¹⁹ Zie leeswijzer pagina 5 voor uitleg van de begrippen directe werking en implementatie

²⁰ Respectievelijk artikelen 23, 39, 49 en 56 (EG-Verdrag, 1958)

Het aanbestedingsrecht is een uitvloeisel van de gedachte van de interne markt. Het doel van de aanbestedingsrichtlijnen is het tot stand brengen van één transparante overheidsmarkt, waarbij ondernemingen uit de verschillende lidstaten op voet van gelijkheid op elkaars markten naar overheidsopdrachten kunnen meedingen en waarbij er sprake is van een effectieve, internationale concurrentie.²¹

Ter realisatie van de interne markt heeft de Europese Commissie onder andere aanbestedingsrichtlijnen opgesteld. De eerste richtlijn dateert van 1971.²² De complete Europese invulling van de regelgeving omtrent aanbesteden heeft plaatsgevonden middels:

- Richtlijn Diensten, richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, PB 1992, L 209/1, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52;
- Richtlijn Leveringen, richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, PB 1993, L 199/1, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52;
- Richtlijn Werken, richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 17 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB 1993, L 199/54, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52;
- Richtlijn Nutssectoren, richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, PB 1993, L 199/84, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/4.

Deze richtlijnen zijn de voorgangers van de nu geldende Europese aanbestedingsrichtlijnen²³ en sinds het in werking treden van de richtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG ingetrokken. Verwijzingen naar deze richtlijnen gelden als verwijzingen naar de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen.²⁴

Europese aanbestedingsrichtlijnen

Om het aanbestedingsrecht te uniformeren, moderniseren en te vereenvoudigen is in 2004 besloten om deze vier richtlijnen te vervangen door de richtlijn 2004/17/EG²⁵ betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, ook wel de nieuwe richtlijn Nutssectoren genoemd en richtlijn 2004/18/EG²⁶ betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, ook wel de Algemene richtlijn genoemd.

De toepassing van de richtlijnen moet zorgen voor een professioneler inkoopproces voor overheidsopdrachten.²⁷

²¹ De interne markt was het begin van Europees Aanbestedingsrecht, echter in Nederland werd openbaar aanbesteden voor de Rijksoverheid verplicht in het jaar 1815. Het doel destijds was om een doelmatig beheer van middelen en het bestrijden van corruptie bij ambtenaren te bewerkstelligen

²² Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971, PB 1971, L 185/5

²³ Zie leeswijzer pagina 7

²⁴ Pijnacker Hordijk en anderen 2004 pagina 18

²⁵ Richtlijn nr. 2004/17/EG PB L134/1

²⁶ Richtlijn nr. 2004/18/EG PB L134/114

²⁷ Overheidsopdrachten maken 16% uit van het Bruto Binnenlands Product (BBP) van de EU

Nationale wet- en regelgeving

De Europese aanbestedingsrichtlijnen hebben geen directe werking. Nederland is verplicht om de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG om te zetten naar nationale regelgeving/te implementeren. Dit is gebeurt middels het Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren (BASS)²⁸ en het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO)²⁹ welke op 1 december 2005 in werking zijn getreden.

Deze besluiten bevatten regels voor het verstrekken van opdrachten door de overheid en door bepaalde bedrijven in de nutssectoren (water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten). Het Ministerie van Economische Zaken heeft zelf de invulling gegeven aan het wettelijk kader aan de hand van de Europese aanbestedingsrichtlijn. Het BAO en het BASS kunnen gezien worden als een vertaling en uitwerking van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Er zijn concrete plannen om het gehele Nationale aanbestedingsrecht op de schop te nemen en onder te brengen in een nieuwe Aanbestedingswet. Het eerste wetsvoorstel is op 8 juli 2008 door de Eerste Kamer verworpen. Met een nieuwe Aanbestedingswet wilde het kabinet een modern wettelijk kader voor het aanbesteden maken.

Het Ministerie van Economische Zaken heeft echter op 29 april 2009 de openbare consultatie gestart betreffende het nieuwe (tweede) conceptvoorstel Aanbestedingswet. Een ieder mag voor 17 juni 2009 reageren op het nieuwe wetsvoorstel. Alle reacties worden vervolgens gebruikt bij de verdere uitwerking van het wetsvoorstel.³⁰



1.2.2. Rechtsbeginselen

Naast de wet- en regelgeving rondom aanbesteden, spelen rechtsbeginselen een cruciale rol binnen het aanbesteden. In het EG-verdrag worden de zogenoemde vier vrijheden genoemd:

- Vrij verkeer van goederen;
- Vrijheid van vestiging;
- Vrij verlenen van diensten;
- Vrijheid van kapitaal.

²⁸ Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren), *stb.* 2005, 409

²⁹ Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten), *stb.* 2004, 408

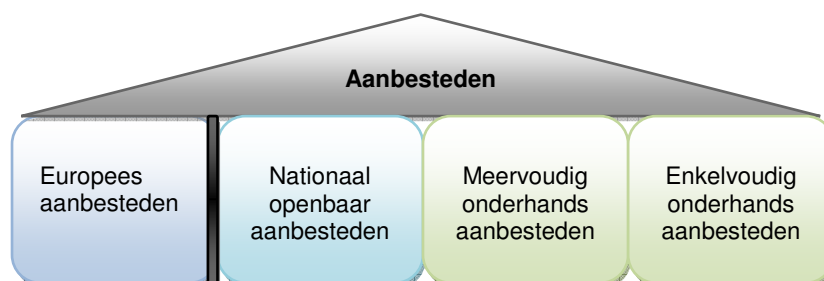
³⁰ Ministerie van Economische Zaken, *Consultatie Wetsvoorstel Aanbestedingswet*, </www.ez.nl/Onderwerpen/Huidige_economie/Aanbestedingen/Consultatie_Wetsvoorstel_Aanbestedingswet>

Op het gebied van aanbesteden zijn uit deze vier vrijheden de algemene beginselen afgeleid, welke deels zijn genoemd richtlijn 2004/18/EG en het BAO;³¹

- Het transparantiebeginsel, genoemd in artikel 2 BAO. Voor de aanbestedingspraktijk houdt dit in dat vooraf met een voor iedereen leesbare beschrijving duidelijk moet zijn wat er verwacht wordt. Beslissingen moeten duidelijk worden gemotiveerd;
- Het non-discriminatiebeginsel en gelijkheidsbeginsel, De strekking van dit beginsel is dat gelijke gevallen ook gelijk behandeld moeten worden. Het is een verbod op elke vorm discriminatie op grond van nationaliteit. Enige vorm van ongerechtvaardigd onderscheid tussen lidstaten is niet toegestaan. Opgenomen in artikel 12 EG-verdrag en artikel 2 BAO. Bij aanbestedingsprocedures houdt dit in dat een ieder op dezelfde wijze moet worden behandeld, en dat iedereen dezelfde informatie moet krijgen;
- Het proportionaliteitsbeginsel, Opgenomen in artikel 5 EG-verdrag om ervoor te zorgen dat besluiten in verhouding staan met het doel. Lidstaten zijn verplicht om het minst ingrijpende middel te kiezen. Technische specificaties, uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectie- en gunningscriteria moeten relevant zijn en in verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht.³²

De algemene beginselen houden voor een aanbestedende dienst in dat deze te allen tijde transparant, objectief en non-discriminatoire dient te handelen en daarbij geen disproportionele eisen mag stellen.

1.3. Europees vs. Nationaal aanbesteden



Figuur 4: Europees / Nationaal aanbesteden

Het initiatief voor het verplicht stellen van aanbesteden voor overheidsopdrachten van aanbestedingsplichtige diensten waarvan de waarde boven een vastgesteld bedrag komt (het drempelbedrag³³), ligt bij de Europese Unie (EU). Opdrachten beneden de Europese drempelbedragen zijn niet verplicht om Europees te worden aanbesteed, en vallen derhalve niet onder het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsregelgeving.

³¹ Richtlijn 2004/18/EG rechtsoverweging 2, BAO paragraaf 2

³² PIANOo, metrokaart; Punt 2; *wat zijn de beginselen van aanbesteden*
<metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn2/antwoord2-2.html>

³³ Zie bijlage 1: Europese drempelbedragen

Zowel bij Europees aanbesteden als bij Nationaal aanbesteden is het voor de aanbestedende dienst verplicht om te voldoen aan de algemene beginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. Om dit te reguleren en om een professioneel inkoopproces te waarborgen kan er lokaal beleid worden opgesteld. De nationale aanbestedingsprocedures treffen vaak vele gelijkenissen met de Europese aanbestedingsprocedures. Ook komt het in de praktijk voor dat voor een nationale aanbestedingsprocedure de Europese regelgeving (deels) van toepassing wordt verklaard door de aanbestedende dienst.

Als grenswaardes voor aanbestedingsprocedures gebruikt men in de praktijk vaak:

- Onder € 10.000 onderhandse enkelvoudige gunning;
- Tussen € 10.000 en € 90.000 meerder offertes opvragen (minimaal 3) of openbare aanbesteding via een website of regionaal dagblad;
- Boven € 90.000 tot de Europese drempelwaarde van € 211.000 openbaar aanbesteden met een publicatie op nationaal niveau via een website (bijvoorbeeld aanbestedingskalender) of in een landelijk dagblad;
- Boven de Europese drempelbedragen verplicht Europees aanbesteden.³⁴

1.4. Aanbesteden in de praktijk

Aanbesteden is een inkoopmethode voor (semi) overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde.

In de praktijk vertaalt deze definitie zich naar de verplichting om aan te besteden voor een aanbestedende dienst, (semi) overheden, hieronder vallen:

- | | |
|-------------|--|
| Centraal: | ▪ De staat; |
| Decentraal: | ▪ Provincies; |
| | ▪ Gemeenten; |
| | ▪ Waterschappen; |
| | ▪ Publiekrechtelijke instellingen; |
| | ▪ Of een samenwerkingsverband van dezen. |

De verplichting voor een aanbestedende dienst om aan te besteden ontstaat wanneer een opdracht boven een bepaald bedrag komt, de drempelbedragen. Per verschillende overheidsopdracht gelden specifieke drempelbedragen, deze zijn opgenomen in de Europese en nationale wet- en regelgeving en worden om de twee jaar opnieuw vastgesteld.

Voor opdrachten beneden de Europese drempelbedragen³⁵ staat het decentrale overheden vrij om een eigen aanbestedingsbeleid te ontwikkelen. Een dergelijk aanbestedingsbeleid is geformuleerd vanuit het oogpunt van de publieke verantwoordelijkheid. Zij hebben namelijk de verantwoordelijkheid om op zorgvuldige wijze de gemeenschapsgelden zo doelmatig mogelijk te besteden.

Zodra een opdracht wordt aanbesteed hebben alle geïnteresseerde (grote en kleine) bedrijven de mogelijkheid om in te schrijven op de opdracht en mee te dingen naar het binnenhalen van de opdracht.

³⁴ Aanbestedingen online, <www.aanbestedingenonline.nl/?Actueel/Welke%20procedure%3F>

³⁵ Zie bijlage 1: Europese drempelbedragen

1.5. Methodiek

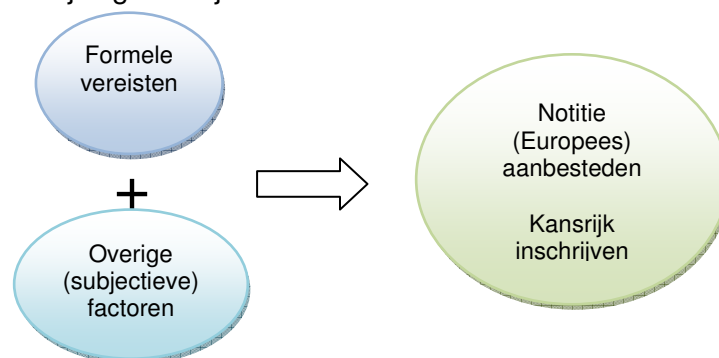
In deze paragraaf komen alle aspecten aan bod met betrekking tot de methode van onderzoek³⁶. Zoals in de inleiding reeds is aangegeven vormt deze notitie de onderzoeksonderbouwing voor de notitie welke is geschreven in opdracht van Appeldoorn Tendermanagement. Deze paragraaf bevat dan ook een tweedeling naar de scriptie en de notitie.

1.5.1. Doelstelling

Deze scriptie is geschreven vanuit de vraag van Appeldoorn Tendermanagement naar een recente notitie met inhoudelijke informatie met betrekking tot de in de praktijk meest voorkomende situaties bij het inschrijven op (Europese) aanbestedingen voor leveringen en diensten.³⁷ Op basis van vorenstaande is de volgende vraagstelling voor de notitie geformuleerd:

Vraagstelling:

Hoe doorloopt een gegadigde op juridisch correcte wijze een inschrijvingsproces voor een (Europese) aanbesteding voor leveringen of diensten en welke overige (subjectieve) factoren bepalen of een inschrijving kansrijk is?



Figuur 5: Notitie (Europees) Aanbesteden

Om een antwoord te geven op deze vraagstelling wordt de volgende doelstelling gehanteerd:

Doelstelling:

Het schrijven van een notitie voor Appeldoorn Tendermanagement en haar klanten waarin wordt beschreven hoe organisaties kansrijk in kunnen schrijven op een (Europese) aanbesteding voor diensten of leveringen in het tijdsbestek van 9 februari tot en met 15 mei 2009.

Alvorens te komen tot het schrijven van de notitie wordt er een onderzoek verricht naar (Europees) aanbesteden. In het onderzoek passeren de drie onderstaande punten de revue:

- Welke basiskennis is vereist om actief te kunnen zijn in het aanbestedingsproces?
- Aan welke vereisten moet een inschrijver voldoen om uitsluiting te voorkomen?
- Wat zijn overige subjectieve factoren die een rol spelen bij een kansrijke inschrijving?

³⁶ Zie bijlage 2: Onderzoeksplan

³⁷ Probleemstelling: het niet aanwezig zijn van een recente notitie over (Europees) aanbesteden



Figuur 6: Onderzoek (Europees) aanbesteden

1.5.2. Randvoorwaarden

Het onderzoek naar de vraag- en doelstelling kent een aantal randvoorwaarden in verband met de mogelijkheden van het onderzoek. Er is gekozen voor een verkorte handleiding met als onderwerp de basis van (Europese) aanbestedingen. Aan bod komen alle relevante aspecten voor een kansrijke inschrijving. Hierbij wordt uitgegaan van aanbestedingen voor diensten en leveringen. Naar aanbestedingen van werken zal geen nader onderzoek worden verricht. Daarnaast worden de nutssectoren, ook wel de speciale sectoren, buiten beschouwing gelaten. Deze randvoorwaarden hebben tot gevolg dat in het onderzoek richtlijn 2004/18/EG en het BAO centraal staan.

De notitie is gericht op bedrijven en organisaties die nu of in de toekomst betrokken (gaan) zijn bij het inschrijven op aanbestedingen. Er wordt uitgegaan van een geringe kennis van het (Europees) aanbestedingsrecht.

De scriptie bevat een beschrijving van alle onderwerpen die aan bod komen in de notitie met een meer juridische onderbouwing van de gevonden informatie en resultaten.

1.5.3. Methodiek van onderzoek

Om te komen tot het behalen en hiermee beantwoorden van de doel- en vraagstelling zal er een praktisch relevant onderzoek worden verricht. Het onderzoek en de daaruit voortkomende documenten zijn gericht op het geven van inzicht in de inschrijvingsprocedure bij aanbestedingen. Bekeken wordt wat in de praktijk een succesvolle manier kan zijn van inschrijven op een aanbesteding. Hier komt uiteraard ook een theoretische relevantie bij kijken aangezien het nodig is om voldoende basiskennis te hebben alvorens dit in de praktijk te gebruiken en naar een juridisch correcte en kansrijke inschrijving te brengen.

Het onderzoek bestaat dan ook uit:

- Deskresearch, het bestuderen van relevante en recente wet- en regelgeving, jurisprudentie, literatuuronderzoek;
- Fieldresearch, gebruik maken van kennis van betrokkenen, gesprekken en interviews met specialisten op het gebied van inschrijven op een aanbesteding.

Middels dit onderzoek zal er gekomen worden tot een bruikbare notitie alsmede de afstudeerscriptie welke invulling zal geven aan het onderwerp correct en kansrijk inschrijven op (Europese) aanbestedingen.

2. “DE VOORFASE”

Zoals reeds naar voren is gekomen in de inleiding, maakt de voorfase deel uit van het Tender-verkoopmodel©.



Figuur 7: Tender-verkoopmodel(c)

Het tender-verkoopmodel© omvat het gehele inschrijvingsproces bij aanbestedingen in drie opeenvolgende fases:

- De voorfase, waarin het contact tussen inschrijver en aanbestedende dienst alsmede organisatorische voorbereiding centraal staat;
- De inschrijvingsfase, lopend van aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst en eindigend bij het verlopen van de inschrijvingstermijn;
- De evaluatiefase, analyse van eventuele succes- en faalfactoren. Deze fase staat in het teken van verbetering van het proces en voorbereidingen op een eventuele volgende inschrijving en mogelijke juridische stappen.

De hoofdstukindeling is opgesteld aan de hand van de fases tijdens het inschrijvingsproces. Dit hoofdstuk zal alvorens in te gaan op de voorfase eerst een inhoudelijke verdieping geven omtrent de betrokken partijen in een aanbestedingsprocedure. In paragraaf 2.2 staan de partijen en de voorbereidingen in de voorfase centraal waarna in paragraaf 2.3 een nadere toelichting volgt op de juridische (on)mogelijkheden. Als afsluiting bevat paragraaf 2.4 een korte samenvatting.

2.1. Betrokken partijen

Binnen het aanbestedingstraject zijn verschillende partijen te onderscheiden. De overheid neemt een aparte positie in aangezien zij te maken heeft met het vertegenwoordigen van verschillende belangen.

2.1.1. De overheid

De overheid is belast met het realiseren van wet- en regelgeving voor de aanbestedingsprocedures. Bij deze wetgevende taak handelt de overheid vanuit het standpunt om de interne markt te stimuleren en te bevorderen. Tevens is zij verplicht en bevoegd om de Europese regelgeving te implementeren naar nationale regelgeving.

Aanbestedende dienst

De overheid is naast wetgever op het gebied van aanbestedingsrecht ook een aanbestedende dienst. Gebaseerd op artikel 1 lid r BAO valt onder het begrip aanbestedende dienst:

- | | |
|-------------|---|
| Centraal: | ▪ De staat; |
| Decentraal: | ▪ Provincies,
als bestuursseenheid van de Nederlandse staat; |
| | ▪ Gemeenten,
kleinste zelfstandige bestuursseenheid binnen de staat; |
| | ▪ Waterschappen,
opgesteld door de provincie met als taak het beschermen van het
land tegen water, zorgen voor land en vaarwegen en waterkwaliteit; |
| | ▪ Publiekrechtelijke instellingen; |
| | ▪ Of een samenwerkingsverband van dezen. |

Onder publiekrechtelijke instelling wordt verstaan:

een instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit (cumulatieve eisen) en waarvan:

- a) De activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, of;
- b) Het beheer onderworpen is aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling, of;
- c) De leden van het bestuur, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.³⁸

Richtlijn 2004/18/EG heeft een lijst opgenomen van wat precies valt onder het begrip aanbestedende dienst en welke instellingen per EU-land worden gekwalificeerd als publiekrechtelijke instelling.³⁹

De in de lijst opgenomen opsomming is niet limitatief, wat betekent dat een instelling die niet op de lijst staat, niet automatisch is vrijgesteld van de aanbestedingsplicht. Bij het bepalen of er sprake is van een publiekrechtelijke instelling wordt er door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (HvJEG) gekeken naar de intentie van de richtlijn anders dan naar de woordelijke bepaling. Een zogenoemde functionele uitleg aan het begrip aanbestedende dienst. Dit heeft ervoor gezorgd dat de omvang van het begrip aanbestedende dienst wordt bepaald door middel van Europese en Nationale rechtspraak.

Vanwege onduidelijkheid omtrent de reikwijdte van het begrip publiekrechtelijke instelling is deze meerdere malen aan bod gekomen in jurisprudentie. Een voorbeeldzaak in deze is de zaak waarin betwist wordt of het Amphia Ziekenhuis als een publiekrechtelijke instelling beschouwd dient te worden. Het Hof van Arnhem heeft in opeenvolging van de Hoge Raad bepaald dat het Amphia ziekenhuis niet als een publiekrechtelijke instelling gekwalificeerd mag worden en hiermee niet aanbestedingsplichtig is. Vorenstaande is gebaseerd op de volgende argumentatie:

De Hoge Raad oordeelde dat bij de beoordeling of er sprake was van een algemeen belang anders dan van commerciële aard, rekening moet worden gehouden met het feit dat ziekenhuizen met andere ziekenhuizen concurreren. Ziekenhuizen worden aangestuurd op rendement, doelmatigheid en rentabiliteit en dragen in toenemende mate exploitatierisico's. Daarnaast was er volgens de Hoge Raad geen sprake van overheidsfinanciering. Hiervan is namelijk alleen sprake als er tegenover de vergoeding geen specifieke prestatie staat.

³⁸ Artikel 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG juncto artikel 1 lid q BAO

³⁹ Zie bijlage 3 en 4: Lijst van aanbestedende diensten en publiekrechtelijke instellingen

Bij het Amphia ziekenhuis was dit niet het geval, want tegenover de door de Ziekenfondswet verstrekte gelden stond namelijk wel een specifieke tegenprestatie, te weten zorg die zij krachtens gesloten overeenkomsten diende te verlenen.⁴⁰

Momenteel verschillen de meningen over de stelling of een ziekenhuis nu wel of niet aanbestedingsplichtig is. Per verschillende opdracht zullen in ieder geval de vereisten van artikel 1 lid q BAO doorlopen moeten worden om te bekijken of aan alle vereisten is voldaan en daarmee het ziekenhuis aanbestedingsplichtig is.⁴¹

2.1.2. De inschrijver

Een inschrijver⁴² is degene, natuurlijke of rechtspersoon, die een inschrijvingsdocument indient op de aankondiging tot opdracht aan de hand van de eisen en voorwaarden gesteld door de aanbestedende dienst in de aanbestedingsdocumentatie. Om te definiëren wie onder inschrijver voor aanbestedingen van diensten of leveringen valt wordt gehanteerd:

- Dienstverlener: een ieder die diensten op de markt aanbiedt.⁴³
- Leverancier: een ieder die producten op de markt aanbiedt.⁴⁴

Een ieder kan inschrijven op een aanbesteding. Het staat de aanbestedende dienst vrij om tot op zekere hoogte -de aanbestedingsbeginselen zoals proportionaliteit, gelijkheid etc. in acht nemend- eisen te stellen aan de inschrijver. Als een inschrijver niet voldoet aan de rechtmatig gestelde eisen van de aanbestedende dienst, dan kan deze uitgesloten worden van de aanbestedingsprocedure. Een nadere uitwerking met betrekking tot de selectiecriteria is opgenomen in paragraaf 3.5.1.

2.2. Voorbereidingen in de voorfase

Bij aanbestedingen spelen de partijen genoemd in de eerste paragraaf ieder een aparte rol. Zij zullen dan ook ieder op hun eigen manier actief zijn in de verschillende fases in een aanbestedingstraject. Deze paragraaf spitst zich toe op de voorfase van een aanbestedingsprocedure. Om dit te kunnen bekijken vanuit de inschrijver volgt eerst een beschrijving van de voorbereidingen van de aanbestedende dienst.

2.2.1. De aanbestedende dienst in de voorfase

De aanbestedende dienst moet voordat daadwerkelijk gestart wordt met de aanbestedingsprocedure bepaalde voorbereidingen treffen. Deze voorbereidingen vinden plaats in de voorfase, voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging tot opdracht.

Voor een aanbestedende dienst is het van belang om te bepalen wat de inkoopbehoefte is. In de praktijk komt het regelmatig voor dat dit een taak is van een inkoopafdeling gezamenlijk met de eindgebruiker en/of de afdeling met vakinhoudelijke kennis.

Voor het nader bepalen van de inkoopbehoefte kan marktconsultatie een belangrijke rol spelen voor de aanbestedende dienst. Zij is niet altijd op de hoogte van de markt en de mogelijkheden en zal zich hierop oriënteren. Bij marktconsultatie wordt gebruik gemaakt van de kennis en ervaring van marktpartijen om de opdracht passend bij de inkoopbehoefte te formuleren.

⁴⁰ Hoge Raad 1 juni 2007, LJN AZ 9872, Amphia ziekenhuis

⁴¹ Zie ook: Van Leeuwen, 'De aanbestedingsplicht van een algemeen ziekenhuis'

.<www.akd.nl/nieuws/actueel/1696.aspx#De_aanbestedingsplicht_van_een_algemeen_ziekenhuis>

⁴² Zie leeswijzer pagina 6

⁴³ Artikel 1 lid f BAO

⁴⁴ Artikel 1 lid e BAO

Omtrent marktconsultatie⁴⁵ is het een en ander nader bepaald. Voorop staat dat indien er gebruik wordt gemaakt van marktconsultatie, dit zorgvuldig en transparant dient te gebeuren, en dat deze de mededinging niet mag uitschakelen. Om dit te waarborgen kan de aanbestedende dienst er bijvoorbeeld voor kiezen om alle resultaten en bevindingen tijdens de marktconsultatie openbaar te maken voor alle betrokken partijen.

Marktconsultatie kan formeel plaatsvinden. Hierbij wordt de marktconsultatie vooraf aan betrokken partijen bekend gemaakt, of informeel waarbij de aanbestedende dienst met een door hem zelf geselecteerde (en misschien op initiatief van) ondernemer van gedachte wisselt over het vormgeven van de opdracht. Formele marktconsultatie vindt plaats na de bekendwording hiervan aan de partijen. Informele marktconsultatie kan plaatsvinden voor het publiceren van de vooraankondiging, maar vindt veelal plaats (als er sprake van is) na publicatie van de vooraankondiging. Ondernemers kunnen zelf initiatief nemen om voordat de opdracht gepubliceerd wordt contact op te nemen met de aanbestedende dienst.

Publicatie van de vooraankondiging

Om geïnteresseerde bedrijven optimaal de kans te geven zich voor te bereiden op een aanbesteding, kan de aanbestedende dienst een vooraankondiging publiceren. Hierin kan de aanbestedende dienst een korte beschrijving van de opdracht, adresgegevens en overige relevante informatie opnemen.⁴⁶ Een dergelijke vooraankondiging is niet verplicht voor de aanbestedende dienst en leidt niet tot de verplichting om daadwerkelijk tot aanbesteden over te gaan, maar heeft als doel om een signaal te geven aan geïnteresseerde bedrijven. Een vooraankondiging kan officieel plaatsvinden.⁴⁷ of de aanbestedende dienst kan voor nationale aanbestedingsprocedures de vooraankondiging doen via bijvoorbeeld een website of lokale krant.

De voorfase eindigt voor de aanbestedende dienst bij de publicatie van de aankondiging tot opdracht, ongeacht of hier een vooraankondiging aan vooraf is gegaan.

2.2.2. De inschrijver in de voorfase

Naast de aanbestedende dienst heeft ook de inschrijver in de voorfase de mogelijkheid zich voor te bereiden op een eventuele aanbestedingsprocedure.

Figuur 8: Niet / Wel inschrijven



⁴⁵ Zie paragraaf 2.2.2

⁴⁶ Artikel 35 lid 2 BAO, bijlage 4, onderdeel A.

⁴⁷ Zie paragraaf 3.4. over de werking van het BOPEG

Organisatie (intern)

De eerste belangrijke afweging is of een bedrijf actief wil zijn binnen de overheidsmarkt en zo ja: hoe hieraan het beste vorm gegeven kan worden binnen de organisatie. Indien er voor wordt gekozen een actieve rol te bekleden binnen het aanbestedingstraject dan is het aan de aanbieder om te bepalen hoe zij dit aan gaat pakken. Zijn er bijvoorbeeld vaste personen belast met de verschillende taken voor het inschrijven? In de praktijk komt het regelmatig voor dat binnen een bedrijf een zogenoemde tenderdesk wordt of is opgericht. Een tenderdesk houdt zich bezig met het signaleren van eventuele aanbestedingen en zorgt tijdens de inschrijvingsfase voor een kwalitatieve en kansrijke offerte.

Voor iedere inschrijving zijn bepaalde documenten vereist. De inschrijver kan ervoor zorgen dat deze documenten doorlopend aanwezig en bruikbaar zijn. Voorbeelden hiervan zijn: Uittreksel kamer van koophandel, algemene informatie voor in de inschrijving zoals een omschrijving van de organisatie, een bedrijfspresentatie en bewijsmiddelen om aan te tonen te voldoen aan de selectiecriteria.⁴⁸

Vorbereitung accountmanager: marktconsultatie

Naast deze standaard voorbereiding kan het zinvol zijn voor de aanbieder om voorafgaand aan het bekend worden van een aanbesteding deze vroegtijdig te signaleren en hierop in te spelen middels een bijdrage aan de door aanbestedende dienst uit te voeren marktconsultatie. De aanbestedende dienst kan er voor kiezen om de marktconsultatie openlijk te houden, of een andere vorm van marktconsultatie te bewerkstelligen. Voor enige vorm van marktconsultatie heeft de aanbieder de mogelijkheid daar zelf initiatief toe te nemen.

Tijdens een marktconsultatie gaan beide partijen om de tafel zitten om de wensen en eisen van de aanbestedende dienst voor de toekomstige opdracht in kaart te brengen. Als het gaat om situaties die zodanig complex zijn of uitgebreid kan marktconsultatie een grote toegevoegde waarde hebben.

Het is in een situatie van marktconsultatie mogelijk dat de aanbieder naar de aanbestedende dienst toe komt met suggesties en oplossingen die gunstig zijn voor het eigen bedrijf. Enige sturing is daarbij onvermijdelijk en kan een gunstige uitwerking hebben op de opdracht en de gunning.

De aanbestedende dienst is verantwoordelijk voor het doorlopen van de marktconsultatie binnen de juridische grenzen. De Chinese Wall bepaling is de algemene juridische voorwaarde waarbinnen de aanbestedende dienst moet handelen bij een marktconsultatie.

Chinese Wall bepaling

De Chinese Wall bepaling dient ter voorkoming van het handelen met voorkennis door de inschrijver in de inschrijvingsfase. Het principe is dat een adviseur die ondersteuning biedt bij het opstellen van technische specificaties alleen mee mag dingen naar de opdracht indien hij door zijn adviesfunctie geen wezenlijke voorsprong heeft verkregen op de overige aanbieders, of dat deze aanbieders over dezelfde informatie moeten kunnen beschikken.⁴⁹

⁴⁸ Paragraaf 3.5.

⁴⁹ Kenniscentrum Europa Decentraal, Factsheet 'Aandachtspunten aanbesteden en staatssteun bij gebiedsontwikkeling'; oktober 2007
<www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/praktijk/Factsheet_PPS_def_webversie_okt07.Pdf>

Voor een inschrijver is het van belang om in de voorfase dusdanig deel te nemen dat de aanbestedende dienst het bedrijf niet uit mag sluiten van een aanbesteding omdat de inschrijver betrokken is geweest bij het opstellen van specificaties. Uitgangspunt blijft echter dat de aanbestedende dienst verantwoordelijk blijft om het aanbestedingstraject juridisch correct te doorlopen.

Art VI.4 GPA heeft het volgende met betrekking tot enige vorm van marktconsultatie gesteld: 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 commercieel belang zou kunnen hebben bij de opdracht.

In de praktijk leidt dit tot de conclusie dat een vrijblijvend advies zonder direct aanwijsbaar en op de gegadigde terug te voeren economisch belang met een oplossing die geen uitsluiting van de meeste concurrenten (richtlijn is dat er 5 partijen over moeten blijven waarbij uitzonderingen mogelijk zijn) betekent dat dit binnen de regels van het aanbestedingsrecht is.

Tijdens voorafgaand advies aan de aanbestedende dienst is het van belang te weten dat technische specificaties niet zijn toegestaan wanneer deze: melding maken van een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of bijzonder werkwijze, van een verwijzing naar een merk, een octrooi of type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

Mocht dit onverhoopt toch zijn opgenomen in een opdracht, een bestek, dan is het de taak van iedere inschrijver die er belang bij heeft dit tijdig te melden bij de aanbestedende dienst.

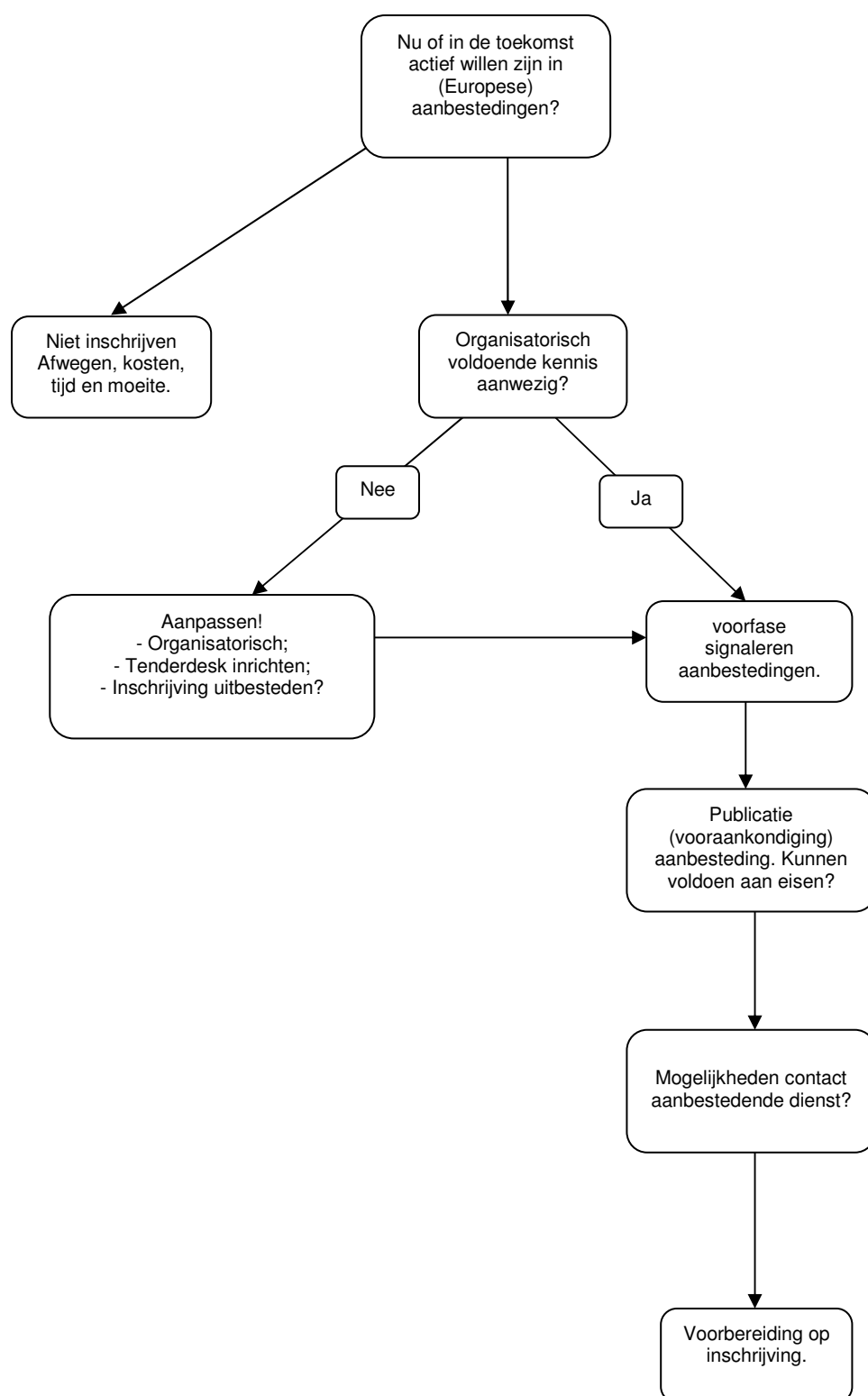
2.3. Samenvatting

Samenvattend kan gezegd worden dat de voorfase bestaat uit signaleren en anticiperen op aanbestedingen. Voor een aanbestedende dienst is het vooral van belang goed in beeld te krijgen wat zij precies wil. Dit kan door middel van het formuleren van de inkoopbehoefte, het verkrijgen van de benodigde kennis en informatie bijvoorbeeld door middel van marktconsultatie, en hoe zij daar invulling aan willen geven.

De voorfase staat voor een inschrijver in het teken van de afweging om wel of niet actief te zijn op de overheidsmarkt en zo ja welke efficiënte en effectieve acties ondernomen kunnen, en juridisch mogen worden. Een schematische weergave van de voorfase voor de aanbieder is opgenomen in figuur 9.

Aandachtspunten binnen de voorfase:

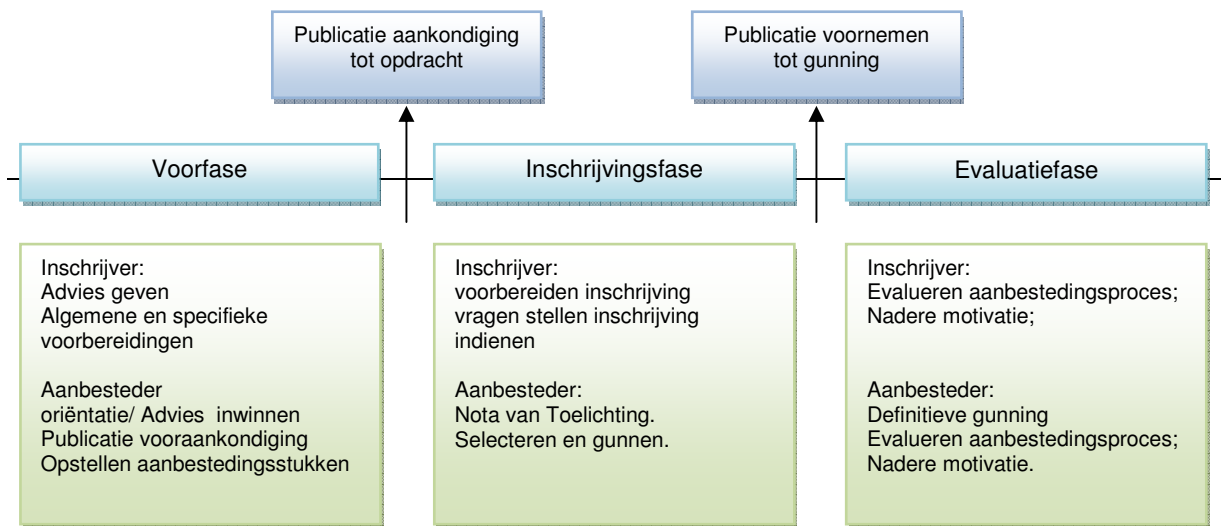
- Zorgvuldig en transparant handelen van de aanbestedende dienst;
- Voorkomen van uitschakeling van de mededinging;
- Technische specificaties in de opdracht conform de eisen van het BAO;
- Voor de aanbestedende dienst handelen binnen de Chinese Wall bepaling in de voorfase.



Figuur 9: De voorfase voor de aanbieder

3. “DE INSCHRIJVINGSFASE”

De voorfase eindigt bij het publiceren van de aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst. Hiermee start de inschrijvingsfase en na deze publicatie is het de taak van de inschrijver om in te schrijven. Na het verlopen van de inschrijvingstermijn eindigt de inschrijvingsfase en start de evaluatiefase.



Figuur 8: Start fases in een aanbestedingstraject

Alvorens in te gaan op de inschrijvingsfase, besteedt paragraaf 3.1 eerst aandacht aan het begrip aanbestedingsplichtige opdracht, en bevat paragraaf 3.2 alle informatie omtrent de drempelbedragen. De verschillende aanbestedingsprocedures komen aan bod in paragraaf 3.3. Paragraaf 3.4 beschrijft vervolgens de start van de inschrijvingsfase. In paragraaf 3.5 komt het selectie en gunningsproces aan bod. Als laatste bevat paragraaf 3.6 een korte samenvatting van de belangrijkste aspecten in de inschrijvingsfase.

3.1. Aanbestedingsplichtige opdracht

Art 1 lid 2 sub a van richtlijn 2004/18/EG geeft de volgende omschrijving met betrekking tot aanbestedingsplichtige opdrachten: *'schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die gesloten zijn tussen één of meer aanbestedende diensten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of het verlenen van diensten.'* In Nederland is dit geïmplementeerd door middel van artikel 7 juncto artikel 8 BAO waarin de reikwijdte van een aanbestedingsplichtige opdracht nader wordt gespecificeerd. Het definiëren van een opdracht tot aanbestedingsplichtige opdracht gebeurt door de rechter doorgaans laagdrempelig. Een opdracht van een (semi) overheid van boven de Europese drempelbedragen, onder bezwarende titel (gelijkwaardige tegenprestatie) is een Europees aanbestedingsplichtige opdracht.

Een aanbestedingsplicht voor leveringen omvat aankoop, huur, lease en huurkoop van producten. Een aanbestedingsplicht voor diensten omvat alle inkopen die niet onder werken of leveringen vallen.⁵⁰

Bepalen aard van de opdracht

Voordat de aanbestedingsprocedure in beeld komt is het aan de aanbestedende dienst om vast te stellen tot wat voor soort categorie de opdracht behoort (werk, dienst, of levering). Indien het een samengestelde opdracht betreft) een combinatie van bijvoorbeeld de levering van een product en aanvullende dienstverlening), is het onderwerp dat de grootste financiële waarde vertegenwoordigt, bepalend voor de categorie waarin de opdracht dient te worden ingedeeld. Als er sprake is van een Europese aanbesteding, dan is het, in verband met taalverschillen of verschillende interpretaties, van belang om een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving te geven van de opdracht. Hiervoor geldt een codesysteem, Common Procurement Vocabulary (CPV).⁵¹ Dit is een uniform classificatiesysteem voor overheidsopdrachten.⁵²

3.1.1. Uitzonderingen

Op de algemene regeling van (Europese) aanbestedingsplichtige opdrachten zijn een aantal uitzonderingen gemaakt. Deze uitzonderingen zijn opgenomen in artikelen 10 tot en met 17 BAO.

- Artikel 10 Opdrachten op het gebied van defensie;
- Artikel 11 Opdrachten waarvan de werking valt onder het BASS;
- Artikel 12 Opdrachten met als doel openbare telecommunicatienetten beschikbaar stellen;
- Artikel 13 Overheidsopdrachten die geheim zijn verklaard;
- Artikel 14 Opdrachten waarbij andere procedurevoorschriften gelden (internationale overeenkomsten);
- Artikel 15 Enkele uitgezonderde opdrachten van de categorie diensten: huur van onroerende zaken, aankoop voor radio-uitzendingen, bemiddeling, opdrachten op financieel of onderzoeksgebied en arbeidsovereenkomsten;
- Artikel 16 Concessieovereenkomsten voor diensten;
- Artikel 17 Opdrachten aan een andere aanbestedende dienst (inbesteden).

Inbesteden

Niet verplicht om aan te besteden zijn opdrachten van een aanbestedende dienst welke binnen de eigen organisatie worden uitgevoerd. In plaats van aanbesteden gaat het bij dergelijke opdrachten om inbesteden.

Hierover is in het Teckal arrest⁵³ het volgende gezegd:

Er is sprake van het verlenen van een 'in-house' opdracht indien een aanbestedende dienst binnen zijn eigen gezagsstructuur een opdracht verstrekt. Er is sprake van een gezagsstructuur als de gemeente toezicht uitoefent op een entiteit zoals op zijn eigen diensten en de entiteit tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeven van de gemeente.

Het Teckal-arrest was het eerste arrest waarin vergaand werd ingegaan op het onderwerp inbesteden. Een van de zaken die hieraan opvolgde was het Stadt Halle arrest.⁵⁴

⁵⁰ Aanbestedingsplichtige opdrachten voor diensten zie ook paragraaf 3.1.1. IIb diensten

⁵¹ Europese Commissie, CPV-Verordening, publicatie 15-maart 2008 PB L 74/1; inwerking getreden per 15 september 2008

⁵² Kennisportal Europese aanbestedingen

<www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding/cpv_codes>

⁵³ HvJEG 18 november 1999, zaak C-107/98; Teckal arrest

In het Stadt Halle arrest wordt de Duitse gemeente Halle veroordeelt wegens het niet juist toepassen van de Europese aanbestedingsregels. Het beroep op het verlenen van een zogenaamde 'in-house' opdracht, gaat volgens het HvJEG niet op. De gemeente Halle bezit weliswaar 75% van de aandelen van de organisatie aan wie zij de opdracht gaf, maar dit betekent nog niet dat zij er toezicht op uitoefent zoals op een eigen gemeente. Het enkele feit dat een private partij ook aandelen van een bedrijf in handen heeft, sluit de mogelijkheid van een 'in-house' opdracht al bij voorbaat uit, zo luidt de uitspraak van het HvJEG.

IIB Diensten

Bij de aanbesteding van diensten bestaat een onderverdeling tussen diensten waarbij het volledige regime van de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing is (IIa) en diensten waarbij slechts een zeer beperkt gedeelte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (IIb) van toepassing is. De IIb diensten zijn aangemerkt als diensten die geen bijdrage leveren aan de eenwording van de interne markt omdat de diensten door nationale dienstverleners (moeten) worden uitgevoerd. Bij IIb diensten is het alleen verplicht om de gunning te publiceren en de algemene regels van het EG-verdrag en de regels van technische specificatie in acht te nemen.

De onderverdeling is neergelegd in de richtlijn zelf en is in het Bao uitgewerkt in twee bijlagen (IIa en IIb), waarin verschillende categorieën van diensten zijn opgesomd.⁵⁵ Zodra een overheidsopdracht kan worden gekwalificeerd als IIb dienst, dan geldt hiervoor een gedeeltelijke aanbestedingsplicht.

3.2 Drempelbedragen

In de definitie is reeds naar voren gekomen dat (Europees) aanbesteden een inkoopmethode is voor (semi)overheden, en dat deze methode verplicht is voor opdrachten boven een bepaalde waarde, de zogenaamde drempelbedragen. De Europese drempelbedragen worden tweejaarlijks vastgesteld in een verordening⁵⁶ van de Europese Commissie. In figuur 9 is een versimpelde weergave van de drempelbedragen voor 2008-2009 weergegeven. Deze drempelbedragen gelden tot 1 januari 2010 waarna een nieuwe verordening met nieuwe drempelbedragen zal volgen.

Opdracht	Bedrag (excl. BTW)
Leveringen	
Centrale overheid	€ 133.000
Andere aanbestedende diensten	€ 206.000
Diensten	
Centrale overheid	€ 133.000
Andere aanbestedende diensten	€ 206.000

Figuur 9: Versimpelde weergave van de Drempelbedragen 2008-2009⁵⁷

⁵⁴ HvJEG 11 januari 2005, zaak C-26/03; Stadt Halle arrest

⁵⁵ PIANOo, '2. Wat moet ik weten over aanbesteden'

<<http://metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn2/antwoord8-2.html>>

⁵⁶ EG-verordening nummer 1422/2007 van de Europese Commissie van 4 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft hun toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten, PB L317/14

⁵⁷ Zie bijlage 1 en het Ministerie van Economische Zaken: 'Nieuwe drempelbedragen per 1 januari 2008' <www.ez.nl/dsresource?objectid=154349&type=PDF>

3.2.1. Splitsingsverbod

Het splitsingsverbod is neergelegd in artikel 9 lid 4 BAO: *‘Een aanbestedende dienst onttrekt zich niet aan dit besluit door voorgenomen werken of voorgenomen aankopen ter verkrijging van bepaalde hoeveelheden leveringen of diensten te splitsen of bijzondere regels te gebruiken voor de berekening van de geraamde waarde van de overheidsopdrachten.’* Artikel 9 BAO bevat geen verdere uitwerking van het splitsingsverbod hetgeen tot gevolg heeft dat per geval de omstandigheden bekeken moeten worden met betrekking tot het splitsingsverbod. Het splitsingsverbod beoogt het tegengaan van splitsing van opdrachten met het doel de werking van de regelgeving te omzeilen en dient ook in deze context toegepast te worden. Splitsen met het doel de wet- en regelgeving te beperken of hieraan te ontkomen is niet toegestaan. Het is wel toegestaan om opdrachten te verdelen in deelprojecten of verschillende fases indien dit door de aanbestedende dienst verantwoord kan worden waarom het voor een project vereist om te opdracht te verdelen. Een opdracht mag ook in deelprojecten of fases worden verdeeld wanneer deze wel volgens de regelgeving worden aanbesteed. De waarde van de afzonderlijke deelprojecten moet bij elkaar opgeteld worden om de totale waarde van de opdracht te bepalen wanneer de deelprojecten gelijktijdig worden aanbesteed.

Uitgangspunt van het splitsingsverbod is:

- Niet splitsen om onder de regelgeving uit te komen;
- Identieke producten of diensten mogen niet gesplitst worden;
- Producten en diensten die bij elkaar horen, zoals de levering van een product met het onderhoud daarvan, moeten samengenomen worden.⁵⁸

3.2.2. Looptijd

Voor het bepalen van de gehele waarde van de totale omvang van de opdracht is het van belang om de looptijd⁵⁹ vast te stellen.

- Voor opdrachten met een vaste looptijd van ten hoogste 12 maanden geldt de totale waarde, dan wel de totale waarde met inbegrip van de geraamde restwaarde wanneer de looptijd meer dan 12 maanden bedraagt;
- Voor opdrachten van onbepaalde tijd of een niet vast te stellen termijn geldt het maandelijks te betalen bedrag maal 48.

Daarnaast is het de regel om te kijken naar de in de eigen branche gebruikelijke looptijd van opdrachten. Wanneer het in de branche gebruikelijk is om contracten met een looptijd van 3 jaar af te sluiten, dan is het niet toegestaan om een opdracht voor onbepaalde duur te gunnen. Het BAO⁶⁰ geeft als richtlijn een gebruikelijke looptijd van 4 jaar.

Bij regelmatig terugkerende opdrachten moet de aanbestedende dienst kijken naar de totale reële waarde tijdens het voorafgaande boekjaar of een voorafgegaan soortgelijke opdracht, indien mogelijk gecorrigeerd met mogelijke wijzigingen.

3.2.3. Verlenging

De aanbestedende dienst kan de mogelijkheid bieden om een contract voor slechts een gedeelte van de beoogde termijn af te sluiten en deze vervolgens één of meerdere keren te verlengen. Verplicht is dan wel dat deze beslissing moet worden meegenomen bij het bepalen van de waarde van de opdracht en dat verlenging slechts is toegestaan indien dit bekend is gemaakt in de aankondiging van de opdracht.

⁵⁸ PIANOo 4. *‘Hoe organiseer ik een Europese aanbesteding?’*

<metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn4/antwoord4-4.html>

⁵⁹ Artikel 9 BAO

⁶⁰ Artikel 9 lid 12 sub b

3.3. Aanbestedingsprocedures

Voor het aanbesteden van (Europese) aanbestedingsplichtige opdrachten door aanbestedende diensten bestaan verschillende procedures. Deze paragraaf geeft een omschrijving van de verschillende Europese aanbestedingsprocedures. Op nationaal niveau (voor overheidsopdrachten onder de Europese drempelbedragen) gelden nader te bepalen gehanteerde procedures welke in de praktijk vaak veel overeenkomen met de Europese procedures en waarvan per aanbesteding de betreffende richtlijnen 2004/18/EG of bepaalde artikelen van het BAO van toepassing kunnen worden verklaard.

De 7 aanbestedingsprocedures zoals opgenomen in (Europese) wet- en regelgeving:

- 1) Openbare procedure;
- 2) Niet-openbare procedure;
- 3) Concurrentie gerichte dialoog;
- 4) Onderhandelingsprocedure met of zonder voorafgaande bekendmaking;
- 5) Prijsvraag voor ontwerpen;
- 6) Dynamisch aankoopstelsel;
- 7) Raamovereenkomst.

3.3.1. De openbare procedure

De openbare procedure is in het BAO gedefinieerd als: *‘een procedure waarbij ondernemers in mogen schrijven.’*

Na het indienen van de inschrijvingsdocumentatie beoordeelt de aanbestedende dienst de inschrijvingen aan de hand van vooraf vastgestelde en bekend gemaakte selectiecriteria en gunningscriteria en deelt vervolgens het voornemen tot gunning mede.

Voor de inschrijver is het zaak om meteen de correcte en beste inschrijving in te dienen aangezien op basis hiervan de beslissing tot gunning wordt genomen.

Wat	Door wie	Termijn	aandachtspunt
(1. publiceren vooraankondiging)	aanbestedende dienst	inschrijvingstermijn tot 36 dagen verkort	niet verplicht
2. aankondiging aanbesteding	aanbestedende dienst	bij elektronische aankondiging inschrijvingstermijn met 7 dagen verkort	verplicht. Via Tender Electronic Daily
3. aanvullende stukken publiceren	op verzoek door aanbestedende dienst	binnen 6 dagen na verzoek	transparant
4. nadere inlichtingen bestek Nota van Inlichtingen	op verzoek door aanbestedende dienst	verplicht uiterlijk 6 dagen voor verstrijken inschrijvingstermijn	Nota Van Inlichtingen maakt deel uit van aanbesteding
5. indienen inschrijving	door inschrijver	52 dagen vanaf verzending aankondiging	eventueel verkorting van termijnen, rekening houdend met complexiteit
6. selecteren	aanbestedende dienst	opgenomen in bestek	beoordelen op basis van vooraf vastgestelde bekende selectiecriteria
7. publiceren voornemen tot gunning	aanbestedende dienst	opgenomen in bestek	gunning op basis van vooraf vastgestelde criteria
8. afwijzing	door aanbestedende dienst aan inschrijver	15 dagen na beslissing	redenen van afwijzing
9. bezwaar/beroep	inschrijver	redelijke termijn minimaal 15 dagen	Alcatel termijn
10. definitieve gunning	aanbestedende dienst		laatste onderhandelingen
11. toezenden resultaten van gunning	door aanbestedende dienst aan Commissie en BOPEG	maximaal 48 dagen na gunning	

3.3.2. De niet-openbare procedure

Deze procedure is beschreven als een procedure waaraan ondernemers mogen verzoeken deel te nemen, maar waarbij alleen ondernemers mogen inschrijven die door de aanbestedende dienst zijn geselecteerd en uitgenodigd.

De openbare procedure en de niet-openbare procedure hebben veel gelijkenissen (bijvoorbeeld beide procedures zijn opengesteld voor alle ondernemers), enig verschil is dat de niet-openbare procedure in twee fases verloopt. Na de publicatie van de aankondiging tot opdracht van de aanbestedende dienst mag iedere geïnteresseerde onderneming een aanvraag tot deelneming indienen. Hieruit moet blijken dat de onderneming kan voldoen aan de in de aankondiging gestelde eisen die alleen betrekking mogen hebben op minimeisen aan beroepsbekwaamheid, financieel-economische capaciteit en technische bekwaamheid.

Na het indienen van de aanvragen tot deelneming beoordeelt de aanbestedende dienst deze op basis van selectiecriteria en uitsluitingsgronden en selecteert op een objectieve, dan wel eerlijke wijze, (bijvoorbeeld op basis van notariële loting) een aantal ondernemers (minimaal 5), en nodigt hen uit om een offerte in te dienen. Vervolgens verloopt de niet-openbare procedure hetzelfde als de openbare procedure.

Wat	Door wie	Termijn	aandachtspunt
Fase 1			
1. publiceren vooraankondiging)	aanbestedende dienst	inschrijvingstermijn tot 36 dagen verkort	niet verplicht
2. publiceren aankondiging aanbesteding	aanbestedende dienst	bij elektronische aankondiging inschrijvingstermijn met 7 dagen verkort.	verplicht. Via TED. Alleen selectiecriteria in aanbestedings-documentatie.
3. aanvullende stukken publiceren	op verzoek oor aanbestedende dienst	binnen 6 dagen na verzoek	transparant
4. indienen aanvraag tot deelneming	door gegadigde	minimaal 37 dagen vanaf verzending aankondiging	eventueel verkorting van termijnen
Fase 2			
5. selecteren en gelijktijdig schriftelijk uitnodigen	aanbestedende dienst aan gegadigde	termijn alsmede aantal te selecteren opgenomen in bestek.	bestek en aanvullende stukken bijvoegen. Minimaal 5 uitnodigen. Uitzonderingen mogelijk
6. nadere inlichtingen bestek. Nota van Inlichtingen	op verzoek van inschrijver door aanbestedende dienst	verplicht uiterlijk 6 dagen voor verstrijken inschrijvingstermijn	Nota van Inlichtingen maakt deel uit van aanbesteding.
7. inschrijving indienen	inschrijver	40 dagen vanaf uitnodiging	
8. publiceren voornemen tot gunning	aanbestedende dienst	opgenomen in bestek	gunning op basis van vooraf vastgestelde criteria
9. afwijzing	door aanbestedende dienst aan inschrijver	15 dagen na beslissing	redenen van afwijzing
10. bezwaar	inschrijver	redelijke termijn van minimaal 15 dagen	Alcatel termijn
11. definitieve gunning	aanbestedende dienst		laatste onderhandelingen
12. toezenden resultaten van gunning	door aanbestedende dienst aan Commissie en BOPEG	maximaal 48 dagen na gunning	

De openbare procedure en de niet-openbare procedure gelden als standaard procedure voor het aanbesteden van opdrachten. In bepaalde gevallen is het mogelijk om een andere aanbestedingsprocedure te volgen.

3.3.3. Concurrentiegericht dialogoog

Het BAO heeft de concurrentie gericht dialogoog gedefinieerd als: 'een procedure waaraan alle ondernemers mogen verzoeken deel te nemen en waarbij de aanbestedende dienst een dialogoog voert met de tot de procedure toegelaten ondernemers, ten einde een of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde ondernemers zullen worden uitgenodigd om in te schrijven.⁶¹

Wanneer een aanbestedende dienst van mening is dat er sprake is van een bijzonder complexe overheidsopdracht waarbij het niet mogelijk is deze te gunnen via openbare of niet openbare procedures, dan kan de opdracht eventueel gegund worden via een concurrentie gericht dialogoog. De aanbestedende dienst selecteert dan een aantal gegadigden (minimaal 3) en nodigt hen uit om deel te nemen aan de dialogoog. De dialogoog wordt gevoerd aan de hand van een beschrijvend document waarin de eisen en behoeften van de aanbesteder zijn geformuleerd. De aanbestedende dienst bepaalt tijdens de dialogoog welke middelen geschikt zijn om zo goed mogelijk aan diens behoeften te voldoen. Alle ondernemers worden vervolgens verzocht om de definitieve inschrijving in te dienen. De gunning is op basis van de economisch meest voordelige aanbieding.

3.3.4. Procedure van gunning via onderhandelingen (met of zonder aankondiging)

Deze procedure houdt in dat de aanbestedende dienst met door hem gekozen ondernemers (minimaal 3) overleg pleegt en door onderhandelingen met een of meer van hen de voorwaarden van de overheidsopdracht vaststelt. Dit kan met of zonder voorafgaande bekendmaking. Bij de procedure van gunning via onderhandelingen met voorafgaande bekendmaking verloopt de procedure op dezelfde wijze als de niet openbare procedure.

De procedure van onderhandelingen na voorafgaande mededeling van een aankondiging van een overheidsopdracht wordt toegestaan in bijvoorbeeld situaties wanneer via de openbare of niet-openbare procedure inschrijvingen zijn gedaan die onregelmatig of onaanvaardbaar zijn op voorwaarde dat de opdracht niet wezenlijk wijzigt of wanneer bij onzekere omstandigheden vooraf een vaststelling van de totale prijs niet mogelijk is.

De procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking is zeer beperkt toegestaan met de reden dat er bij deze procedure zonder onderhandelingen een groot risico is op schending van het gelijkheidsbeginsel en een belemmering van de werking van de interne markt door de aanbestedende dienst. Uitzonderingsgevallen waarin het wel is toegestaan om een opdracht te gunnen via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking zijn als er sprake is van onvoorziene spoed of specifieke technische of artistieke aspecten die bescherming genieten.

De keuze voor de vorm van de aanbesteding wordt vrijgelaten aan de aanbestedende dienst. Er gelden voor deze procedure geen minimumtermijnen en de aanbestedende dienst hoeft niet meer dan één gegadigde uit te nodigen.

3.3.5. Prijsvraag voor ontwerpen

Hieronder wordt verstaan een procedure die tot doel heeft de aanbestedende dienst een plan of ontwerp te verschaffen dat na een oproep tot mededinging door een jury word geselecteerd, al dan niet met toekenning van prijzen. Het staat de aanbestedende dienst vrij om gebruik te maken van een voorafgaande selectie (niet openbaar) of de procedure voor alle gegadigde open te stellen (openbaar). De ontwerpen worden door de jury beoordeeld aan de hand van objectieve beoordelingscriteria. De jurybeoordeling is niet bindend maar kan ook adviserend zijn. De aanbestedende dienst is daarnaast niet verplicht om de opdracht te gunnen aan de winnaar van de prijsvraag.

⁶¹ Artikel 1 sub v BAO

Een prijsvraag komt vooral voor op het gebied van bijvoorbeeld ruimtelijke ordening, stadsplanning, architectuur, etc.

3.3.6. Dynamisch aankoopstelsel

Artikel 33 BAO beschrijft het dynamisch aankoopstelsel. Bij het volgen van een dynamisch aankoopstelsel verloopt de procedure volgens dezelfde voorschriften van de verschillende fases als bij een openbare procedure er wordt echter alleen gebruik gemaakt van elektronische middelen. De inschrijvers hebben te allen tijde de mogelijkheid om een verzoek te doen aan de aanbestedende dienst om te worden toegelaten tot het dynamisch aankoopstelsel waarna de aanbestedende dienst de aanvragen beoordeelt op vooraf bepaalde selectiecriteria. Zodra de aanbestedende dienst een aankondiging publiceert mogen alle tot het dynamisch aankoopstelsel toegelaten inschrijvers inschrijven op de opdracht waarna gunning plaatsvindt.

3.3.7. Raamovereenkomsten

Is formeel geen aanbestedingsprocedure, maar een vaak gebruikte manier om opdrachten te gunnen via een andere procedure. De uitkomst van de doorlopen procedure is dan een raamovereenkomst. Een raamovereenkomst⁶² is een overeenkomst van ten hoogste 4 jaren⁶³ tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen overheidsopdrachten vast te leggen. Hierbij is geen sprake van een bezwarende titel⁶⁴ (vereiste tegenprestatie). Zodra deze er wel is, wordt er gesproken van een raamcontract hetgeen gelijk staat met een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Opdrachten voortgekomen uit een raamovereenkomst dienen wel te worden aanbesteed volgens de geldende wet- en regelgeving ook al is er geen bezwarende titel.

Bij een raamovereenkomst is het uitgangspunt dat deze de mededinging niet mag hinderen, beperken of vervalsen en de aanbestedende dienst mag er geen oneigenlijk gebruik van maken.

3.4. Start van de aanbestedingsprocedure

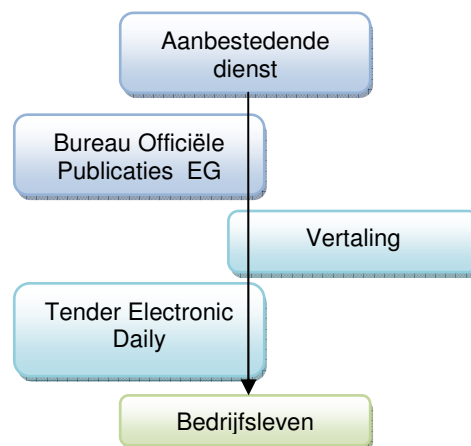
De aanbestedingsprocedure vangt aan wanneer de aankondiging tot opdracht en de aanbestedingsdocumentatie is gepubliceerd via het Bureau Officiële Publicatie Europese Gemeenschappen (BOPEG).

De informatievoorziening in Europese aanbestedingsprocedures verloopt via het Bureau voor Officiële Publicaties van de Europese Gemeenschappen (BOPEG), gevestigd in Luxemburg. Zij is verantwoordelijk voor de publicatie van de aankondiging welke dient te gebeuren binnen een termijn van uiterlijk 12 dagen of bij een versnelde procedure 5 dagen. Een publicatie, op kosten van de EU, vindt plaats in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen. Daarnaast komen alle aankondigingen terecht in de officiële databank van de EU, de Tender Electronic Daily (TED). Rekening dient te worden gehouden met het feit dat alleen de tekst van de oorspronkelijke taal authentiek is. Het BOPEG draagt zorg voor vertaling naar alle officiële talen van de EU, maar het kan voorkomen dat er verschillen ontstaan.

⁶² Artikel 32 BAO

⁶³ Looptijd is maximaal 4 jaar behalve in uitzonderingsgevallen die deugdelijk gemotiveerd zijn

⁶⁴ Zie leeswijzer pagina 5



Figuur 12: Publicatie via BOPEG tijdens aanbestedingstraject

3.4.1. De aankondiging

De aanbestedende dienst is bij Europese aanbestedingen verplicht om de aanbestedingsdocumentatie te publiceren via het BOPEG. Voor opdrachten met een waarde onder de Europese drempelbedragen kan de aanbestedende dienst volstaan met de bekendmaking van de aanbesteding op nationaal niveau. De publicatieverplichtingen volgen uit lokaal beleid aangezien de aanbestedende dienst niet verplicht is om aan te besteden volgens de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Het publiceren van nationale aanbestedingen gebeurt vaak via een landelijk dagblad, de gemeentekrant, advertentie in een vakblad en/of via internet.⁶⁵

In de inschrijvingsfase is het van belang er rekening mee te houden dat de inschrijvingstermijn begin te lopen op de datum van verzending en niet van publicatie.

3.4.2. Vragenronde

Zowel in de openbare als de niet-openbare procedure worden er naast de aankondiging van de opdracht stukken gepubliceerd met een omschrijving van de aard en de omvang van de opdracht. Deze gedetailleerde omschrijving van de opdracht is het bestek of leidraad. Inschrijvers hebben vervolgens de mogelijkheid om binnen een bekendgemaakte termijn schriftelijk vragen voor te leggen aan de aanbestedende dienst. Deze zal vervolgens een antwoord op deze vragen formuleren middels een Nota van Inlichtingen. Deze Nota van Inlichtingen maakt vervolgens deel uit van de aanbesteding. Indien hier onvolkomenheden of onjuistheden zijn op te merken mag de inschrijver dit nogmaals mede delen. Als de inschrijver na de aanbestedingsprocedure beroep in wil stellen dan dient de inschrijver de aanbestedende dienst op de onjuistheden te wijzen. Vaak staat dit ook vermeld in het bestek. Een afwachtende houding resulteert in het niet ontvankelijk verklaren van een latere vordering. Uit het Grossmann-arrest⁶⁶ is voortgekomen dat van een (potentiële) inschrijver een proactieve houding mag worden verwacht en dat hij tegen onduidelijkheden of onvolkomenheden in aanbestedingsstukken opkomt in een stadium waarin deze nog ongedaan kunnen worden gemaakt.

⁶⁵ www.aanbestedingskalender.nl, www.aanbestedingenonline.nl

⁶⁶ HvJEG, 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann

3.4.3. Nota van Inlichtingen

Na de publicatie van de aanbesteding met de aanbestedingsdocumentatie heeft de inschrijver de mogelijkheid om vragen te stellen naar aanleiding van het bestek. De vragenronde kan schriftelijk dan wel per e-mail of eventueel via een (openbare) inlichtingenbijeenkomst plaatsvinden. De gestelde vragen worden door de aanbestedende dienst beantwoordt en vervolgens aan alle aanvragers van de aanbestedingsstukken bekend gemaakt zodat inschrijvers de inschrijving indien nodig kunnen aanpassen. De nadere inlichtingen over het beschrijvend document moeten uiterlijk 6 dagen voor het verstrijken van de inschrijvingstermijn worden verzonden. Het document met de vragen en antwoorden is de Nota van Inlichtingen welke deel uit maakt van de aanbesteding.

De Nota van Inlichtingen is een belangrijk juridisch document in een aanbestedings-procedure. Het is van belang dat de beantwoording van de vragen niet mag leiden tot een substantiële wijziging van de specificaties of eisen die gesteld worden aan de leverancier/dienstverlener. Tevens mogen de antwoorden niet leiden tot discriminatie van een product, leverancier/dienst of leiden tot minder transparantie en objectiviteit.⁶⁷

Aandachtspunt voor de inschrijver met betrekking tot de aanbestedingsstukken en de Nota van Inlichtingen is om op tijd, op het moment dat er nog iets aan gedaan kan worden, kenbaar te maken als er onduidelijkheden of juridisch niet correct gehandeld wordt. Mocht dit niet gebeuren dan kan het gevolg zijn dat een eventueel later beroep ongegrond wordt verklaard. Dit is gebaseerd op het Grossmann arrest⁶⁸ waarin kort gezegd is bepaald dat er een proactieve houding wordt verwacht van de inschrijver met betrekking tot onduidelijkheden en onvolkomenheden in een aanbesteding. Wanneer een inschrijver tijdens de vragenronde geen bezwaar maakt over specificaties of discriminerende eisen en zich later (na de voorlopige gunning) hier wel op beroept, dan handelt de inschrijver in strijd met de doelstelling van snelheid en doeltreffendheid van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en belemmert de toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen aangezien de procedure zonder objectieve reden wordt vertraagd.

3.5. Selecteren en Gunnen

Na het indienen van de inschrijving gaat de aanbestedende dienst de inschrijving selecteren en gunning. Voor een inschrijving zijn de selectie- en gunningscriteria van belang aangezien deze bepalen een wie de opdracht gegund wordt.

Er zit een duidelijk verschil tussen selectie- en gunningscriteria.

- Selectiecriteria hebben alleen betrekking op het bedrijf;
- Gunningscriteria hebben alleen betrekking op het product of de dienst van het bedrijf (de opdracht).

⁶⁷ PIANOo, 4. *Hoe organiseer ik een Europese aanbesteding?*
<metroskaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn4/antwoord9-4.html>

⁶⁸ HvJEG, 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann



figuur 10: Selectie en gunning

Om te komen tot gunning van de opdracht wordt er eerst getoetst aan verschillende fases. Voor iedere fase geldt dat er eerst moet worden voldaan aan de gestelde criteria voordat de inschrijving wordt toegelaten tot de volgende fase.

3.5.1. Selectiecriteria.

De selectiecriteria zijn onder te verdelen in algemene minimumeisen, uitsluitingscriteria en geschiktheidscriteria.

Algemene minimumeisen

Onder de algemene minimumeisen vallen alle eisen die gesteld worden aan de wijze van inlevering en zijn vaak in de eerste paragrafen van het bestek terug te vinden. Voorbeelden hiervan zijn de vormeisen van de inschrijving, tijdstip en locatie van het indienen van de inschrijving. Niet voldoen aan de algemene minimumeisen betekent uitsluiting van het meedingen naar de opdracht.

Uitsluitingscriteria

De uitsluitingscriteria⁶⁹ zien toe op de omstandigheden die de persoon betreffen en die de uitsluiting van de inschrijver rechtvaardigen. Hierbij worden niet integere bedrijven gefilterd. Er zijn uitsluitingscriteria die tot uitsluiting moeten leiden (verplicht) en uitsluitingsgronden die kunnen leiden tot uitsluiting (facultatief).⁷⁰ Voor het toepassen van facultatieve uitsluitingsgronden moeten deze duidelijk vermeld staan in de aanbestedingsdocumentatie.

Verplichte uitsluiting bij een onherroepelijke veroordeling van:

- Deelname aan een criminele organisatie;
- Omkoping van een ambtenaar;
- Valsheid in geschrifte;
- Fraude met EG subsidie;
- Omkoping van anderen dan ambtenaren;
- Witwassen.

⁶⁹ Artikel 45 BAO

⁷⁰ Pijnacker Hordijk en anderen, 2004 pagina 216

Facultatieve uitsluitingscriteria zijn:

- Faillissement, of een aangevraagd faillissement;
- Onherroepelijke veroordeling voor een delict in strijd met beroepsgedragsregels;
- Ernstige beroepsfout;
- Niet betaalde sociale zekerheidsbijdragen of belastingen;
- Het afgeven van valse verklaringen.

Met name de verplichte uitsluitingscriteria hebben tot gevolg dat er door de aanbestedende dienst altijd naar wordt gevraagd of bij de inschrijver één van de uitsluitingscriteria van toepassing is. De inschrijver kan hiertoe een Verklaring Omtrent Gedrag (VOG) indienen die door het Ministerie van Justitie is afgegeven. Met een VOG kan een inschrijver bewijzen dat hij niet onherroepelijk is veroordeelt voor de verplichte uitsluitingsgronden of voor een delict in strijd met de beroepsgedragsregels(facultatief).⁷¹

Geschiktheidscriteria

Onder de geschiktheidscriteria vallen de eisen van kwalitatieve aard waaraan de inschrijver moet voldoen om voor gunning van een bepaalde opdracht in aanmerking te komen. Het niet voldoen aan de geschiktheidscriteria leidt bij een openbare procedure tot uitsluiting en bij een niet openbare procedure zal de desbetreffende gegadigde niet worden geselecteerd en uitgenodigd tot inschrijven.⁷²

Om de geschiktheid te toetsen van gegadigden zijn er drie soorten gronden:

- De beroepsbevoegdheid;⁷³
- De financiële en economische draagkracht van een ondernemer;⁷⁴
- De technische en beroepsbekwaamheid van een ondernemer.⁷⁵
(In verband met de aard, de hoeveelheid, of omvang en het doel van de opdracht).

De aanbestedende dienst is in beginsel vrij om geschiktheidscriteria te formuleren, maar wanneer deze zijn opgenomen in het bestek, dan is de aanbestedende dienst verplicht deze toe te passen. Deze criteria moeten:

- Objectief, niet discriminerend en eenduidig zijn;
- Proportioneel zijn en in verband staan met het voorwerp van de opdracht;
- Transparant zijn en;
- Voor iedereen gelijk zijn.

Op verzoek van de aanbestedende dienst is het aan de inschrijver om aan te tonen dat er geen reden is tot uitsluiting. De regelgeving geeft per criteria bewijsmogelijkheden waarbij de aanbestedende dienst verplicht is deze te erkennen. Voor de verplichte uitsluitingsgronden kan volstaan worden met een uittreksel uit het strafregister, de VOG en/of voor de overige uitsluitingsgronden een door een bevoegde autoriteit afgegeven getuigschrift.

Als namelijk aan alle selectiecriteria is voldaan, dan wordt de inschrijver geselecteerd. Als er meerdere geselecteerde inschrijvers zijn, dan kan de aanbestedende dienst op een objectieve manier minimaal 5 inschrijvers selecteren bijvoorbeeld op basis van notariële loting. Dit is vooraf in de aanbestedingsdocumentatie bekend gemaakt.

⁷¹ PIANOo, '6. Hoe ga ik met de regels om?' <metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn6/antwoord2-6.html>

⁷² Pijnacker Hordijk en anderen 2004, pagina 233

⁷³ Artikel 47 BAO

⁷⁴ Artikel 48 BAO

⁷⁵ Artikel 49 BAO

De niet-openbare procedure verloopt in twee fases waarbij eerst selectie van de gegadigde plaats vindt aan de hand van de algemene-, uitsluitings- en geschiktheidscriteria. Vervolgens vindt na uitnodiging door de aanbestedende dienst de definitieve inschrijving plaats.

3.5.2. gunningscriteria

Een aanbestedende dienst kan een overheidsopdracht gunnen op grond van

- a) criteria die verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht, indien gunning aan de inschrijver met de vanuit het oogpunt van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving plaatsvindt, of,
- b) het criterium van de laagste prijs.⁷⁶

a) Indien de aanbestedende dienst gunt op grond van de economisch meest voordelige inschrijving dan maakt deze een afweging tussen de prijs-kwaliteitverhouding. Vereist is dat de criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht. Voorbeelden zijn de kwaliteit, de prijs, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de milieukekenmerken, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de klantenservice en de technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering etc., want deze opsomming is niet limitatief.

Het beoordelen van de inschrijving gebeurt aan de hand van de vooraf bekend gemaakte gunningscriteria. De aanbestedende dienst maakt vooraf aan de inschrijvers duidelijk op welke wijze en met welke gunningscriteria er beoordeelt gaat worden. De aanbestedende dienst is verplicht om in de aankondiging het relatieve gewicht van de gebruikte criteria te benoemen. In de praktijk kan dit door middel van puntentoekenning aan de verschillende gunningscriteria. Indien weging niet mogelijk is dan volstaat het benoemen van de criteria in afnemende volgorde van belangrijkheid. De inschrijver met het hoogst aantal behaalde punten zal de opdracht gegund krijgen.⁷⁷

b) Gunning op grond van het criteria laagste prijs is eenvoudiger, immers de aanbestedende dienst hoeft alleen te kijken naar prijzen van de ingediende offertes. Dit gunningscriterium leent zich uitstekend voor relatief eenvoudige producten of diensten.

Voorlopige gunning

Na de beoordeling van de inschrijvers aan de hand van de vooraf bepaalde en bekendgemaakte gunningscriteria stelt de aanbestedende dienst vast aan welke inschrijver zij voornemens is om te gunnen. Schriftelijk wordt deze voorlopige gunning bevestigd aan de inschrijver alsmede de afwijzing van de overige inschrijvers.

Jurisprudentie en met name het Alcatel-arrest⁷⁸ heeft geresulteerd in de verplichting voor de aanbestedende dienst om na het bekend maken van de voorlopige gunning een redelijke termijn van minimaal 15 dagen⁷⁹ in te stellen waarin inschrijvers beroep in kunnen stellen tegen een besluit van de aanbestedende dienst. Deze tijdsonderbreking in de aanbestedingsprocedure komt voort uit de gedachte dat de inschrijvende dienst de mogelijkheid moet worden geboden om, indien zij daartoe aanleiding achten, gerechtelijke stappen te ondernemen.

⁷⁶ Artikel 54 BAO.

⁷⁷ Uitzonderingen mogelijk zie paragraaf 4.1.

⁷⁸ HvJEG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, (Alcatel)

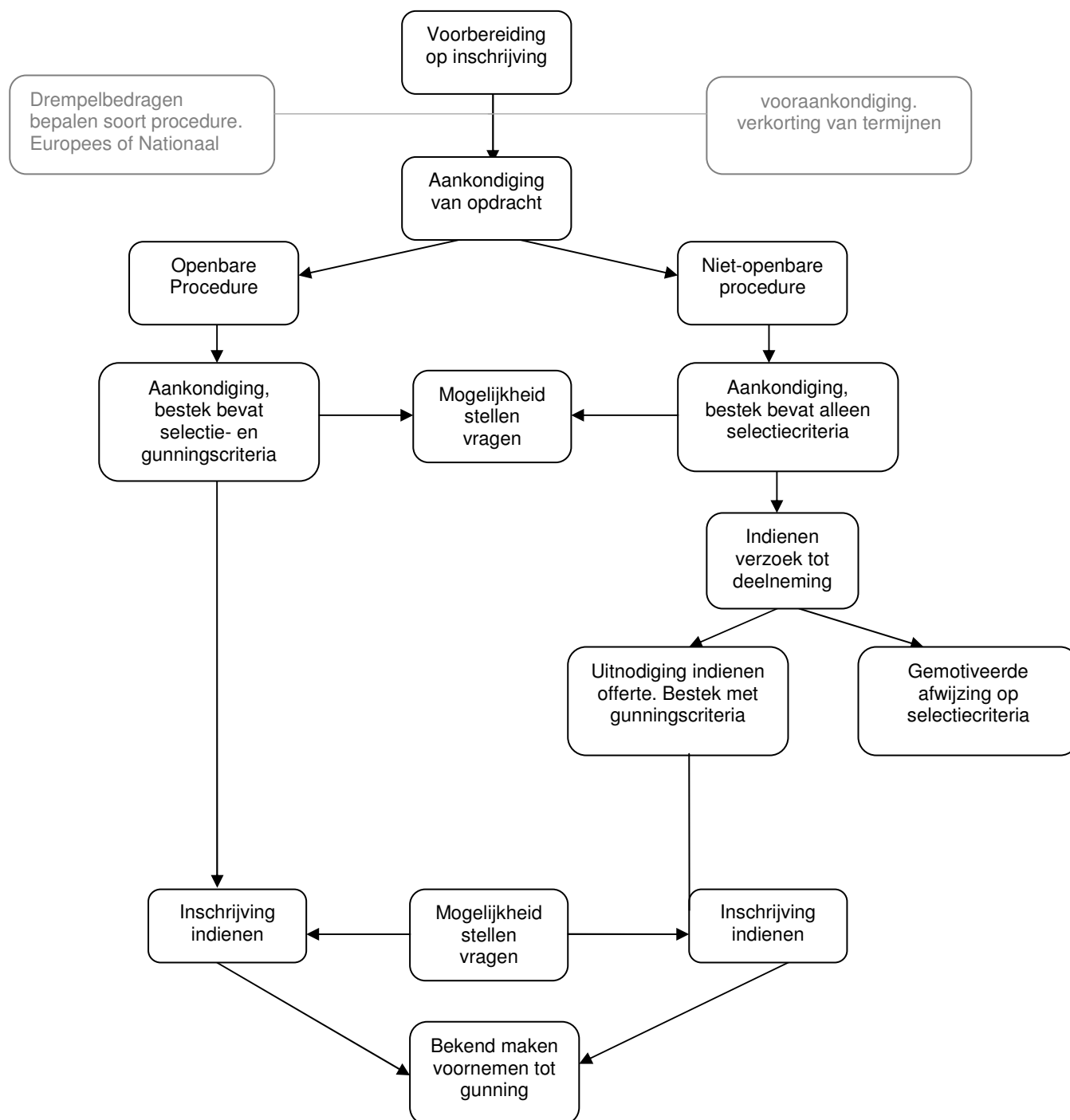
⁷⁹ Artikel 55 lid 2 BAO

Na de voorlopige gunning begint de evaluatie fase waarin de aanbestedende dienst en de inschrijvers de mogelijkheid hebben om de aanbestedingsprocedure te evalueren.

3.6. Samenvatting

Kort gezegd: Indien er sprake is van een aanbestedende dienst welke een aanbestedingsplichtige opdracht heeft van boven het drempelbedrag dan is deze verplicht om deze opdracht aan te besteden volgens één van de vastgelegde procedures. Meest voorkomend zijn hierbij de openbare en niet-openbare procedure welke veel gelijkenissen tonen, maar met verschil dat de niet-openbare procedure in twee fases verloopt. Na een eventuele vooraankondiging volgt de aankondiging waarna gegadigden kunnen inschrijven op de opdracht. Alvorens in te schrijven bestaat er de mogelijkheid om vragen te stellen aan de aanbestedende dienst. Deze vragen zijn van belang voor eventuele latere gerechtelijke stappen. In de openbare procedure vindt inschrijving plaats door het indienen van een volledige inschrijving opgesteld conform de eisen van het bestek, en bij de niet-openbare procedure wordt er eerst een verzoek tot deelneming ingediend waarna de aanbestedende dienst na selectie een aantal gegadigde uitnodigt tot inschrijving. Na de inschrijving maakt de aanbestedende dienst het voornemen tot gunning bekend voordat over wordt gegaan naar de definitieve gunning.

Figuur 11: De inschrijvingsfase

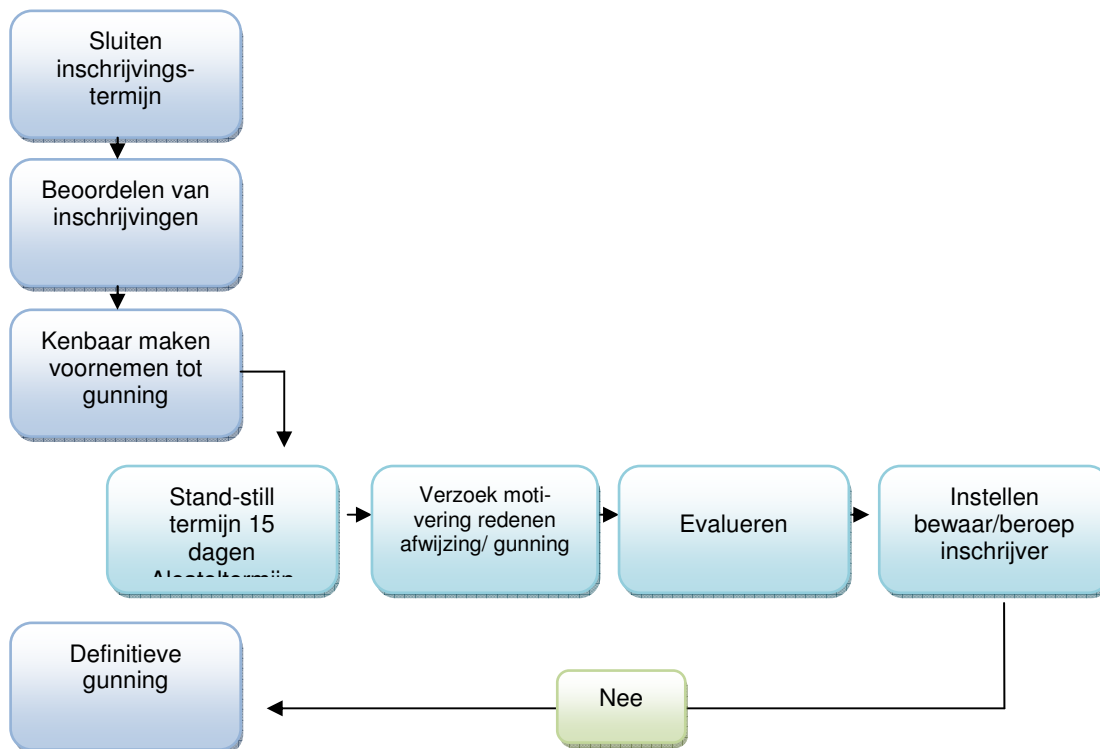


4. “DE EVALUATIEFASE”

Na het sluiten van de inschrijvingstermijn start de fase waarin de aanbestedende dienst de inschrijvingen beoordeelt en de aanbesteding voorlopig gunt. Na de voorlopige gunning kunnen de betrokken partijen alleen dan wel tezamen gaan evalueren.

Paragraaf 4.1. beschrijft het proces van bekend worden van de voorlopige gunning en de publicatie van de definitieve gunning. Het juridisch kader van het aanbestedingsrecht komt aan bod in paragraaf 4.2. De werking van de formele rechtsbescherming en de overige mogelijkheden van betrokken partijen in de evaluatiefase is vervolgens beschreven in paragraaf 4.3. Paragraaf 4.4 gaat verder in op de mogelijkheden van de evaluatiefase in de praktijk. Tot slot is paragraaf 4.5. een samenvatting van de evaluatiefase.

4.1. De gunning



Figuur 12: Proces van de evaluatiefase

De aanbestedende dienst beoordeelt⁸⁰ de inschrijvingen en op basis daarvan zal gunning plaats vinden aan een geschikte inschrijver. De aanbestedende dienst heeft overigens niet de verplichting om de aanbesteding te gunnen. Het gehele aanbestedingstraject heeft de aanbestedende dienst de mogelijkheid om de aanbesteding in te trekken. Het is dan echter niet meer mogelijk om de opdracht onder dezelfde eisen en wensen opnieuw aan te besteden. Vereist voor een ‘her-aanbesteding’ zijn substantiële wijzigingen in de opdracht zodat er sprake is van een nieuwe aanbesteding en er geen sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel.

⁸⁰ Zie paragraaf 3.5.2.

In een recente uitspraak in de zaak Retara Interieurwerken tegen het Jeroen Bosch Ziekhuis heeft de Rechtbank van 's-Hertogenbosch bepaald dat het niet toegestaan is om een aanbesteding heraan te besteden omdat dit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. In casu was er sprake van hetzelfde bestek en de mogelijkheid van betrokken partijen om kennis te hebben over de vorige inschrijving waardoor voordeel kon ontstaan voor deze partijen.⁸¹

Alvorens over te gaan tot definitieve gunning, is de aanbestedende dienst verplicht om het voornemen tot gunning / de voorlopige gunning kenbaar te maken aan de betrokken partijen om deze in de gelegenheid te stellen beroep aan te tekenen tegen besluiten van de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst is verplicht de inschrijver een redelijke termijn te geven van 15 dagen om beroep aan te tekenen.⁸² Wanneer de redelijke termijn is verlopen en er geen inschrijver in beroep is gegaan wordt de gunning definitief. Dit gebeurt door de ondertekening van het contract na de laatste onderhandelingen tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver over de definitieve invulling van de laatste onduidelijkheden.

De definitieve gunning wordt door de aanbestedende dienst binnen 48 dagen verzonden aan het BOPEG.⁸³ Het BOPEG draagt vervolgens zorg voor de publicatie van de definitieve gunning waarmee het formele eindpunt van het aanbestedingstraject is bereikt.

4.2. Juridisch kader rechtsbescherming

Deze paragraaf geeft een korte weergave van rechtsbescherming die is geregeld op Europees en Nationaal niveau.

4.2.1. Rechtsbescherming op Europees niveau

Gebaseerd op de oude richtlijnen is op 11 december 2007 door publicatie in het EG-publicatieblad de rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG, tot wijziging van de richtlijn 89/665/EEG en 92/13/EEG, '*verhoging doeltreffendheid beroepsprocedures inzake de plaatsing van overheidsopdrachten*', van kracht geworden. Deze richtlijn heeft geen directe werking⁸⁴ (betrokken partijen kunnen geen rechtstreeks beroep doen op een van de bepalingen opgenomen in de richtlijn), maar geeft minimumvoorwaarden waaraan het nationale rechtstelsel met betrekking tot rechtsbescherming in aanbestedingszaken moet voldoen. Deze voorwaarden houden in dat het mogelijk moet zijn om snelle en doeltreffende maatregelen te nemen wanneer er sprake is van een onwettig besluit.⁸⁵

De rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn opgesteld met als doel het coördineren van de rechtsbeschermingsregels, het naleven van het transparantie en gelijkheidsbeginsel en het bieden van gelijkwaardige juridische garanties voor betrokkenen partijen.⁸⁶

⁸¹ Rechtbank s'-Hertogenbosch 13 februari 2009, LJN: BH3620, Retara Interieurwerken tegen het Jeroen Bosch Ziekenhuis

⁸² Op basis van HvJEG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, (Alcatel)

⁸³ Zie paragraaf 3.4.

⁸⁴ Zie leeswijzer pagina 5 voor uitleg van het begrip directe werking.

⁸⁵ AKD Prinsen van Wijmen; '*Europees aanbestedingsrecht*'
<www.akd.nl/nieuws/publicaties/Factsheet_aanbestedingsrecht_maart06.pdf>

⁸⁶ Kenniscentrum Europa Decentraal; '*Rechtsbescherming*'
<www.europadecentraal.nl/menu/513/Rechtsbescherming.html>

4.2.2. Rechtsbescherming op nationaal niveau

Het ministerie van Economische Zaken heeft de verplichting om de richtlijn 2007/66/EG voor 21 december 2009 te implementeren nu deze geen directe werking heeft. Het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting hebben inmiddels ter consultatie gelegen en het wetsvoorstel is aangenomen door de Ministerraad. Momenteel ligt het wetsvoorstel voor advies bij de Raad van State. De verwachting is dat het wetsvoorstel in de zomer aan de Tweede Kamer verzonden kan worden. Vervolgens komt het wetsvoorstel bij de Eerste Kamer terecht en kan de wet na goedkeuring worden bekrachtigd en gepubliceerd waardoor de wet in werking treedt en partijen zich rechtstreeks op bepalingen uit deze wet kunnen beroepen.⁸⁷

4.3. Rechtsbescherming in de dagelijkse praktijk

In artikel 1 van richtlijn 2007/66/EG is de algemene bepaling opgenomen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep moet kunnen worden ingesteld.

Art 1 richtlijn 2007/66/EG

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluit het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

Met artikel 1 wordt bedoeld op inbreuken van voorschriften uit de algemene aanbestedingsrichtlijnen ten aanzien van transparantie en non-discriminatie, in elk stadium van de aanbestedingsprocedure.⁸⁸ De beroepsmogelijkheden komen vervolgens voort uit artikel 2 lid 1 van de richtlijnen 2007/66/EG waarin de verplichtingen voor de lidstaten zijn opgenomen om de rechtsbescherming te reguleren. Lidstaten moet zorgen voor maatregelen die de mogelijkheid geven:

- Sub a; om zo snel mogelijk en in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad;
- Sub b; onwettig genomen besluiten nietig te (doen) verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische en/of financiële specificaties;
- Sub c; schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden.

⁸⁷ Ministerie van Economische Zaken; *Aanbestedingen consultatie wetsvoorstel WIRA*, <ez.nl/Onderwerpen/Huidige_economie/Aanbestedingen/Consultatie_Wetsvoorstel_Implementatie_ri
chtlijn_Rechtsbescherming_Aanbesteden_WIRA>

⁸⁸ Hebly, 'Rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen' <www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/download/common/lezing_hebly_1_.pdf>

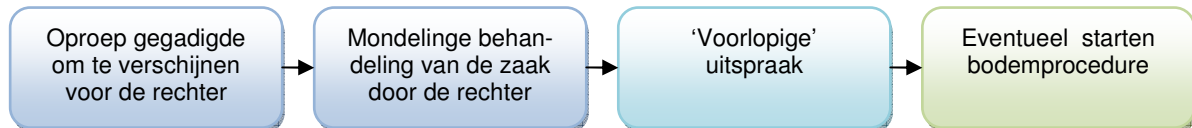
4.3.1. Beroep

In de Nederlandse praktijk is het zo dat betrokken partijen een Kort Geding⁸⁹ aan kunnen spannen bij de burgerlijke rechter. De burgerlijke of ook wel de civiele rechter genoemd is bevoegd in zaken waarin er een conflict is ontstaan tussen burgers onderling. Bij aanbestedingszaken wordt de (semi) overheid aangemerkt als aanbestedende dienst. Hierdoor kan het voor de hand liggen dat de bestuursrechter bevoegd is. Dit is echter niet het geval aangezien het bij aanbestedingszaken gaat om voorbereidende handelingen van de aanbestedende dienst voor een privaatrechtelijke rechtshandeling. De aanbestedende dienst wordt dus niet gezien als een bestuursrechtelijk orgaan waardoor de burgerlijke rechter bij aanbestedingsgeschillen bevoegd is.

In aanbestedingsgeschillen wordt gebruik gemaakt van de Kort geding procedure. Vereist hiervoor is dat de zaak zich leent voor snelle en eenvoudige afwikkelingen en er moet sprake zijn van spoedeisend belang. Voor het spoedeisendheid wordt een afweging gemaakt van de belangen van partijen en moet het om zodanige noodzaak gaan dat een uitspraak via een gewone procedure, een dagvaardingsprocedure niet is af te wachten.

In een mondelinge procedure leidt het kort geding tot een voorlopige voorziening hetgeen inhoudt dat het om een voorlopige uitspraak van de rechter gaat. Partijen kunnen een bodemprocedure, een dagvaardingsprocedure starten voor een definitieve uitspraak echter, dit komt niet vaak voor in de praktijk bij aanbestedingszaken.

Het Kort Geding verloopt volgens dezelfde eisen als de dagvaardingsprocedure⁹⁰ met de nodige aanpassingen voor de termijnen in verband met de vereiste spoed en de procesvertegenwoordiging is niet verplicht voor de gedaagde partij.⁹¹



Figuur 13 Kort Geding

Naast de formele mogelijkheden voor betrokken partijen om recht te halen in een zaak waarin de partij van mening is dat er onrechtmatig is gehandeld zijn er andere mogelijkheden.

In aanbestedingszaken komt de rechter pas in beeld op het moment dat een van de betrokken partijen daar om verzoekt. De partijen moeten daarom zelf de juridische vereisten in het oog houden en indien een partij van mening is dat er onwettig gehandeld is, dan is er de mogelijkheid om de burgerlijke rechter in te schakelen.

⁸⁹ Artikel 254 tot en met artikel 260 Wetboek van burgerlijke Rechtsvordering

⁹⁰ Artikel 261 en verder Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

⁹¹ Wieten, 2004

4.3.2. Bezwaar

Het kan voorkomen dat in het bestek een bepaling is opgenomen waarin de mogelijkheden voor inschrijvers worden genoemd wanneer zij het niet eens zijn met de voorlopige gunning. In deze voorlopige gunning worden deze tevens genoemd of er wordt een verwijzing gegeven naar het bestek. Naast de formele mogelijkheid van beroep kan het zo zijn dat de inschrijver eerst bezwaar kan maken tegen de genomen beslissing van de aanbestedende dienst. De inschrijver volstaat met een schriftelijke brief waarin kenbaar wordt gemaakt tegen de beslissing bezwaar te hebben. De aanbestedende dienst kan zelf bepalen hoe te reageren op het bezwaar. Zij kan voorstellen om een mondeling evaluatiegesprek aan te gaan of indien het bewaar goed is gemotiveerd het uitstellen van de definitieve gunning. Dit is voor de aanbestedende dienst een vergaande beslissing en vraagt van de inschrijver die een goed gemotiveerd bezwaar.

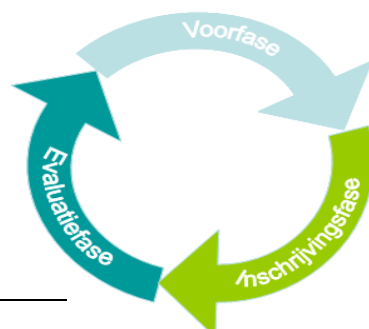
De mogelijkheid van bezwaar maken sluit de mogelijkheid van beroep niet uit.. Het blijft voor de inschrijver mogelijk om in beroep te gaan nadat bezwaar is gemaakt bij de aanbestedende dienst.

Alvorens te komen tot het maken van bezwaar of het in stellen van beroep zal de aanbestedingsprocedure geëvalueerd dienen te worden om inzicht te krijgen in eventueel onwettig handelen.

4.4. De evaluatie van het aanbestedingstraject

Om te beoordelen voor een inschrijver of er sprake is van onwettig handelen, zal deze de procedure moeten evalueren. Zoals reeds eerder genoemd zal de aanbestedende dienst aan de betrokken partijen de voorlopige gunningsbeslissing kenbaar maken. Echter wanneer een partij van mening is dat er onvoldoende redenen voor de afwijzing zijn opgenomen in de schriftelijke motivering, dan kan de inschrijver het verzoek doen om verdere motivering van de afwijzing. Het is niet uitzonderlijk dat er een evaluatiegesprek plaats vindt tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver. In een dergelijk gesprek kunnen partijen op een informele manier gedachten uitwisselen over het verloop van de aanbestedingsprocedure. Na het evaluatiegesprek kan een inschrijver binnen de opgenomen redelijke termijn in beroep gaan tegen de voorgenomen beslissing.

In de evaluatiefase kan naast de rechtsbescherming ook de evaluatie van de procedure in het algemeen en de verbeteringen in het proces worden bekeken. Een evaluatiegesprek of enige andere vorm van communicatie kan leiden tot meer informatie en voorbereidingen op toekomstige aanbestedingszaken. Daarnaast kan de evaluatiefase ervoor dienen om in contact te komen en/of een relatie op te bouwen, te verdiepen met de aanbestedende dienst. Dit contact/deze relatie kan ten goede komen bij een volgende aanbestedingsprocedure.⁹² De inschrijver kan in kaart brengen wat de daadwerkelijke eisen en wensen van de aanbestedende dienst zijn geweest en eventueel bij een volgende aanbesteding zullen zijn. De evaluatiefase geeft de inschrijver de kans inzicht te krijgen in de doorlopen aanbestedingsprocedure en welke verbeterpunten bij de volgende aanbesteding kunnen zorgen voor een meer kansrijke inschrijving. In dit licht bekeken heeft de evaluatiefase deels de functie als voorfase.



⁹² Zie hoofdstuk 5

4.5. Samenvatting

Rechtsbescherming in aanbestedingszaken is op Europees niveau neergelegd in richtlijn 2007/66/EG. Nederland is verplicht deze richtlijn voor 21 december 2000 te implementeren. Inmiddels heet het Ministerie van Economische Zaken hiervoor een wetsvoorstel opgesteld.

De lidstaten zijn verplicht om betrokken partijen de mogelijkheid te geven een Kort Geding aan te spannen om onwettige besluiten ongedaan te maken, besluiten nietig te (doen) verklaren of om schadevergoeding toe te kennen. Een Kort Geding bij de burgerlijke rechter is om op korte termijn in spoedeisende gevallen een (voorlopige) uitspraak te krijgen middels een voorlopige voorziening.

Naast de formele mogelijkheid kan de inschrijver, indien de aanbestedende dienst hiertoe de mogelijkheid geeft in de aanbestedingsdocumentatie, bezwaar maken tegen de voorlopige gunning. Vaak zal dit gebeuren na een evaluatiegesprek tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver waarin zaken zijn besproken als het juridisch correct verlopen van de procedure, de afwegingen van de aanbestedende dienst en eventuele verbeterpunten voor de inschrijver. Ook tijdens de evaluatiefase speelt een stuk relatiemanagement op de achtergrond mee. De publicatie dient als formeel eindpunt voor het aanbestedingstraject, echter het is mogelijk en gewenst om de evaluatiefase gedeeltelijk als voorfase te laten gelden.

5. KANSRIJK INSCHRIJVEN

Er is onderzoek gedaan naar welke (subjectieve) factoren zorgen voor een kansrijke inschrijving. Het antwoord hierop is weergegeven aan de hand van tips en adviezen richting de inschrijver. Desondanks zijn er in ieder aanbestedingstraject factoren waarop een inschrijver geen invloed heeft. Kansrijk wil niet per definitie zeggen het binnenhalen van de aanbesteding/de opdracht, maar een kansrijke inschrijving is een inschrijving welke zodanig is gedaan dat deze de meeste kans heeft op het binnen halen van de opdracht.

De onderzoeksonderbouwing voor specifiek het onderzoek met betrekking tot hoofdstuk 5 is beschreven in paragraaf 5.1. De uit dit onderzoek voortkomende tips en adviezen worden gegeven in paragraaf 5.2 waarna 5.3 het hoofdstuk afsluit met een korte samenvatting.

5.1. Onderzoeksonderbouwing hoofdstuk 5

Om te komen tot tips en adviezen voor een kansrijke inschrijving wordt er gebruik gemaakt van de verkregen kennis door middel van literatuuronderzoek waarvan de resultaten terug te vinden zijn in de hoofdstukken 1 tot en met 4 en praktijkkennis opgedaan tijdens de dagelijkse praktijk, bijgewoonde trainingen alsmede adviesgesprekken met inschrijvende organisaties, informatie verkregen via Appeldoorn Tendermanagement en afgenomen diepte interviews met betrokken personen bij het inschrijven op aanbestedingen bij verschillende organisaties.

Bereid voor het beantwoorden van vragen waren een accountmanager en een directiesecretaresse beiden van verschillende middelgrote organisaties en twee adviseurs van een multinational, één werkzaam voor inschrijvingen bij aanbestedingen op nationaal niveau en één bij aanbestedingen op decentraal niveau.

Naast de gestelde vragen was er ruimte in de gesprekken voor een eigen inbreng en een natuurlijk verloop van het gesprek. Dit heeft geresulteerd in interessante informatie.⁹³

5.2. Algemene tips en adviezen

In een aanbestedingstraject zijn er een aantal aspecten welke altijd van belang zijn. Daarnaast zijn er een aantal aandachtspunten welke gelden voor de specifieke fases uit het tender-verkoopmodel⁹⁴.

- Doe wat gevraagd wordt;
- Denk vooruit, zorg voor een goede voorbereiding en gebruik ervaringen bij een volgende aanbesteding;
- Let op alle strikte termijnen. Er is maar één kans;
- Lees goed en begrijp wat er precies gevraagd en bedoeld wordt en bij twijfel:
- Stel vragen. In de gedachtegang van transparantie en doorzichtigheid is de aanbestedende dienst verplicht antwoord te geven op alle vragen over de aanbesteding;
- Communiceer prettig en naar de wensen van de aanbestedende dienst.

⁹³ Zie bijlage 5: Uitwerking interviews

⁹⁴ Zie figuur 2: tender-verkoopmodel

5.3. Tips en adviezen bij de voorfase

- Anticipeer tijdig in de voorfase over eventueel ophanden zijnde aanbestedingen, zodat gerichte voorbereidingen mogelijk zijn. Stuur indien binnen de aanbestedingsrechtelijke grenzen mogelijk is naar een gunstige opdracht;
- Zorg voor een standaardvoorbereiding binnen de organisatie;
- Weet wie er met het aanbestedingstraject belast en bevoegd zijn en zorg daarbinnen voor voldoende kennis. Het instellen van vaste personen zorgt ook voor groei van ervaring binnen aanbestedingsprocedures;
- Stel eventueel iemand aan die zich bezig houdt met handelen in de voorfase (bijvoorbeeld een accountmanager en/of een pre-tenderconsultant). Deze persoon heeft als functie het signaleren van aanbestedingen en het onderhouden van relaties. Indien er sprake is van het al werkzaam zijn bij een aanbestedende dienst waak er dan voor dat het lijkt of het allemaal goed gaat terwijl de aanbestedende dienst het liever anders of beter ziet. Kijk dan ook eens kritisch naar de samenwerking en verbeter zo nodig;
- Ken uw markt en zorg dat u op de hoogte bent van alle ontwikkelingen binnen uw branche.

5.4. Tips en adviezen bij de inschrijvingsfase

- Maak een weloverwogen beslissing om wel of niet in te schrijven;
- Voldoe aan alle eisen en wensen van een aanbestedende dienst;
- Werk netjes en zorgvuldig. Voldoe aan alle formele vereisten en voorkom hiermee uitsluiting. Daarnaast laat de inschrijving er op een positieve manier uitspringen door gebruik te maken van een vernieuwde uitstraling. Houdt voldoe hierbij wel aan de eisen die aan het inschrijvingsdocument worden gesteld!
- Lever alles op tijd in;
- Maak gebruik van de vragenronde en stel vragen. Vragen om tot de achterliggende gedachte te komen van de aanbestedende dienst alsmede tactische vragen welke kunnen leiden tot het verhinderen van de concurrentie of het eenvoudiger maken van inschrijven.

5.5. Tips en adviezen bij de evaluatiefase

- Evalueer altijd, zowel bij winst als verlies; (Allereerst om te achterhalen wat de reden van afwijzing is en daarnaast om contact op te bouwen met de aanbestedende dienst)
- Laat de evaluatiefase dienen als een voorfase;
- Gebruik de verkregen informatie bij een evaluatiefase ook bij een volgende aanbesteding;
- Hanteer een systeem waarin wordt bijgehouden wie, wanneer, en waarom is afgewezen. Maak van iedere procedure een kort verslag zodat dit bij een volgende aanbesteding makkelijk terug te vinden is. Gebruik deze informatie om het aanbestedingstraject te verbeteren op grond van opgedane kennis en ervaring.

5.6. Samenvatting

Als een organisatie tevreden is met de wijze van omgaan met aanbesteden en er een juiste balans is van inspanning en resultaat is het prima. Maar bedenk dat het vrijwel altijd mogelijk is om te veranderen en hiermee zelfs te verbeteren.

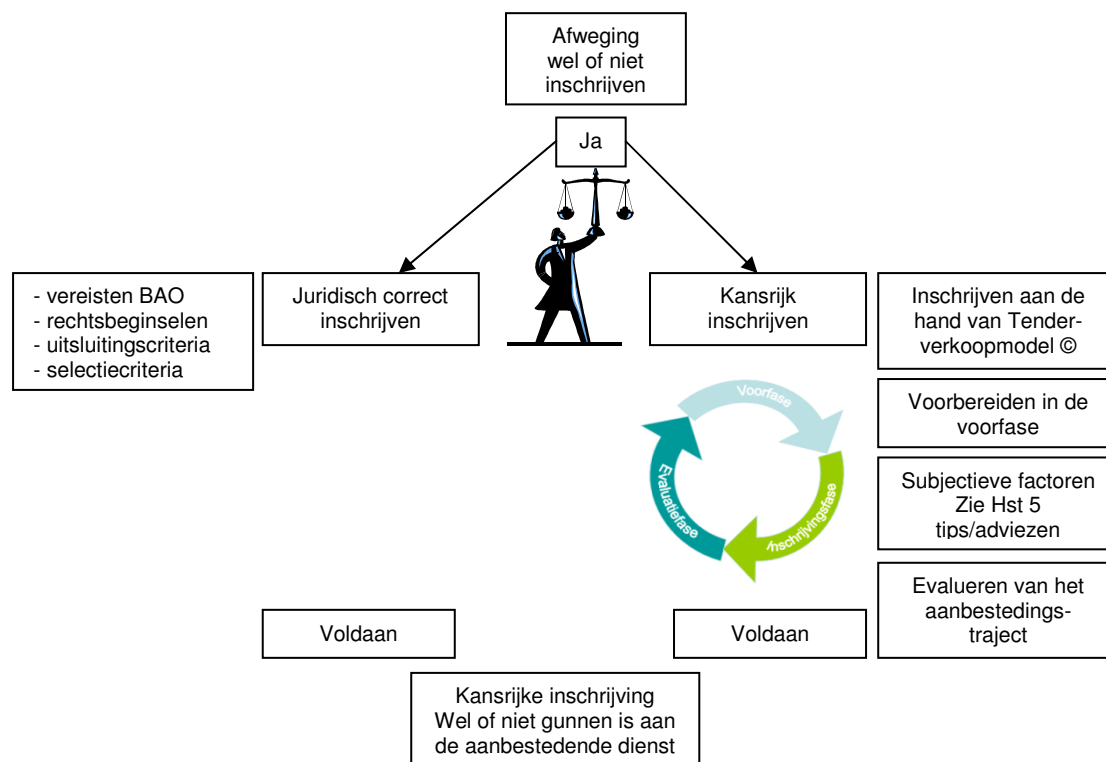
Het aanbestedingsproces bestaat in theorie uit 2 delen:

1. Zorgen voor een juridisch correcte inschrijving waarbij wordt voldaan aan alle juridische vereisten waarmee vervolgens uitsluiting wordt voorkomen. Kansrijk inschrijven heeft te maken met de in een opdracht gestelde eisen, en wat in de ogen van de aanbestedende dienst de beste opdracht is. Dit is vastgelegd in de verschillende aanbestedingsdocumenten. Als een organisatie voor de laagste prijs geeft wat de aanbestedende dienst wil, wordt aan deze organisatie de opdracht gegund. Lijkt heel simpel maar er komt toch nog heel wat bij kijken voordat daadwerkelijk een opdracht wordt gegund.

2. Om te komen tot een inschrijving die kans maakt om de opdracht binnen te komen zijn er een aantal aspecten die een belangrijke rol spelen. Deze uitkomst is gebaseerd op praktijkervaring. Het is al eerder aan bod gekomen, maar nogmaals het aanbestedingstraject houdt meer in dan alleen inschrijven op een aanbesteding. Hieraan vooraf gaat een zogenoemde voorfase en na het sluiten van de inschrijvingsfase is er nog sprake van een evaluatiefase. Dit is aan de hand van het tender-verkoopmodel ©.⁹⁵ Belangrijk is om van de verschillende fases gebruik te maken. In de voorfase door middel van voorbereiding binnen de organisatie van het inschrijvingsproces en het contact leggen met de aanbestedende dienst. En de evaluatiefase om te achterhalen wat de redenen van afwijzing zijn en nogmaals contact te hebben met de aanbestedende dienst en deze informatie dan ook effectief en efficiënt gebruiken voor een volgend te doorlopen aanbestedingstraject. Het is altijd belangrijk om het gehele aanbestedingstraject en dan met name de inschrijvingsfase goed te doen, of niet te doen aangezien het anders zonde is van de tijd en moeite. De aanbestedingsmarkt van beiden kanten is immers groot. Veel aanbestedingen, maar ook veel inschrijvers.

Daarnaast blijft een aanbesteding mensenwerk. Houdt in gedachten dat het, ook al is het niet de intentie, het kan gaan om subjectieve factoren die meewegen in de beoordeling van inschrijvingsdocumenten. Bij iedere aanbesteding zijn er ook factoren waarop een inschrijver geen invloed heeft en die wel kunnen meespelen bij de beoordeling. Denk aan concurrerende partijen.

⁹⁵ Zie hoofdstuk 2 voor een uitgebreide omschrijving en de werking van het tender-verkoopmodel©



Figuur 14: Kansrijk inschrijven

6. CONCLUSIE

Het onderzoek naar de vraag hoe een gegadigde op juridisch correcte wijze een inschrijvingsproces voor een (Europese) aanbesteding voor leveringen of diensten doorloopt en welke overige (subjectieve) factoren bepalen of een inschrijving kansrijk is heeft geresulteerd in deze scriptie. De wijze van onderzoek alsmede de resultaten zijn opgenomen en verwerkt in de verschillende voorgaande hoofdstukken.

De conclusies en aanbevelingen volgend op het onderzoek zijn hoofdzakelijk gericht op de doelgroep van het onderzoek: inschrijvers op aanbestedingen.

Paragraaf 6.1 behandelt de wet- en regelgeving van het aanbestedingsrecht waarin de voor de praktijk relevante belangrijkste bevindingen worden genoemd. Paragraaf 6.2 combineert en koppelt de juridische vereisten aan de (subjectieve) factoren voor een kansrijke inschrijving waarna paragraaf 6.3 tot slot een algemene aanbeveling geeft.

6.1. Invloed van het juridisch kader op het aanbestedingstraject

Op Europees niveau is de regelgeving voor aanbestedingen neergelegd in richtlijn 2004/18/EG, de algemene richtlijn met betrekking tot aanbestedingen van werken, diensten en leveringen. Nederland heeft deze richtlijn geïmplementeerd middels het Besluit Aanbestedingsregels Overheidsopdrachten (BAO). In het BAO zijn de verplichtingen opgenomen voor aanbestedende diensten en aanbestedingsplichtige opdrachten met een waarde boven het drempelbedrag.⁹⁶ Naast het Europees aanbestedingsrecht zijn lidstaten vrij om een Nationaal beleid voor aanbesteden op te stellen. In Nederland zijn er bepaalde gemeentes die in lokaal beleid de regelgeving van aanbestedingen voor opdrachten onder de Europese drempelbedragen hebben vast gelegd. Gedachtegang is om de inkoop van diensten of leveringen volgens bepaalde standaard richtlijnen te laten verlopen om zo verantwoord om te gaan met de gemeenschapsgelden.

In een aanbestedingstraject ligt het initiatief voor het juridisch correct doorlopen van de procedure veelal bij de aanbestedende dienst. De verplichtingen uit de wet- en regelgeving zijn immers gericht op de aanbestedingsprocedures waarbij van de aanbestedende dienst wordt geacht deze bij aanbestedingen te volgen. Het is de taak van de aanbestedende dienst om binnen de regelgeving een opdracht te formuleren en op de markt te brengen middels een aankondiging en aanbestedingsdocumenten waarin alle details en vereisten van de opdracht zijn opgenomen.⁹⁷

Desondanks zijn de juridische regels ook voor een inschrijver van belang. De eisen en verplichtingen die immers door de aanbestedende dienst aan de inschrijver worden gesteld komen voort uit de wet- en regelgeving tezamen met de algemene beginselen zoals het transparantiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel, en het proportionaliteitsbeginsel. Gezien het feit dat er alleen rechtelijke toetsing plaatsvindt op verzoek van een van de partijen is het aan de gegadigde zelf om stappen te nemen als er niet binnen de grenzen van het aanbestedingsrecht wordt gehandeld (indien dit ook in het belang is van de betrokken inschrijver). De inschrijver kan de aanbestedende dienst ook op juridische onvolkomenheden wijzen door vragen te stellen.

⁹⁶ Zie bijlage 1

⁹⁷ Artikel 36 BAO

6.2. Kansrijk inschrijven binnen de aanbestedingsregels

Binnen de grenzen van de juridische regels is het voor iedere aanbestedende dienst een zoektocht naar de perfecte combinatie tussen de geformuleerde opdracht en het gewenste aanbod. Voor de inschrijver is het juist hierin tegemoet komen door datgene aan te bieden wat de aanbestedende dienst eist en wenst. Als een inschrijver dit doet (middels het inschrijvingsdocument) dan zal deze de opdracht gegund krijgen.

Om tot dit resultaat te komen zijn er een aantal factoren waar een aanbieder rekening mee kan houden. Op basis van verschillende ervaringen uit de praktijk heeft het onderzoek een aantal tips en adviezen opgeleverd welke ervoor kunnen zorgen dat een inschrijving meer kans maakt op het gegund krijgen van de opdracht.

6.2.1. Invloed voorfase op kansrijk inschrijven

De aanbestedingsregels zijn voornamelijk gericht op de inschrijvingsfase hetgeen tot gevolg heeft dat in de voorfase nog bepaalde mogelijkheden zijn om te handelen ten gunste van een latere aanbesteding.

Uit het onderzoek is gebleken dat het van belang is voor de inschrijver om te weten wat de aanbestedende dienst nu precies wil, eist en wenst. Aangezien het is toegestaan⁹⁸ om te communiceren met aanbestedende diensten kan een inschrijver voorafgaand aan de publicatie van de aanbesteding hier op inspringen. Als er sprake is van een goede relatie gebaseerd op vertrouwen is het mogelijk dat de inschrijver op de hoogte is van een toekomstige aanbesteding en eventueel nog invloed kan uitoefenen bij het formuleren van de opdracht. Vervolgens kan de inschrijver (gerichte) voorbereidingen treffen. Gebleken is dat een actieve houding van de inschrijver in de voorfase, (relatie, voorbereidingen) een pre zijn voor het inschrijvingstraject in verband met tijdsbesparing en inzicht in de opdracht. De kans op gunning wordt verhoogd door een actieve rol in de voorfase van een inschrijver.

6.2.2. Invloed Inschrijvingsfase op kansrijk inschrijven

In de inschrijvingsfase is het de beurt aan de inschrijver om binnen de grenzen van het aanbestedingsrecht een goede aanbieding te doen. De wet- en regelgeving zijn grotendeels gericht op het in goede banen leiden van de inschrijving, hetgeen tot gevolg heeft dat ook de inschrijver zich hier te houden heeft aan de juridische regels die door de aanbestedende dienst zijn neergelegd in de opdracht.

In de inschrijvingsfase worden er twee stappen gemaakt. Één: er vindt selectie plaatst van de inschrijver, en twee: de opdracht wordt gegund aan één van de geselecteerde inschrijvers.⁹⁹

⁹⁸ Communicatie mag mededinging niet beperken. Zie in dit verband paragraaf 2.2.2; 'Chinese Wall-bepaling'

⁹⁹ Uitzonderingen mogelijk

De uitsluitingscriteria¹⁰⁰ maken deel uit van de selectie en kunnen leiden tot het uitsluiten van de inschrijver tot verdere deelname aan het aanbestedingsproces. Het is aan te bevelen het gevraagde bewijs te overleggen aan de aanbestedende dienst om aan te tonen dat geen van de uitsluitingscriteria van toepassing zijn op de inschrijver. De volgende stap is het aantonen van de geschiktheid van de inschrijver aan de hand van de geschiktheidscriteria.¹⁰¹ Hieruit moet blijken dat de inschrijver in staat is om aan de eisen van de opdracht te kunnen voldoen. De uitsluiting en geschiktheidscriteria tezamen zorgen voor selectie van de aanbestedende dienst. Selectiecriteria zijn overigens puur gericht op de aanbieder en de gunningscriteria op de aanbidding.

Na selectie zal de aanbestedende dienst op basis van bekend gemaakte gunningscriteria¹⁰² de aanbesteding gunnen. Gunning vindt plaats op het criteria laagste prijs, of economisch meest voordelige aanbidding. Zodra er gegund wordt op het criteria van de laagste prijs is de redenatie om te komen tot een kansrijke inschrijving redelijk eenvoudig. Als de inschrijving voldoet aan alle selectiecriteria en vervolgens de laagste prijs biedt, is gunning onvermijdelijk.

Gunning op het criteria van economisch meest voordelige inschrijving brengt een iets andere redenatie met zich mee om te komen tot een kansrijke inschrijving. De aanbestedende dienst maakt hierbij namelijk gebruik van meerdere criteria met betrekking tot de prijs en kwaliteit. Aan alle criteria worden scores toegekend waarna gunning volgt voor de inschrijver met de hoogste score.

Iedere aanbesteding is anders, hetgeen tot gevolg heeft dat iedere inschrijving een maatwerk naast standaardwerk vergt.

Om tot een maximale score te komen is, zoals reeds eerder opgemerkt, van belang te weten wat nu precies bedoeld en gevraagd wordt door de aanbestedende dienst. Aanrader is om hiervoor de contacten in de voorfase effectief te gebruiken, en vragen te stellen aan de aanbestedende dienst bij de vragenronde. De antwoorden hierop zijn terug te vinden in de Nota van Inlichtingen welke deel uitmaakt van de aanbesteding. Het gebruiken van deze Nota van Inlichtingen maakt een aanbesteding meer duidelijk en gedetailleerd hetgeen de inschrijver in staat stelt om te beantwoorden aan de precieze eisen en wensen van de aanbestedende dienst.

6.2.3. Invloed evaluatiefase op kansrijk inschrijven

Na het gunnen van de opdracht is er de mogelijkheid om de aanbesteding te evalueren. Een goede evaluatie kan zorgen voor een verbetering van het proces. Evalueren is dan ook van belang bij het krijgen van de opdracht dan wel bij het niet gegund krijgen van de opdracht. Om inzichtelijk te krijgen waarom een opdracht niet gegund is kan de inschrijver het verzoek doen om de redenen van afwijzing in vergelijking met de winnende inschrijver. Dit kan schriftelijk of mogelijk via een persoonlijk gesprek. Hieruit kan vervolgens opgemaakt worden of het aanbestedingstraject volgens de juiste juridische aanbestedingsregels is verlopen en of er gerechtelijke maatregelen gewenst zijn, daarnaast kunnen eventuele verbeterpunten voor de inschrijver aan bod komen. Het meenemen van deze ervaringen in een volgende inschrijving kan leiden tot een verbetering van het proces.

¹⁰⁰ Artikelen. 45, 47 BAO

¹⁰¹ Artikelen 49,50,51 juncto 52 BAO

¹⁰² Artikel 54 BAO

Het is mogelijk dat tijdens de evaluatie, of misschien al tijdens de procedure, de inschrijver constateert dat de aanbesteding niet volgens de wet- en regelgeving verloopt. In het Nederlandse recht staat dan de gang naar de burgerlijke rechter open. Om de inschrijver de mogelijkheid te geven om gerechtelijke stappen te ondernemen is de aanbestedende dienst verplicht een stand-still termijn op te nemen van minimaal 15 dagen.¹⁰³ Om te voorkomen dat de inschrijver het beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard is van belang om een proactieve houding te kunnen aantonen in de aanbestedingsprocedure door bijvoorbeeld vragen te stellen aan de aanbestedende dienst.¹⁰⁴

6.3. Aanbevelingen voor de praktijk

Specifiek naar voren gekomen in de praktijk is dat het naast het juridisch correct doorlopen van het aanbestedingstraject van belang is om bepaalde aspecten mee te nemen in het aanbestedingstraject om te komen tot een kansrijke inschrijving.

Een goede relatie tussen de inschrijver en de aanbestedende dienst blijkt mee te wegen in de mate van kans op gunning bij het inschrijven op een aanbesteding. Deze relatie speelt mee in zowel de voorfase bij het duidelijk krijgen van de opdracht, de inschrijvingsfase, het toepassen van de kennis over de aanbestedende dienst, als wel de evaluatiefase, het opbouwen en onderhouden van een relatie. Daarnaast is gebleken dat kennis en ervaring bij de inschrijver meespelen bij het doorlopen en succesvol afronden van het aanbestedingstraject. De aanbestedingsmarkt is groot en nog steeds groeiende in de huidige tijd. De strenge eisen en de concurrerende partijen die op de hoogte zijn van het juist doorlopen van een aanbestedingstraject zorgen ervoor dat fouten maken onherroepelijk leidt tot het verliezen van de aanbesteding.

Het gehele aanbestedingsrecht is geregeld in verschillende Europese en nationale wet- en regelgeving, echter wordt het aanbestedingsrecht veelal bepaald door de praktijk. Bij het inschrijven op een aanbesteding moet dus altijd in het achterhoofd gehouden worden dat er naast de juridische vereisten overige (subjectieve) factoren een rol spelen, ook al is het aanbestedingsrecht bedoeld om dit te voorkomen.

Kort gezegd: weet wat gevraagd wordt, doe dan vervolgens ook precies wat gevraagd wordt en zorg er voor dat de inschrijving er op een positieve manier uit springt. Dit is per aanbesteding, aanbestedende dienst, en inschrijver verschillend.

¹⁰³ Volgend uit de uitspraak in de zaak: HvJEG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, Alcatel

¹⁰⁴ Volgend uit de uitspraak in de zaak: HvJEG, 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann

LITERATUURLIJST

Geraadpleegde literatuur

Baarda, De Goede en Teunissen 2005

D.B. Baarda, M.P.M. de Goede, J. Teunissen, *Basisboek Kwalitatief Onderzoek. Handleiding voor het opzetten en uitvoeren van kwalitatief onderzoek*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2005, tweede druk.

Dukes 2007

M. Dukes, *Europees aanbesteden. Nieuwe kansen, nieuwe prijzen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Pisuisse, Teubner 2005

Pisuisse, Teubner, *Elementair Europees gemeenschapsrecht*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2005, zesde druk.

Goorden 2003

C.P.J. Goorden, *Algemeen bestuursrecht compact*, Den Haag: Elsevier juridisch 2003, vierde druk.

Grit 2005

R. Grit, *Projectmanagement. Projectmatig werken in de praktijk*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2005.

Leidraad voor juridische auteurs 2004

Leidraad voor juridische auteurs. Voetnoten, bronvermeldingen, literatuurlijsten en afkortingen in Nederlandse publicaties, Deventer: Kluwer 2004, vierde druk.

Pijnacker Hordijk, Van der Bend, Van Nouhuys 2004

E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, derde druk.

Wieten 2004

H.L.G. Wieten, *Procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2004, tweede druk.

Regelgeving

BAO

Besluit Aanbestedingsregels Overheidsopdrachten

Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, stb. 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, stb 2005, 409

EG-verdrag

Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, verdrag van 25 maart 1957, Trb 1957, 91, laatst gewijzigd 3 oktober 2005, Trb 2006,11

Richtlijn 71/305/EEG

Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB 1971.

Richtlijn 92/50/EEG

Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, PB 1992, L 209/1, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52

Richtlijn 93/36/EEG

Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, PB 1993, L 199/1, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52.

Richtlijn 93/37/EEG

Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB 1993, L 199/54, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52.

Richtlijn 93/38/EEG

Richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, PB 1993, L 199/84, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/4.

Richtlijn 2004/17/EG

Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PB 2004, L 134/1

Richtlijn 2004/18/EG

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, PB 2004, L 134/114.

Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten PB 2007 , L 335/31

Rechtspraak

Alcatel

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 28 oktober 1999, C-81/98

Amphia ziekenhuis

Hoge Raad 1 juni 2007, LJN AZ 9872,

Grossmann

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 12 februari 2004, C-230/02

Jeroen Bosch Ziekenhuis

Rechtbank s'-Hertogenbosch 13 februari 2009, LJN: BH3620 , Retara Interieurwerken tegen het Jeroen Bosch Ziekenhuis

Stadt Hall

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 11 januari 2005, C-107/98

Teckal

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 18 november 1999, C-107/98

Rapporten

Appeldoorn 2007

M. Appeldoorn, *Notitie Europees aanbesteden*, Rapport van Appeldoorn Tendermanagement, Tilburg: 2007.

Appeldoorn 2005

M. Appeldoorn, *Inschrijven op Europese aanbestedingen; de basis!, verkorte handleiding 'Europees aanbesteden'*, Rapport van Appeldoorn Tendermanagement, Tilburg: 2005.

Gemeente Utrecht 1999

Gemeente Utrecht, *Nota aanbestedingsbeleid* 1999. Rapport van gemeente Utrecht: 1999

De Groene 2008

M. De Groene, *Toekomstverwachtingen nieuwe aanbestedingswet. Van voorstel naar praktijk*, Tilburg 2008

Juridische Hogeschool Avans- Fontys 2008

Juridische Hogeschool Avans-Fontys, *Competentieboek E3 en E4, Afstuderen*, Juridische Hogeschool Avans-Fontys, samenstellers: B. Kratsborn, J. Pop, R. Masselink; editie nummer 6, juni 2008 vs 8.

Internetbronnen¹⁰⁵

Aanbestedingen Online©: 2004
<www.aanbestedingenonline.nl>

Appeldoorn Tendermanagement Tilburg: 2008
<www.appeldoortm.nl>

Eur-lex
Het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, kortweg het Publicatiebureau, Europese Gemeenschappen©: 1995-2009 <www.eur-lex.eu>

Europa, Europese Gemeenschappen©: 1995-2009
<www.europa.eu>

Europa Decentraal Copyright©: 2009 Kenniscentrum Europa decentraal
<www.europadecentraal.nl/>

Europeseaanbestedingen, G. Geertseman
<www.europeseaanbestedingen.eu>

Gemeente.nu
M. Uding, I. Hartendorp, uitgave van Elsevier Overheid, onderdeel van Reed Business bv, Amsterdam: 2009 <www.gemeente.nu.nl>

Leidraadaanbesteden, Regieraad Bouw, Gouda: 2009
<www.leidraadaanbesteden.nl>

Ministerie van Economische Zaken, Directie Communicatie: 2009
<www.ez.nl/>

Overheid, Antwoord©: 2009
<www.overheid.nl>

PIANOO, PIANOO Expertisecentrum Aanbesteden, Den Haag: 2008
<www.pianoo.nl>

Raad van Arbitrage
<www.raadvanarbitrage.nl>

De Rechtspraak: 2009
<rechtspraak.nl/default.htm>

Tenderselekt, Reed Business bv©, Doetinchem: 2007
<www.tenderselekt.nl>

TED, Tenders Electronic Daily
<ted.europa.eu/Exec?Template=TED/editorial_page.htm&DataFlow=ShowPage.dfl&StatLang=NL>

¹⁰⁵ Geraadpleegd in de periode tussen februari 2009 en mei 2009 en gecontroleerd in mei 2009

BIJLAGEN

1.	<i>Europese drempelbedragen</i>	<i>pagina 2</i>
2.	<i>Onderzoeksplan</i>	<i>pagina 3</i>
3.	<i>Lijst van aanbestedende diensten</i>	<i>pagina 21</i>
4.	<i>Lijst van publiekrechtelijke instellingen</i>	<i>pagina 25</i>
5.	<i>Uitwerking interviews</i>	<i>pagina 29</i>

FIGUREN

<i>FIGUUR 1: VAN ONDERZOEK NAAR SCRIPTIE NAAR NOTITIE</i>	<i>10</i>
<i>FIGUUR 2: TENDER-VERKOOPMODEL(C)</i>	<i>11</i>
<i>FIGUUR 3: JURIDISCH KADER (EUROPEES) AANBESTEDINGSRECHT</i>	<i>12</i>
<i>FIGUUR 4: EUROPEES / NATIONAAL AANBESTEDEN</i>	<i>15</i>
<i>FIGUUR 5: NOTITIE (EUROPEES) AANBESTEDEN</i>	<i>17</i>
<i>FIGUUR 6: ONDERZOEK (EUROPEES) AANBESTEDEN</i>	<i>18</i>
<i>FIGUUR 7: TENDER-VERKOOPMODEL(C)</i>	<i>19</i>
<i>FIGUUR 8: START FASES IN EEN AANBESTEDINGSTRAJECT</i>	<i>26</i>
<i>FIGUUR 9: VERSIMPELDE WEERGAVE VAN DE DREMPELBEDRAGEN 2008-2009</i>	<i>28</i>
<i>FIGUUR 10: SELECTIE EN GUNNING</i>	<i>36</i>
<i>FIGUUR 11: DE INSCHRIJVINGSFASE</i>	<i>40</i>
<i>FIGUUR 12: PROCES VAN DE EVALUATIEFASE</i>	<i>41</i>
<i>FIGUUR 13 KORT GEDING</i>	<i>44</i>
<i>FIGUUR 14: KANSRIJK INSCHRIJVEN</i>	<i>50</i>

(Europese) Aanbestedingen

In drie stappen naar een kansrijke inschrijving!

Marissa Willemse, Tilburg, juni 2009

(Europese) Aanbestedingen

In drie stappen naar een kansrijke inschrijving!

Marissa Willemse, Tilburg, juni 2009

Naam student:	Marissa Willemse
Studentnummer:	009962770
Stageverlener:	Appeldoorn Tendermanagement
Afstudeermentor:	De heer mr. M.L. Appeldoorn
Opleiding:	HBO-Rechten
Instelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg
1 ^o afstudeerdocent:	De heer mr. P. van Harten
2 ^o afstudeerdocent:	Mevrouw mr. T. Wielders
Stageperiode:	februari 2009 - mei 2009
Publicatie:	juni 2009

VOORWOORD

In september 2005 ben ik begonnen met de studie HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Na drie en een half jaar gestudeerd te hebben ga ik de opleiding afsluiten met een stage bij Appeldoorn Tendermanagement en een voor deze organisatie geschreven scriptie.

Tijdens het solliciteren naar een stageplaats was het duidelijk dat Appeldoorn Tendermanagement de aangewezen plaats was voor het afronden van mijn studie. Met een inhoudelijk interessant (Europees) aanbestedingsrechtelijk onderwerp en goede begeleiding vanuit deze organisatie boden zij de meeste mogelijkheden.

Bij deze scriptie is een dankwoord aan de Juridische Hogeschool zeker op zijn plaats. Voor het vormgeven aan de opleiding HBO-Rechten en voor de geboden inhoudelijke en praktijkgerichte kwaliteit van het onderwijs.

Tijdens het afstuderen heeft de Juridische Hogeschool mij met raad en daad bijgestaan door middel van de afstudeercommissie bestaande uit: mevrouw R. Masselink tot februari 2009, mevrouw W.G. van den Bosch, mevrouw S.A. Ansems en mevrouw J. Pop.

Direct inhoudelijke betrokken bij het schrijven van deze scriptie waren de heer P. van Harten als eerste afstudeerdocent en mevrouw T. Wielders als tweede afstudeerdocent welke mij de nodige verrassende feedback hebben gegeven.

Voor een toegevoegde waarde aan het theoretische gedeelte van deze scriptie heb ik gebruik gemaakt van meerdere diepte interviews met betrokken personen bij het inschrijvingstraject van verschillende organisaties. Hen wil ik bedanken voor de genomen moeite en de vernieuwende en verfrissende inzichten in het aanbestedingstraject vanuit de inschrijvende kant.

Als laatste gaat mijn dank uit naar de organisatie die het voor mij mogelijk heeft gemaakt om mijn scriptie te schrijven: Appeldoorn Tendermanagement. De altijd vriendelijke Harry Smulders, waar ik veel van heb geleerd, en nog kan leren met betrekking tot projectmatig inzicht, Marjolijn van Riel en Guyonne Bruinsma, waar ik al mijn vragen en verhalen kwijt kon, Floris van der Heijden die altijd tijd had om vragen te beantwoorden en mee te denken over verschillende onderwerpen, Tim Slotboom welke samen met mij meedacht over de invulling van het onderzoek en specifiek mijn afstudeermentor Michiel Appeldoorn, met kritische feedback is de scriptie geworden tot wat hij is. Bedankt voor deze feedback, de mogelijkheid om het aanbestedingsrecht te onderzoeken en te ondervinden en voor je geduld.

Met deze scriptie hoop ik u nieuwe en interessante informatie te geven. Ik wens u veel plezier bij het lezen.

Marissa Willemse
Mei 2009

SAMENVATTING

Deze scriptie bevat een onderzoek naar hoe een gegadigde op juridisch correcte wijze een inschrijvingsproces voor (Europese) aanbestedingen voor leveringen of diensten doorloopt en welke overige (subjectieve) factoren bepalen of een inschrijving kansrijk is.

Dit onderzoek is gebaseerd op informatie verkregen uit verschillende literatuur, wet- en regelgeving, jurisprudentie en ervaringen opgedaan uit de praktijk alsmede ervaringen van betrokken personen bij aanbestedingstrajecten.

(Europees) aanbesteden is een inkoopmethode voor (semi)overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde.

Op Europees niveau is aanbesteden geregeld via de aanbestedingsrichtlijnen 2004/18/EG voor werken, diensten en leveringen en richtlijn 2004/17/EG voor opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

Deze Richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd middels respectievelijk het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO) en het Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren (BASS).

In het BAO is in artikel 1 lid r juncto artikel 1 lid q het begrip aanbestedende dienst (semi) overheid gedefinieerd als een staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

Wanneer een opdracht van een aanbestedende dienst boven een bepaalde waarde, de zogenoemde drempelbedragen, komt, dan is deze verplicht de opdracht aan te besteden volgens de Europese wet- en regelgeving. Voor opdrachten onder de Europese drempelbedragen is geen wettelijke basis. In Nederland is het vooralsnog zo dat er lokaal beleid omtrent inkopen en aanbesteden ingesteld kan worden. Vaak treft de omschreven wijze van aanbesteden in een dergelijk lokaal beleid vele gelijkenissen met het Europees aanbestedingsrecht.

Appeldoorn Tendermanagement onderscheidt in een aanbestedingstraject drie fases: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase. De voorfase is de fase voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging tot opdracht waarin betrokken partijen voorbereidingen kunnen treffen. De inschrijvingsfase start op het moment van de publicatie van de aanbesteding en eindigt op het moment dat de inschrijvingstermijn verloopt. Na het sluiten van de inschrijvingsfase begint de evaluatiefase waarin de aanbestedende dienst en de inschrijver gezamenlijk of intern kunnen evalueren.

De meeste gebruikte procedures voor een aanbesteding zijn de openbare en de niet-openbare procedure. Beide procedures verlopen volgens dezelfde stappen met enig verschil dat de niet-openbare procedure uit twee verschillende fases bestaat. Een inschrijver moet allereerst geselecteerd worden waarna deze een uitnodiging zal krijgen om in te schrijven op de aanbesteding. Na het indienen van de inschrijving beoordeelt de aanbestedende dienst de inschrijvingen aan de hand van vooraf vastgestelde gunningscriteria.

Om te komen tot een kansrijke inschrijving is het voor een inschrijver van belang te voldoen aan de eisen en wensen van de aanbestedende dienst welke vaak kenbaar worden gemaakt in de aanbestedingsdocumentatie. Op het moment dat een inschrijver aan alle juridische eisen heeft voldaan en aan de hand van de gunningscriteria de beste aanbieding doet, (de meeste punten scoort aan de hand van de eisen en wensen van de aanbestedende dienst) dan zal deze de opdracht gegund krijgen.

Leeswijzer

(Europees) Aanbesteden

“Een inkoopmethode voor (semi) overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde.

Europese aanbestedingen zijn opdrachten met een waarde boven de drempelbedragen en daarom verplicht zijn om volgens de Europese regelgeving te worden aanbesteed. Opdrachten onder de drempelbedragen hoeven niet verplicht te worden aanbesteed volgens de Europese regelgeving, maar vaak is er een nationaal of lokaal beleid om dit te reguleren. Per lidstaat kan dit verschillen.

In het onderzoek wordt met de term aanbesteden zowel Nationaal aanbesteden (aanbesteden onder de Europese drempelbedragen) alsmede Europees aanbesteden bedoeld, mitst de context specifiek vraagt om een vernoeming als het gaat om Europees of Nationaal aanbesteden. Reden hiervoor is het feit dat Nationaal aanbesteden vele gelijkenissen toont met Europees aanbesteden.

Aanbestedende dienst

De staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

Aanbestedingsdocumentatie

Alle documentatie van de aanbestedende dienst die verband houdt met de aanbesteding.

Aanbestedingstraject

In dit onderzoek wordt met aanbestedingstraject bedoeld alles rondom aanbesteden. De gehele fase waarin aanbesteden een rol speelt. Daaronder zijn nog drie verschillende aanbestedingsfase te onderscheiden: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase.

Aanbestedingsplichtige opdracht

Opdracht van een aanbestedende dienst met een waarde boven het Europees drempelbedrag.

Appeldoorn Tendermanagement

Appeldoorn Tendermanagement is een gespecialiseerd adviesbureau dat diverse publieke en private organisaties adviseert en traint op het gebied van (Europese) aanbestedingen.¹

Het onderzoek maakt deel uit van de stage bij Appeldoorn Tendermanagement.

Bestek

Aan de hand van het bestek kunnen gegadigden een aanbieding doen, inschrijven op de aanbesteding. Een bestek bevat dan ook alle noodzakelijke informatie om deze aanbieding te kunnen doen. Te denken valt aan een gedetailleerde omschrijving van de opdracht en informatie rondom het aanbestedingstraject.

Bezwarende titel

Een overeenkomst onder bezwarende titel houdt in dat voor een aanbidding partijen een min of meer gelijkwaardige tegenprestatie verschuldigd zijn.

BOPEG afkorting voor Bureau Officiële Publicaties Europese Gemeenschappen.

Het BOPEG is de uitgever van de Europese instellingen en zorgt voor de productie en verspreiding van alle officiële publicaties van de Europese Unie, op papier en in elektronische vorm. Een van de diensten van het publicatiebureau is de TED (Tender Electronic Daily).

Chinese Wall bepaling

Juridisch vereiste welke dient ter voorkoming van het handelen met voorkennis door de inschrijver in de inschrijvingsfase. Het principe is dat een adviseur die ondersteuning biedt bij het opstellen van technische specificaties alleen mee mag dingen naar de opdracht indien hij door zijn adviesfunctie geen wezenlijke voorsprong heeft verkregen op de overige aanbieders, of dat deze aanbieders over dezelfde informatie moeten kunnen beschikken.²

¹ Appeldoorn Tendermanagement; ‘over atm’ <www.appeldoorn.nl/algemeen.html>

² Kenniscentrum Europa Decentraal, Factsheet ‘Aandachtspunten aanbesteden en staatssteun bij gebiedsontwikkeling’; oktober 2007

CPV afkorting voor Common Procurement Vocabulary

Het CPV is een classificatiesysteem voor overheidsopdrachten en geldt binnen de hele Europese Unie. Bij de aankondiging van een overheidsopdracht moet de aanbestedende dienst zijn opdracht coderen aan de hand van de CPV codes. Ieder product of dienst is gerelateerd aan een CPV code. Doordat alle aanbestedende diensten binnen de EU dezelfde CPV codes gebruiken, worden taalbarrières opgeheven en kan een onderneming makkelijk de overheidsopdrachten herkennen die voor hem interessant zijn.

Op 28 november 2007 heeft de Europese Commissie een verordening³ aangenomen waarmee de CPV codes zijn gewijzigd.

Directe werking

Wanneer een besluit directe werking heeft betekent dit dat een particulier of rechtspersoon zich kan beroepen bij de rechter op bepalingen van het besluit tegen de staat of een andere particulier.

Drempelbedrag

Opdrachten met een waarde boven de drempelbedragen zijn door Europa verplicht gesteld om Europees aan te besteden. In bijlage 1 is een overzicht opgenomen van alle nu geldende drempelbedragen. Deze worden namelijk tweejaarlijks vastgesteld.

EG-verdrag

De officiële benaming voor het EG-verdrag is het verdrag betreffende de Europese Unie, publicatieblad nummer C 191 van 29 juli 1992. Het EG-verdrag is in Maastricht ondertekend en inwerking getreden op 1 november 1993. In het EG-verdrag is de oprichting van de Europese Unie uitgewerkt.

EMVI, afkorting van economisch meest voordelige inschrijving

Voor het gunnen van een aanbesteding zijn twee gunningscriteria mogelijk: laagste prijs of EMVI. Bij EMVI moet er sprake zijn van een afweging tussen kwaliteit en laagste prijs. Hiervoor mag de aanbestedende dienst zelf een aantal beoordelingsgronden opstellen.⁴

GPA, afkorting van Agreement on Government Procurement.⁵

Het GPA is een verdrag welke regelingen bevat omtrent overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Het GPA is gebaseerd op de principes van openheid, transparantie en non-discriminatie, die van toepassing zijn op partijen bij aanbestedingszaken vallend onder de overeenkomst, ten gunste van de partijen en hun leveranciers, goederen en diensten.⁶ De regeling is bindend voor alle partijen, momenteel 153 landen, van de WTO.

Gunning

Gunning houdt in dat de aanbesteding wordt toegewezen aan een inschrijver.

<www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/praktijk/Factsheet_PPS_def_webversie_okt07.

Pdf>

³ Europese verordening nummer 213/2008 ter vervanging van EG-verordening nummer 2195/2002.

PB L 74/115 maart 2008, inwerking per 15 september 2008

<eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:074:0001:0375:NL:PDF>

⁴ Artikel 54 BAO

⁵ World Trade Organisation, *The plurilateral agreement on government procurement (GPA)*

<www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm>

⁶ Pianoo, 'Government Procurement

Agreement'<http://www.pianoo.nl/Wet_en_regelgeving/Wetten/Europese_richtlijnen_en_verdragen/Government_Procurement_Agreement_GPA>

IIb diensten

Bij de aanbesteding van diensten bestaat een onderverdeling tussen diensten waarbij het volledige regime van de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing is (IIa) en diensten waarbij slechts een zeer beperkt gedeelte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (IIb) van toepassing is. De IIb diensten zijn aangemerkt als diensten die geen bijdrage leveren aan de eenwording van de interne markt omdat de diensten door nationale dienstverleners (moeten) worden uitgevoerd. Bij IIb diensten is het alleen verplicht om de gunning te publiceren en de algemene regels van het EG-verdrag en de regels van technische specificatie in acht te nemen.

De onderverdeling is neergelegd in de richtlijn zelf en is in het BAO uitgewerkt in twee bijlagen (IIa en IIb), waarin verschillende categorieën van diensten zijn opgesomd.⁷

Implementeren

Zie het begrip richtlijn.

Inbesteden

Wanneer een opdracht wordt uitgevoerd binnen de eigen organisatie van een aanbestedende dienst, dan hoeft deze niet verplicht te worden aanbesteed, maar wordt gesproken over inbesteden. Bij inbesteden vervalt de aanbestedingsverplichting mits aan de voorwaarden wordt voldaan dat er sprake is van een gezagsstructuur en een bepaalde mate van toezicht van de aanbestedende dienst op de uitvoerende organisatie.

Inschrijver (aanbieder, gegadigde, inschrijver)

Alvorens te komen tot een inschrijver zijn er een aantal voorgaande fases waarin een inschrijver met een andere term wordt aangeduid. Een ondernemer welke voorafgaand aan het bekend worden van de aanbesteding hierin geïnteresseerd is om eventueel op in te schrijver wordt gegadigde genoemd. Vervolgens wordt de ondernemer/de gegadigde die zijn producten of diensten aanbiedt aan de hand van de aanbesteding aanbieder genoemd. Op het moment dat de ondernemer zijn inschrijvingsdocument inlevert bij de aanbieder wordt gesproken van een inschrijver. In verband met de leesbaarheid en eventuele onduidelijkheid wordt in dit onderzoek met de term inschrijver zowel aanbieder, gegadigde als de daadwerkelijk inschrijvende onderneming bedoeld mits de context vraagt om een specifieke benaming.

Marktconsultatie

Een publieke marktconsultatie is een door een publieke partij georganiseerde informatie-uitwisseling met belanghebbende partijen over een voorgenomen project, mede aan de hand waarvan die publieke partij de haalbaarheid van en de randvoorwaarden voor dat project vaststelt, en waarvan de resultaten openbaar zullen worden gemaakt.⁸ Een marktconsultatie kan ook informeel plaats vinden. Dit kan op initiatief van de inschrijver en de marktconsultatie wordt dan niet gepubliceerd.

Nota van Inlichtingen

Na het publiceren van de aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst hebben gegadigde de mogelijkheid om vragen te stellen over de opdracht. Alle antwoorden op deze vragen zijn te vinden in de Nota van Inlichtingen welke voor alle gegadigden openbaar wordt gemaakt.

Nutssectoren / Speciale Sectoren

Met het begrip nutssectoren wordt in de aanbestedingspraktijk vaak hetzelfde bedoeld als de speciale sectoren. Een speciale sector bedrijfs is een overheidsbedrijf of een bedrijf of instelling waaraan door de overheid een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend indien deze aan één van de in de artikelen 2 tot en met 7 BASS genoemde activiteiten uitoefent. Voorbeelden hiervan zijn aanbieders van gas of warmte, elektriciteit, drinkwater en openbaar vervoer of havens of postdiensten.

⁷ Pianoo, '2. Wat moet ik weten over aanbesteden'

<<http://metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn2/antwoord8-2.html>>

⁸ Ministerie van Financiële Zaken, *Marktconsultatie: een dialoog tussen markt en overheid'*

<www.minfin.nl/dsresource?objectid=minfinbeheer:28448&versionid=&subobjectname=>>

PIANOO

Voluit PIANOO Expertisecentrum Aanbesteden. Dit is een netwerkorganisatie voor overheidsopdrachtgevers. PIANOO is een onderdeel van het Ministerie van Economische Zaken en heeft als functie het bieden van informatie, advies en praktische tips aan iedereen die zich bij de publieke sector bezig houdt met het inkopen en aanbesteden van werken, leveringen en diensten.⁹

Publiekrechtelijke instelling

Het begrip publiekrechtelijke instelling is gedefinieerd in artikel 1 lid q BAO. Kort gezegd worden hiermee instellingen bedoeld die zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang niet zijnde van industriële of commerciële aard, rechtspersoonlijkheid hebben en waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de staat of zijn territoriale lichamen worden gefinancierd.

Richtlijn

Een richtlijn is een bindend besluit van de Europese Unie met verplicht na te leven regels voor de lidstaten. Een richtlijn wordt uitgevaardigd door de Raad van Ministers vaak tezamen met het Europees Parlement of door de Europese Commissie. De resultaten liggen vast, maar lidstaten mogen zelf beslissen over de uitvoering ervan. Een richtlijn moet geïmplementeerd/omgezet worden naar Nationaal recht. Iedere lidstaat moet zelf aan de hand van de richtlijn zorgen dat de bepalingen uit de richtlijn opgenomen worden in de wet- en regelgeving. Een richtlijn heeft in beginsel geen directe werking. Men kan zich beroepen op de richtlijn wanneer deze is geïmplementeerd in nationaal recht.¹⁰

Op dit moment gelden in het aanbestedingsrecht de richtlijnen 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, PB 2004, L 134/114, ook wel de Algemene Richtlijn genoemd en de richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PB 2004, L 134/1 ook wel de Richtlijn Nutssectoren genoemd.

Stand-still termijn

Voortgekomen uit het Alcatel arrest en opgenomen in artikel 55 lid 2 BAO. De inschrijver wordt de mogelijkheid gegeven om binnen een redelijke termijn van minimaal 15 dagen in beroep te gaan tegen een besluit van de aanbestedende dienst. Deze termijn begint te lopen na het kenbaar maken (verplicht voor de aanbestedende dienst) van het voornemen tot gunning.

TED afkorting voor Tenders Electronic Daily

TED is de online versie van het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie, bestemd voor Europese openbare aanbestedingen.¹¹

Tender-verkoopmodel©

Appeldoorn Tendermanagement hanteert bij een aanbestedingstraject drie fases: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase. De voorfase is de fase voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging tot opdracht en geeft partijen de mogelijkheid de nodige voorbereidingen te treffen. De inschrijvingsfase staat in het teken van het inschrijven op de aanbesteding door ondernemers en start op het moment van de publicatie van de aankondiging tot opdracht en eindigt bij het sluiten van de inschrijvingsfase waarop de evaluatiefase volgt waarin de aanbestedende dienst en de inschrijver de mogelijkheid hebben om alleen dan wel gezamenlijk de aanbestedingsprocedure te evalueren.

VOG afkorting van verklaring omtrent gedrag

Deze verklaring wordt afgegeven door het Ministerie van Justitie en geldt als aantoonbaar bewijs voor de aanbestedende dienst dat een inschrijver aan een aantal uitsluitingscriteria wordt voldaan.

⁹ <www.pianoo.nl/>

¹⁰ Europa NU, *Richtlijn*, <www.europa-nu.nl/9353000/1/j9vvh6nf08temv0/vh7bhovynh7>

¹¹ Nederlands talige online versie TED:

<ted.europa.eu/Exec?Template=TED/editorial_page.htm&DataFlow=ShowPage.dfl&StatLang=NL>

INHOUDSOPGAVE

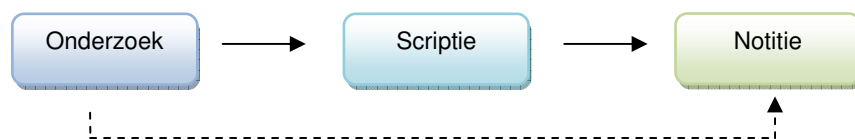
VOORWOORD	2
SAMENVATTING	3
LEESWIJZER	4
1. INLEIDING	10
1.1. DEFINITIE (EUROPEES) AANBESTEDEN	11
1.2. HISTORIE	11
1.2.1. JURIDISCH KADER	11
1.2.2. RECHTSBEGINSELEN	14
1.3. EUROPEES VS. NATIONAAL AANBESTEDEN	15
1.4. AANBESTEDEN IN DE PRAKTIJK	16
1.5. METHODIEK	17
1.5.1. DOELSTELLING	17
1.5.2. RANDVOORWAARDEN	18
1.5.3. METHODIEK VAN ONDERZOEK	18
2. “DE VOORFASE”	19
2.1. BETROKKEN PARTIJEN	19
2.1.1. DE OVERHEID	19
2.1.2. DE INSCHRIJVER	21
2.2. VOORBEREIDINGEN IN DE VOORFASE	21
2.2.1. DE AANBESTEDENDE DIENST IN DE VOORFASE	21
2.2.2. DE INSCHRIJVER IN DE VOORFASE	22
2.3. SAMENVATTING	24
3. “DE INSCHRIJVINGSFASE”	26
3.1. AANBESTEDINGSPLICHTIGE OPDRACHT	26
3.1.1. UITZONDERINGEN	27
3.2. DREMPELBEDRAGEN	28
3.2.1. SPLITSINGSVERBOD	29
3.2.2. LOOPTIJD	29
3.2.3. VERLENGING	29
3.3. AANBESTEDINGSPROCEDURES	30
3.3.1. DE OPENBARE PROCEDURE	30
3.3.2. DE NIET-OPENBARE PROCEDURE	31
3.3.3. CONCURRENTIEGERICHTE DIALOOG	32
3.3.4. PROCEDURE VAN GUNNING VIA ONDERHANDELINGEN (MET OF ZONDER AANKONDIGING)	32
3.3.5. PRIJSVRAAG VOOR ONTWERPEN	32
3.3.6. DYNAMISCH AANKOOPSYSTEEM	33
3.3.7. RAAMOVEREENKOMSTEN	33

3.4. START VAN DE AANBESTEDINGSPROCEDURE	33
3.4.1. DE AANKONDIGING	34
3.4.2. VRAGENRONDE	34
3.4.3. NOTA VAN INLICHTINGEN	35
3.5. SELECTEREN EN GUNNEN	35
3.5.1. SELECTIECRITERIA.	36
3.5.2. GUNNINGSCRITERIA	38
3.6. SAMENVATTING	39
 4. “DE EVALUATIEFASE”	 41
 4.1. DE GUNNING	 41
4.2. JURIDISCH KADER RECHTSBESCHERMING	42
4.2.1. RECHTSBESCHERMING OP EUROPEES NIVEAU	42
4.2.2. RECHTSBESCHERMING OP NATIONAAL NIVEAU	43
4.3. RECHTSBESCHERMING IN DE DAGELIJKSE PRAKTIJK	43
4.3.1. BEROEP	44
4.3.2. BEZWAAR	45
4.4. DE EVALUATIE VAN HET AANBESTEDINGSTRAJECT	45
4.5. SAMENVATTING	46
 5. KANSRIJK INSCHRIJVEN	 47
 5.1. ONDERZOEKSONDERBOUWING HOOFDSTUK 5	 47
5.2. ALGEMENE TIPS EN ADVIEZEN	47
5.3. TIPS EN ADVIEZEN BIJ DE VOORFASE	48
5.4. TIPS EN ADVIEZEN BIJ DE INSCHRIJVINGSFASE	48
5.5. TIPS EN ADVIEZEN BIJ DE EVALUATIEFASE	48
5.6. SAMENVATTING	49
 6. CONCLUSIE	 51
 6.1. INVLOED VAN HET JURIDISCH KADER OP HET AANBESTEDINGSTRAJECT	 51
6.2. KANSRIJK INSCHRIJVEN BINNEN DE AANBESTEDINGSREGELS	52
6.2.1. INVLOED VOORFASE OP KANSRIJK INSCHRIJVEN	52
6.2.2. INVLOED INSCHRIJVINGSFASE OP KANSRIJK INSCHRIJVEN	52
6.2.3. INVLOED EVALUATIEFASE OP KANSRIJK INSCHRIJVEN	53
6.3. AANBEVELINGEN VOOR DE PRAKTIJK	54
 LITERATUURLIJST	 55
 GERAADPLEEGDE LITERATUUR	 55
REGELGEVING	55
RECHTSPRAAK	57
RAPPORTEN	57
INTERNETBRONNEN	58
 BIJLAGEN	 59
 FIGUREN	 59

1. INLEIDING

Deze scriptie is een uitgebreide versie van een notitie geschreven voor Appeldoorn Tendermanagement en haar klanten met betrekking tot het juridisch correct doorlopen van een aanbestedingstraject en daarnaast het kansrijk inschrijven op een (Europese) aanbesteding.¹²

De notitie is een overzichtelijke informatiebron voor inschrijvers op aanbestedingen. Op basis van informatie verzameld via onderzoek wordt een scriptie geschreven waaruit de notitie volgt. In deze scriptie is een uitgebreide juridische onderbouwing van het aanbestedingsrecht alsmede het onderzoek naar de (subjectieve) factoren om een inschrijving kansrijk te maken opgenomen.



Figuur 1: Van onderzoek naar scriptie naar notitie

Alvorens inhoudelijk in te gaan op het aanbestedingsrecht allereerst een korte inleiding op het onderwerp (Europees) aanbesteden alsmede een samenvatting van de onderzoeksmethodiek. Vanaf hoofdstuk 2 is het onderzoek opgebouwd aan de hand van het door Appeldoorn Tendermanagement gehanteerde tender-verkoopmodel¹³ wat drie fases hanteert: de voorfase, de inschrijvingsfase en de evaluatiefase.

Het tender-verkoopmodel¹³ omvat het gehele inschrijvingsproces bij aanbestedingen in drie opeenvolgende fases:

- De voorfase;
Waarin het contact tussen inschrijver en aanbestedende dienst alsmede organisatorische voorbereiding centraal staat.
- De inschrijvingsfase;
Lopend van aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst en eindigend bij het verlopen van de inschrijvingstermijn.
- De evaluatiefase.
Analyse van eventuele succes- en faalfactoren. Deze fase staat in het teken van verbetering van het proces en voorbereidingen op een eventuele volgende inschrijving en mogelijke juridische stappen.

De theoretische kant van deze fases komt in genoemde volgorde aan bod in hoofdstuk 2 tot en met 4. Hoofdstuk 5 staat in het teken van het commerciële aandeel in het aanbestedingsproces, overige (subjectieve) factoren van invloed op een inschrijving. Gebaseerd op vorenstaande bevat hoofdstuk 6 de conclusies en aanbevelingen.

¹² Zie Leeswijzer pagina 4

¹³ Zie figuur 2: Het tender-verkoopmodel¹³



Figuur 2: Tender-verkoopmodel(c)

1.1. Definitie (Europees) aanbesteden

Enigszins verbazingwekkend, maar er is geen eenduidige en specifieke definitie van het begrip (Europees) aanbesteden. Echter, er zijn wel een aantal gebruikte definities:

- *Aanbestedingsrecht: "het geheel van rechtsregels dat het gedrag van overheidsopdrachtgevers rond de uitgifte van opdrachten voor het uitvoeren van werken, het leveren van producten en het verrichten van diensten normeert."*¹⁴
- *Aanbesteden (inkopen) is het proces dat vooraf gaat aan het verstrekken van een opdracht aan een derde voor de uitvoering van werken of de levering van diensten of producten.*¹⁵
- *Aanbesteden is elk proces dat leidt tot een factuur.*¹⁶

Kortom, aanbesteden is het plaatsten van een opdracht conform Europese en Nationale wet- en regelgeving door (semi)overheden waarop een dienstverlener of een leverancier in kan schrijven met als doel de interne markt, in- en verkoop van diensten, leveringen en werken, te stimuleren. In het onderzoek wordt de volgende definitie gehanteerd:

Europees aanbesteden: "een inkoopmethode voor (semi)overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde."

1.2. Historie

Ter uitwerking van de historie in deze paragraaf een verdieping van het algemene juridisch kader omtrent (Europees) aanbesteden en de hieraan gelieerde aspecten.

1.2.1. Juridisch kader

Internationale wet- en regelgeving

Op 1 januari 1995 is in Genève door ondertekening van 23 landen de World Trade Organisation (WTO) opgericht¹⁷. Het WTO is de opvolger van de General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Een van de doelstellingen is het stimuleren van de (internationale) handel. Het WTO omvat 95% van de wereldhandel en inmiddels zijn 153 landen¹⁸ lid van de WTO. In het kader van het WTO is op 1 januari 1996 het Agreement on Government Procurement in werking getreden (GPA).

¹⁴ Pijnacker Hordijk en anderen 2004, pagina 1

¹⁵ Nota aanbestedingsbeleid gemeente Utrecht 1999

¹⁶ Nota aanbestedingsbeleid gemeente Utrecht 1999

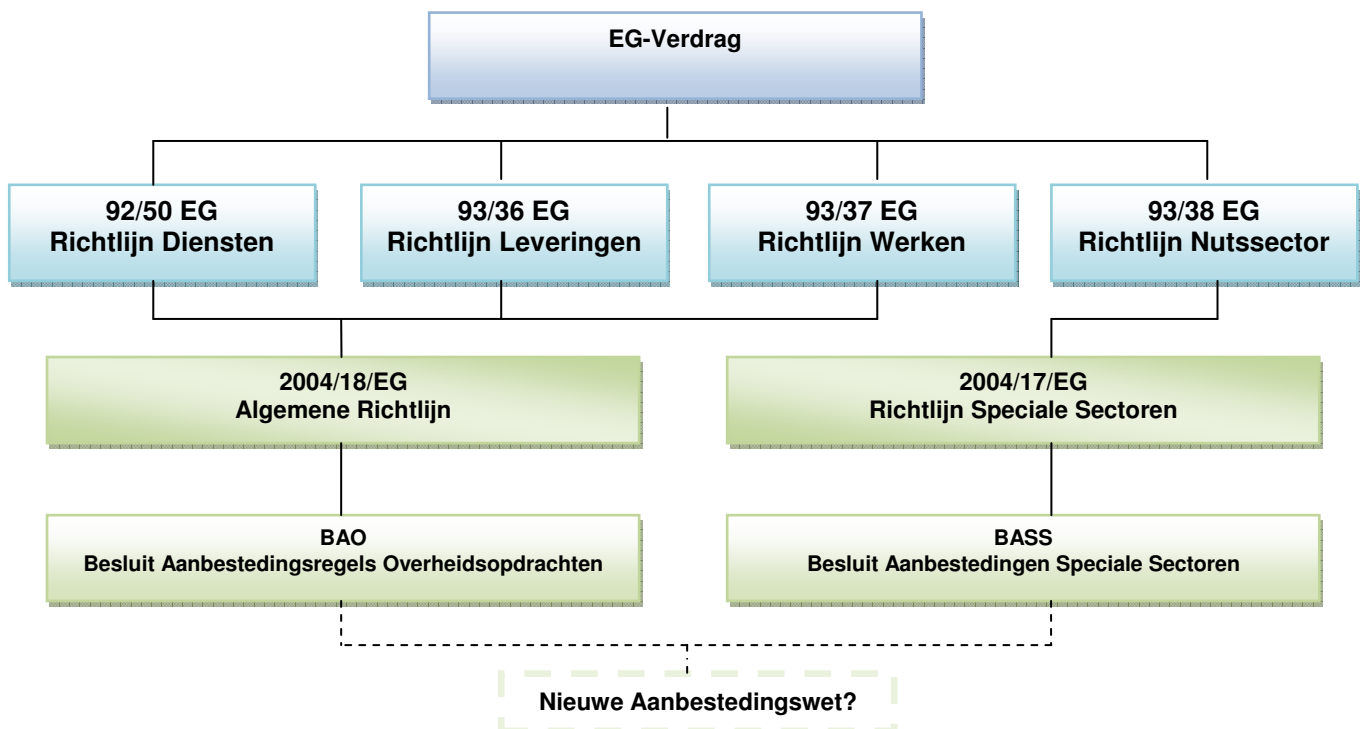
¹⁷ Uruguay Round negotiations (1986-94) Geneve 1 januari 1996

¹⁸ Geldend op 23 juli 2008

Het GPA regelt overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en dient te worden toegepast door de partijen waaronder de Europese Unie, maar heeft geen directe werking hetgeen betekent dat burgers zich niet rechtstreeks bij de rechter kunnen beroepen om bepalingen uit het GPA. Hiervoor is implementatie, omzetting naar Nationaal recht, vereist.¹⁹

Ter volledigheid wordt in verband met aanbesteden de Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) genoemd. Deze is in 1961 in Parijs opgericht en is een samenwerkingsverband tussen 30 lidstaten waaronder Nederland. Het OECD heeft regelgeving opgesteld onder andere ter voorkoming van concurrentiebeperkende maatregelen en ter bevordering van de internationale handel. Deze regelgeving is niet bindend, maar iedere lidstaat heeft een Nationaal Contact Punt (NCP) die zorg dient te dragen voor het bevorderen van het naleven van de regelgeving.

Europese wet- en regelgeving



Figuur 3: Juridisch kader (Europees) aanbestedingsrecht

De Europese Unie (EU) heeft als doel het bevorderen van een harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele EU. Ter realisatie van deze doelstelling is er het streven naar een interne markt welke gekenmerkt wordt door de afschaffing van hinderpalen tussen de lidstaten voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal²⁰, ook wel de vier vrijheden genoemd.

¹⁹ Zie leeswijzer pagina 5 voor uitleg van de begrippen directe werking en implementatie

²⁰ Respectievelijk artikelen 23, 39, 49 en 56 (EG-Verdrag, 1958)

Het aanbestedingsrecht is een uitvloeisel van de gedachte van de interne markt. Het doel van de aanbestedingsrichtlijnen is het tot stand brengen van één transparante overheidsmarkt, waarbij ondernemingen uit de verschillende lidstaten op voet van gelijkheid op elkaars markten naar overheidsopdrachten kunnen meedingen en waarbij er sprake is van een effectieve, internationale concurrentie.²¹

Ter realisatie van de interne markt heeft de Europese Commissie onder andere aanbestedingsrichtlijnen opgesteld. De eerste richtlijn dateert van 1971.²² De complete Europese invulling van de regelgeving omtrent aanbesteden heeft plaatsgevonden middels:

- Richtlijn Diensten, richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, PB 1992, L 209/1, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52;
- Richtlijn Leveringen, richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, PB 1993, L 199/1, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52;
- Richtlijn Werken, richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 17 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB 1993, L 199/54, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52;
- Richtlijn Nutssectoren, richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, PB 1993, L 199/84, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/4.

Deze richtlijnen zijn de voorgangers van de nu geldende Europese aanbestedingsrichtlijnen²³ en sinds het in werking treden van de richtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG ingetrokken. Verwijzingen naar deze richtlijnen gelden als verwijzingen naar de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen.²⁴

Europese aanbestedingsrichtlijnen

Om het aanbestedingsrecht te uniformeren, moderniseren en te vereenvoudigen is in 2004 besloten om deze vier richtlijnen te vervangen door de richtlijn 2004/17/EG²⁵ betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, ook wel de nieuwe richtlijn Nutssectoren genoemd en richtlijn 2004/18/EG²⁶ betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, ook wel de Algemene richtlijn genoemd.

De toepassing van de richtlijnen moet zorgen voor een professioneler inkoopproces voor overheidsopdrachten.²⁷

²¹ De interne markt was het begin van Europees Aanbestedingsrecht, echter in Nederland werd openbaar aanbesteden voor de Rijksoverheid verplicht in het jaar 1815. Het doel destijds was om een doelmatig beheer van middelen en het bestrijden van corruptie bij ambtenaren te bewerkstelligen

²² Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971, PB 1971, L 185/5

²³ Zie leeswijzer pagina 7

²⁴ Pijnacker Hordijk en anderen 2004 pagina 18

²⁵ Richtlijn nr. 2004/17/EG PB L134/1

²⁶ Richtlijn nr. 2004/18/EG PB L134/114

²⁷ Overheidsopdrachten maken 16% uit van het Bruto Binnenlands Product (BBP) van de EU

Nationale wet- en regelgeving

De Europese aanbestedingsrichtlijnen hebben geen directe werking. Nederland is verplicht om de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG om te zetten naar nationale regelgeving/te implementeren. Dit is gebeurt middels het Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren (BASS)²⁸ en het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO)²⁹ welke op 1 december 2005 in werking zijn getreden.

Deze besluiten bevatten regels voor het verstrekken van opdrachten door de overheid en door bepaalde bedrijven in de nutssectoren (water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten). Het Ministerie van Economische Zaken heeft zelf de invulling gegeven aan het wettelijk kader aan de hand van de Europese aanbestedingsrichtlijn. Het BAO en het BASS kunnen gezien worden als een vertaling en uitwerking van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Er zijn concrete plannen om het gehele Nationale aanbestedingsrecht op de schop te nemen en onder te brengen in een nieuwe Aanbestedingswet. Het eerste wetsvoorstel is op 8 juli 2008 door de Eerste Kamer verworpen. Met een nieuwe Aanbestedingswet wilde het kabinet een modern wettelijk kader voor het aanbesteden maken.

Het Ministerie van Economische Zaken heeft echter op 29 april 2009 de openbare consultatie gestart betreffende het nieuwe (tweede) conceptvoorstel Aanbestedingswet. Een ieder mag voor 17 juni 2009 reageren op het nieuwe wetsvoorstel. Alle reacties worden vervolgens gebruikt bij de verdere uitwerking van het wetsvoorstel.³⁰



1.2.2. Rechtsbeginselen

Naast de wet- en regelgeving rondom aanbesteden, spelen rechtsbeginselen een cruciale rol binnen het aanbesteden. In het EG-verdrag worden de zogenoemde vier vrijheden genoemd:

- Vrij verkeer van goederen;
- Vrijheid van vestiging;
- Vrij verlenen van diensten;
- Vrijheid van kapitaal.

²⁸ Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren), *stb.* 2005, 409

²⁹ Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten), *stb.* 2004, 408

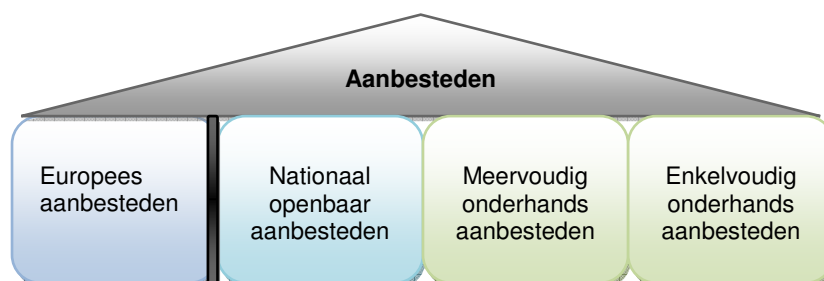
³⁰ Ministerie van Economische Zaken, *Consultatie Wetsvoorstel Aanbestedingswet*, </www.ez.nl/Onderwerpen/Huidige_economie/Aanbestedingen/Consultatie_Wetsvoorstel_Aanbestedingswet>

Op het gebied van aanbesteden zijn uit deze vier vrijheden de algemene beginselen afgeleid, welke deels zijn genoemd richtlijn 2004/18/EG en het BAO;³¹

- Het transparantiebeginsel, genoemd in artikel 2 BAO. Voor de aanbestedingspraktijk houdt dit in dat vooraf met een voor iedereen leesbare beschrijving duidelijk moet zijn wat er verwacht wordt. Beslissingen moeten duidelijk worden gemotiveerd;
- Het non-discriminatiebeginsel en gelijkheidsbeginsel, De strekking van dit beginsel is dat gelijke gevallen ook gelijk behandeld moeten worden. Het is een verbod op elke vorm discriminatie op grond van nationaliteit. Enige vorm van ongerechtvaardigd onderscheid tussen lidstaten is niet toegestaan. Opgenomen in artikel 12 EG-verdrag en artikel 2 BAO. Bij aanbestedingsprocedures houdt dit in dat een ieder op dezelfde wijze moet worden behandeld, en dat iedereen dezelfde informatie moet krijgen;
- Het proportionaliteitsbeginsel, Opgenomen in artikel 5 EG-verdrag om ervoor te zorgen dat besluiten in verhouding staan met het doel. Lidstaten zijn verplicht om het minst ingrijpende middel te kiezen. Technische specificaties, uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectie- en gunningscriteria moeten relevant zijn en in verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht.³²

De algemene beginselen houden voor een aanbestedende dienst in dat deze te allen tijde transparant, objectief en non-discriminatoire dient te handelen en daarbij geen disproportionele eisen mag stellen.

1.3. Europees vs. Nationaal aanbesteden



Figuur 4: Europees / Nationaal aanbesteden

Het initiatief voor het verplicht stellen van aanbesteden voor overheidsopdrachten van aanbestedingsplichtige diensten waarvan de waarde boven een vastgesteld bedrag komt (het drempelbedrag³³), ligt bij de Europese Unie (EU). Opdrachten beneden de Europese drempelbedragen zijn niet verplicht om Europees te worden aanbesteed, en vallen derhalve niet onder het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsregelgeving.

³¹ Richtlijn 2004/18/EG rechtsoverweging 2, BAO paragraaf 2

³² PIANOo, metrokaart; Punt 2; *wat zijn de beginselen van aanbesteden*
<metrokaart.piano.nl/antwoorden/lijn2/antwoord2-2.html>

³³ Zie bijlage 1: Europese drempelbedragen

Zowel bij Europees aanbesteden als bij Nationaal aanbesteden is het voor de aanbestedende dienst verplicht om te voldoen aan de algemene beginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. Om dit te reguleren en om een professioneel inkoopproces te waarborgen kan er lokaal beleid worden opgesteld. De nationale aanbestedingsprocedures treffen vaak vele gelijkenissen met de Europese aanbestedingsprocedures. Ook komt het in de praktijk voor dat voor een nationale aanbestedingsprocedure de Europese regelgeving (deels) van toepassing wordt verklaard door de aanbestedende dienst.

Als grenswaardes voor aanbestedingsprocedures gebruikt men in de praktijk vaak:

- Onder € 10.000 onderhandse enkelvoudige gunning;
- Tussen € 10.000 en € 90.000 meerder offertes opvragen (minimaal 3) of openbare aanbesteding via een website of regionaal dagblad;
- Boven € 90.000 tot de Europese drempelwaarde van € 211.000 openbaar aanbesteden met een publicatie op nationaal niveau via een website (bijvoorbeeld aanbestedingskalender) of in een landelijk dagblad;
- Boven de Europese drempelbedragen verplicht Europees aanbesteden.³⁴

1.4. Aanbesteden in de praktijk

Aanbesteden is een inkoopmethode voor (semi) overheden. Deze methode is verplicht voor opdrachten boven een bepaalde waarde.

In de praktijk vertaalt deze definitie zich naar de verplichting om aan te besteden voor een aanbestedende dienst, (semi) overheden, hieronder vallen:

- | | |
|-------------|--|
| Centraal: | ▪ De staat; |
| Decentraal: | ▪ Provincies; |
| | ▪ Gemeenten; |
| | ▪ Waterschappen; |
| | ▪ Publiekrechtelijke instellingen; |
| | ▪ Of een samenwerkingsverband van dezen. |

De verplichting voor een aanbestedende dienst om aan te besteden ontstaat wanneer een opdracht boven een bepaald bedrag komt, de drempelbedragen. Per verschillende overheidsopdracht gelden specifieke drempelbedragen, deze zijn opgenomen in de Europese en nationale wet- en regelgeving en worden om de twee jaar opnieuw vastgesteld.

Voor opdrachten beneden de Europese drempelbedragen³⁵ staat het decentrale overheden vrij om een eigen aanbestedingsbeleid te ontwikkelen. Een dergelijk aanbestedingsbeleid is geformuleerd vanuit het oogpunt van de publieke verantwoordelijkheid. Zij hebben namelijk de verantwoordelijkheid om op zorgvuldige wijze de gemeenschapsgelden zo doelmatig mogelijk te besteden.

Zodra een opdracht wordt aanbesteed hebben alle geïnteresseerde (grote en kleine) bedrijven de mogelijkheid om in te schrijven op de opdracht en mee te dingen naar het binnenhalen van de opdracht.

³⁴ Aanbestedingen online, <www.aanbestedingenonline.nl/?Actueel/Welke%20procedure%3F>

³⁵ Zie bijlage 1: Europese drempelbedragen

1.5. Methodiek

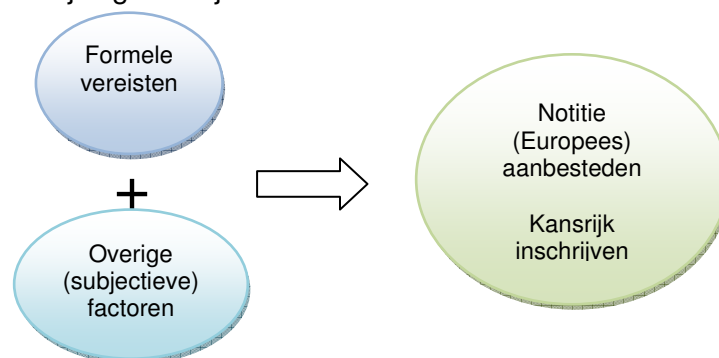
In deze paragraaf komen alle aspecten aan bod met betrekking tot de methode van onderzoek³⁶. Zoals in de inleiding reeds is aangegeven vormt deze notitie de onderzoeksonderbouwing voor de notitie welke is geschreven in opdracht van Appeldoorn Tendermanagement. Deze paragraaf bevat dan ook een tweedeling naar de scriptie en de notitie.

1.5.1. Doelstelling

Deze scriptie is geschreven vanuit de vraag van Appeldoorn Tendermanagement naar een recente notitie met inhoudelijke informatie met betrekking tot de in de praktijk meest voorkomende situaties bij het inschrijven op (Europese) aanbestedingen voor leveringen en diensten.³⁷ Op basis van vorenstaande is de volgende vraagstelling voor de notitie geformuleerd:

Vraagstelling:

Hoe doorloopt een gegadigde op juridisch correcte wijze een inschrijvingsproces voor een (Europese) aanbesteding voor leveringen of diensten en welke overige (subjectieve) factoren bepalen of een inschrijving kansrijk is?



Figuur 5: Notitie (Europees) Aanbesteden

Om een antwoord te geven op deze vraagstelling wordt de volgende doelstelling gehanteerd:

Doelstelling:

Het schrijven van een notitie voor Appeldoorn Tendermanagement en haar klanten waarin wordt beschreven hoe organisaties kansrijk in kunnen schrijven op een (Europese) aanbesteding voor diensten of leveringen in het tijdsbestek van 9 februari tot en met 15 mei 2009.

Alvorens te komen tot het schrijven van de notitie wordt er een onderzoek verricht naar (Europees) aanbesteden. In het onderzoek passeren de drie onderstaande punten de revue:

- Welke basiskennis is vereist om actief te kunnen zijn in het aanbestedingsproces?
- Aan welke vereisten moet een inschrijver voldoen om uitsluiting te voorkomen?
- Wat zijn overige subjectieve factoren die een rol spelen bij een kansrijke inschrijving?

³⁶ Zie bijlage 2: Onderzoeksplan

³⁷ Probleemstelling: het niet aanwezig zijn van een recente notitie over (Europees) aanbesteden



Figuur 6: Onderzoek (Europees) aanbesteden

1.5.2. Randvoorwaarden

Het onderzoek naar de vraag- en doelstelling kent een aantal randvoorwaarden in verband met de mogelijkheden van het onderzoek. Er is gekozen voor een verkorte handleiding met als onderwerp de basis van (Europese) aanbestedingen. Aan bod komen alle relevante aspecten voor een kansrijke inschrijving. Hierbij wordt uitgegaan van aanbestedingen voor diensten en leveringen. Naar aanbestedingen van werken zal geen nader onderzoek worden verricht. Daarnaast worden de nutssectoren, ook wel de speciale sectoren, buiten beschouwing gelaten. Deze randvoorwaarden hebben tot gevolg dat in het onderzoek richtlijn 2004/18/EG en het BAO centraal staan.

De notitie is gericht op bedrijven en organisaties die nu of in de toekomst betrokken (gaan) zijn bij het inschrijven op aanbestedingen. Er wordt uitgegaan van een geringe kennis van het (Europees) aanbestedingsrecht.

De scriptie bevat een beschrijving van alle onderwerpen die aan bod komen in de notitie met een meer juridische onderbouwing van de gevonden informatie en resultaten.

1.5.3. Methodiek van onderzoek

Om te komen tot het behalen en hiermee beantwoorden van de doel- en vraagstelling zal er een praktisch relevant onderzoek worden verricht. Het onderzoek en de daaruit voortkomende documenten zijn gericht op het geven van inzicht in de inschrijvingsprocedure bij aanbestedingen. Bekeken wordt wat in de praktijk een succesvolle manier kan zijn van inschrijven op een aanbesteding. Hier komt uiteraard ook een theoretische relevantie bij kijken aangezien het nodig is om voldoende basiskennis te hebben alvorens dit in de praktijk te gebruiken en naar een juridisch correcte en kansrijke inschrijving te brengen.

Het onderzoek bestaat dan ook uit:

- Deskresearch, het bestuderen van relevante en recente wet- en regelgeving, jurisprudentie, literatuuronderzoek;
- Fieldresearch, gebruik maken van kennis van betrokkenen, gesprekken en interviews met specialisten op het gebied van inschrijven op een aanbesteding.

Middels dit onderzoek zal er gekomen worden tot een bruikbare notitie alsmede de afstudeerscriptie welke invulling zal geven aan het onderwerp correct en kansrijk inschrijven op (Europese) aanbestedingen.

2. “DE VOORFASE”

Zoals reeds naar voren is gekomen in de inleiding, maakt de voorfase deel uit van het Tender-verkoopmodel©.



Figuur 7: Tender-verkoopmodel(c)

Het tender-verkoopmodel© omvat het gehele inschrijvingsproces bij aanbestedingen in drie opeenvolgende fases:

- De voorfase, waarin het contact tussen inschrijver en aanbestedende dienst alsmede organisatorische voorbereiding centraal staat;
- De inschrijvingsfase, lopend van aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst en eindigend bij het verlopen van de inschrijvingstermijn;
- De evaluatiefase, analyse van eventuele succes- en faalfactoren. Deze fase staat in het teken van verbetering van het proces en voorbereidingen op een eventuele volgende inschrijving en mogelijke juridische stappen.

De hoofdstukindeling is opgesteld aan de hand van de fases tijdens het inschrijvingsproces. Dit hoofdstuk zal alvorens in te gaan op de voorfase eerst een inhoudelijke verdieping geven omtrent de betrokken partijen in een aanbestedingsprocedure. In paragraaf 2.2 staan de partijen en de voorbereidingen in de voorfase centraal waarna in paragraaf 2.3 een nadere toelichting volgt op de juridische (on)mogelijkheden. Als afsluiting bevat paragraaf 2.4 een korte samenvatting.

2.1. Betrokken partijen

Binnen het aanbestedingstraject zijn verschillende partijen te onderscheiden. De overheid neemt een aparte positie in aangezien zij te maken heeft met het vertegenwoordigen van verschillende belangen.

2.1.1. De overheid

De overheid is belast met het realiseren van wet- en regelgeving voor de aanbestedingsprocedures. Bij deze wetgevende taak handelt de overheid vanuit het standpunt om de interne markt te stimuleren en te bevorderen. Tevens is zij verplicht en bevoegd om de Europese regelgeving te implementeren naar nationale regelgeving.

Aanbestedende dienst

De overheid is naast wetgever op het gebied van aanbestedingsrecht ook een aanbestedende dienst. Gebaseerd op artikel 1 lid r BAO valt onder het begrip aanbestedende dienst:

- | | |
|-------------|---|
| Centraal: | ▪ De staat; |
| Decentraal: | ▪ Provincies,
als bestuursseenheid van de Nederlandse staat; |
| | ▪ Gemeenten,
kleinste zelfstandige bestuursseenheid binnen de staat; |
| | ▪ Waterschappen,
opgesteld door de provincie met als taak het beschermen van het
land tegen water, zorgen voor land en vaarwegen en waterkwaliteit; |
| | ▪ Publiekrechtelijke instellingen; |
| | ▪ Of een samenwerkingsverband van dezen. |

Onder publiekrechtelijke instelling wordt verstaan:

een instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit (cumulatieve eisen) en waarvan:

- a) De activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, of;
- b) Het beheer onderworpen is aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijk instelling, of;
- c) De leden van het bestuur, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.³⁸

Richtlijn 2004/18/EG heeft een lijst opgenomen van wat precies valt onder het begrip aanbestedende dienst en welke instellingen per EU-land worden gekwalificeerd als publiekrechtelijke instelling.³⁹

De in de lijst opgenomen opsomming is niet limitatief, wat betekent dat een instelling die niet op de lijst staat, niet automatisch is vrijgesteld van de aanbestedingsplicht. Bij het bepalen of er sprake is van een publiekrechtelijke instelling wordt er door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (HvJEG) gekeken naar de intentie van de richtlijn anders dan naar de woordelijke bepaling. Een zogenoemde functionele uitleg aan het begrip aanbestedende dienst. Dit heeft ervoor gezorgd dat de omvang van het begrip aanbestedende dienst wordt bepaald door middel van Europese en Nationale rechtspraak.

Vanwege onduidelijkheid omtrent de reikwijdte van het begrip publiekrechtelijke instelling is deze meerdere malen aan bod gekomen in jurisprudentie. Een voorbeeldzaak in deze is de zaak waarin betwist wordt of het Amphia Ziekenhuis als een publiekrechtelijke instelling beschouwd dient te worden. Het Hof van Arnhem heeft in opeenvolging van de Hoge Raad bepaald dat het Amphia ziekenhuis niet als een publiekrechtelijke instelling gekwalificeerd mag worden en hiermee niet aanbestedingsplichtig is. Vorenstaande is gebaseerd op de volgende argumentatie:

De Hoge Raad oordeelde dat bij de beoordeling of er sprake was van een algemeen belang anders dan van commerciële aard, rekening moet worden gehouden met het feit dat ziekenhuizen met andere ziekenhuizen concurreren. Ziekenhuizen worden aangestuurd op rendement, doelmatigheid en rentabiliteit en dragen in toenemende mate exploitatierisico's. Daarnaast was er volgens de Hoge Raad geen sprake van overheidsfinanciering. Hiervan is namelijk alleen sprake als er tegenover de vergoeding geen specifieke prestatie staat.

³⁸ Artikel 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG juncto artikel 1 lid q BAO

³⁹ Zie bijlage 3 en 4: Lijst van aanbestedende diensten en publiekrechtelijke instellingen

Bij het Amphia ziekenhuis was dit niet het geval, want tegenover de door de Ziekenfondswet verstrekte gelden stond namelijk wel een specifieke tegenprestatie, te weten zorg die zij krachtens gesloten overeenkomsten diende te verlenen.⁴⁰

Momenteel verschillen de meningen over de stelling of een ziekenhuis nu wel of niet aanbestedingsplichtig is. Per verschillende opdracht zullen in ieder geval de vereisten van artikel 1 lid q BAO doorlopen moeten worden om te bekijken of aan alle vereisten is voldaan en daarmee het ziekenhuis aanbestedingsplichtig is.⁴¹

2.1.2. De inschrijver

Een inschrijver⁴² is degene, natuurlijke of rechtspersoon, die een inschrijvingsdocument indient op de aankondiging tot opdracht aan de hand van de eisen en voorwaarden gesteld door de aanbestedende dienst in de aanbestedingsdocumentatie. Om te definiëren wie onder inschrijver voor aanbestedingen van diensten of leveringen valt wordt gehanteerd:

- Dienstverlener: een ieder die diensten op de markt aanbiedt.⁴³
- Leverancier: een ieder die producten op de markt aanbiedt.⁴⁴

Een ieder kan inschrijven op een aanbesteding. Het staat de aanbestedende dienst vrij om tot op zekere hoogte -de aanbestedingsbeginselen zoals proportionaliteit, gelijkheid etc. in acht nemend- eisen te stellen aan de inschrijver. Als een inschrijver niet voldoet aan de rechtmatig gestelde eisen van de aanbestedende dienst, dan kan deze uitgesloten worden van de aanbestedingsprocedure. Een nadere uitwerking met betrekking tot de selectiecriteria is opgenomen in paragraaf 3.5.1.

2.2. Voorbereidingen in de voorfase

Bij aanbestedingen spelen de partijen genoemd in de eerste paragraaf ieder een aparte rol. Zij zullen dan ook ieder op hun eigen manier actief zijn in de verschillende fases in een aanbestedingstraject. Deze paragraaf spitst zich toe op de voorfase van een aanbestedingsprocedure. Om dit te kunnen bekijken vanuit de inschrijver volgt eerst een beschrijving van de voorbereidingen van de aanbestedende dienst.

2.2.1. De aanbestedende dienst in de voorfase

De aanbestedende dienst moet voordat daadwerkelijk gestart wordt met de aanbestedingsprocedure bepaalde voorbereidingen treffen. Deze voorbereidingen vinden plaats in de voorfase, voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging tot opdracht.

Voor een aanbestedende dienst is het van belang om te bepalen wat de inkoopbehoefte is. In de praktijk komt het regelmatig voor dat dit een taak is van een inkoopafdeling gezamenlijk met de eindgebruiker en/of de afdeling met vakinhoudelijke kennis.

Voor het nader bepalen van de inkoopbehoefte kan marktconsultatie een belangrijke rol spelen voor de aanbestedende dienst. Zij is niet altijd op de hoogte van de markt en de mogelijkheden en zal zich hierop oriënteren. Bij marktconsultatie wordt gebruik gemaakt van de kennis en ervaring van marktpartijen om de opdracht passend bij de inkoopbehoefte te formuleren.

⁴⁰ Hoge Raad 1 juni 2007, LJN AZ 9872, Amphia ziekenhuis

⁴¹ Zie ook: Van Leeuwen, 'De aanbestedingsplicht van een algemeen ziekenhuis'

.<www.akd.nl/nieuws/actueel/1696.aspx#De_aanbestedingsplicht_van_een_algemeen_ziekenhuis>

⁴² Zie leeswijzer pagina 6

⁴³ Artikel 1 lid f BAO

⁴⁴ Artikel 1 lid e BAO

Omtrent marktconsultatie⁴⁵ is het een en ander nader bepaald. Voorop staat dat indien er gebruik wordt gemaakt van marktconsultatie, dit zorgvuldig en transparant dient te gebeuren, en dat deze de mededinging niet mag uitschakelen. Om dit te waarborgen kan de aanbestedende dienst er bijvoorbeeld voor kiezen om alle resultaten en bevindingen tijdens de marktconsultatie openbaar te maken voor alle betrokken partijen.

Marktconsultatie kan formeel plaatsvinden. Hierbij wordt de marktconsultatie vooraf aan betrokken partijen bekend gemaakt, of informeel waarbij de aanbestedende dienst met een door hem zelf geselecteerde (en misschien op initiatief van) ondernemer van gedachte wisselt over het vormgeven van de opdracht. Formele marktconsultatie vindt plaats na de bekendwording hiervan aan de partijen. Informele marktconsultatie kan plaatsvinden voor het publiceren van de vooraankondiging, maar vindt veelal plaats (als er sprake van is) na publicatie van de vooraankondiging. Ondernemers kunnen zelf initiatief nemen om voordat de opdracht gepubliceerd wordt contact op te nemen met de aanbestedende dienst.

Publicatie van de vooraankondiging

Om geïnteresseerde bedrijven optimaal de kans te geven zich voor te bereiden op een aanbesteding, kan de aanbestedende dienst een vooraankondiging publiceren. Hierin kan de aanbestedende dienst een korte beschrijving van de opdracht, adresgegevens en overige relevante informatie opnemen.⁴⁶ Een dergelijke vooraankondiging is niet verplicht voor de aanbestedende dienst en leidt niet tot de verplichting om daadwerkelijk tot aanbesteden over te gaan, maar heeft als doel om een signaal te geven aan geïnteresseerde bedrijven. Een vooraankondiging kan officieel plaatsvinden.⁴⁷ of de aanbestedende dienst kan voor nationale aanbestedingsprocedures de vooraankondiging doen via bijvoorbeeld een website of lokale krant.

De voorfase eindigt voor de aanbestedende dienst bij de publicatie van de aankondiging tot opdracht, ongeacht of hier een vooraankondiging aan vooraf is gegaan.

2.2.2. De inschrijver in de voorfase

Naast de aanbestedende dienst heeft ook de inschrijver in de voorfase de mogelijkheid zich voor te bereiden op een eventuele aanbestedingsprocedure.

Figuur 8: Niet / Wel inschrijven



⁴⁵ Zie paragraaf 2.2.2

⁴⁶ Artikel 35 lid 2 BAO, bijlage 4, onderdeel A.

⁴⁷ Zie paragraaf 3.4. over de werking van het BOPEG

Organisatie (intern)

De eerste belangrijke afweging is of een bedrijf actief wil zijn binnen de overheidsmarkt en zo ja: hoe hieraan het beste vorm gegeven kan worden binnen de organisatie. Indien er voor wordt gekozen een actieve rol te bekleden binnen het aanbestedingstraject dan is het aan de aanbieder om te bepalen hoe zij dit aan gaat pakken. Zijn er bijvoorbeeld vaste personen belast met de verschillende taken voor het inschrijven? In de praktijk komt het regelmatig voor dat binnen een bedrijf een zogenoemde tenderdesk wordt of is opgericht. Een tenderdesk houdt zich bezig met het signaleren van eventuele aanbestedingen en zorgt tijdens de inschrijvingsfase voor een kwalitatieve en kansrijke offerte.

Voor iedere inschrijving zijn bepaalde documenten vereist. De inschrijver kan ervoor zorgen dat deze documenten doorlopend aanwezig en bruikbaar zijn. Voorbeelden hiervan zijn: Uittreksel kamer van koophandel, algemene informatie voor in de inschrijving zoals een omschrijving van de organisatie, een bedrijfspresentatie en bewijsmiddelen om aan te tonen te voldoen aan de selectiecriteria.⁴⁸

Vorbereitung accountmanager: marktconsultatie

Naast deze standaard voorbereiding kan het zinvol zijn voor de aanbieder om voorafgaand aan het bekend worden van een aanbesteding deze vroegtijdig te signaleren en hierop in te spelen middels een bijdrage aan de door aanbestedende dienst uit te voeren marktconsultatie. De aanbestedende dienst kan er voor kiezen om de marktconsultatie openlijk te houden, of een andere vorm van marktconsultatie te bewerkstelligen. Voor enige vorm van marktconsultatie heeft de aanbieder de mogelijkheid daar zelf initiatief toe te nemen.

Tijdens een marktconsultatie gaan beide partijen om de tafel zitten om de wensen en eisen van de aanbestedende dienst voor de toekomstige opdracht in kaart te brengen. Als het gaat om situaties die zodanig complex zijn of uitgebreid kan marktconsultatie een grote toegevoegde waarde hebben.

Het is in een situatie van marktconsultatie mogelijk dat de aanbieder naar de aanbestedende dienst toe komt met suggesties en oplossingen die gunstig zijn voor het eigen bedrijf. Enige sturing is daarbij onvermijdelijk en kan een gunstige uitwerking hebben op de opdracht en de gunning.

De aanbestedende dienst is verantwoordelijk voor het doorlopen van de marktconsultatie binnen de juridische grenzen. De Chinese Wall bepaling is de algemene juridische voorwaarde waarbinnen de aanbestedende dienst moet handelen bij een marktconsultatie.

Chinese Wall bepaling

De Chinese Wall bepaling dient ter voorkoming van het handelen met voorkennis door de inschrijver in de inschrijvingsfase. Het principe is dat een adviseur die ondersteuning biedt bij het opstellen van technische specificaties alleen mee mag dingen naar de opdracht indien hij door zijn adviesfunctie geen wezenlijke voorsprong heeft verkregen op de overige aanbieders, of dat deze aanbieders over dezelfde informatie moeten kunnen beschikken.⁴⁹

⁴⁸ Paragraaf 3.5.

⁴⁹ Kenniscentrum Europa Decentraal, Factsheet 'Aandachtspunten aanbesteden en staatssteun bij gebiedsontwikkeling'; oktober 2007
<www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/praktijk/Factsheet_PPS_def_webversie_okt07.Pdf>

Voor een inschrijver is het van belang om in de voorfase dusdanig deel te nemen dat de aanbestedende dienst het bedrijf niet uit mag sluiten van een aanbesteding omdat de inschrijver betrokken is geweest bij het opstellen van specificaties. Uitgangspunt blijft echter dat de aanbestedende dienst verantwoordelijk blijft om het aanbestedingstraject juridisch correct te doorlopen.

Art VI.4 GPA heeft het volgende met betrekking tot enige vorm van marktconsultatie gesteld: 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 commercieel belang zou kunnen hebben bij de opdracht.

In de praktijk leidt dit tot de conclusie dat een vrijblijvend advies zonder direct aanwijsbaar en op de gegadigde terug te voeren economisch belang met een oplossing die geen uitsluiting van de meeste concurrenten (richtlijn is dat er 5 partijen over moeten blijven waarbij uitzonderingen mogelijk zijn) betekent dat dit binnen de regels van het aanbestedingsrecht is.

Tijdens voorafgaand advies aan de aanbestedende dienst is het van belang te weten dat technische specificaties niet zijn toegestaan wanneer deze: melding maken van een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of bijzonder werkwijze, van een verwijzing naar een merk, een octrooi of type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

Mocht dit onverhoopt toch zijn opgenomen in een opdracht, een bestek, dan is het de taak van iedere inschrijver die er belang bij heeft dit tijdig te melden bij de aanbestedende dienst.

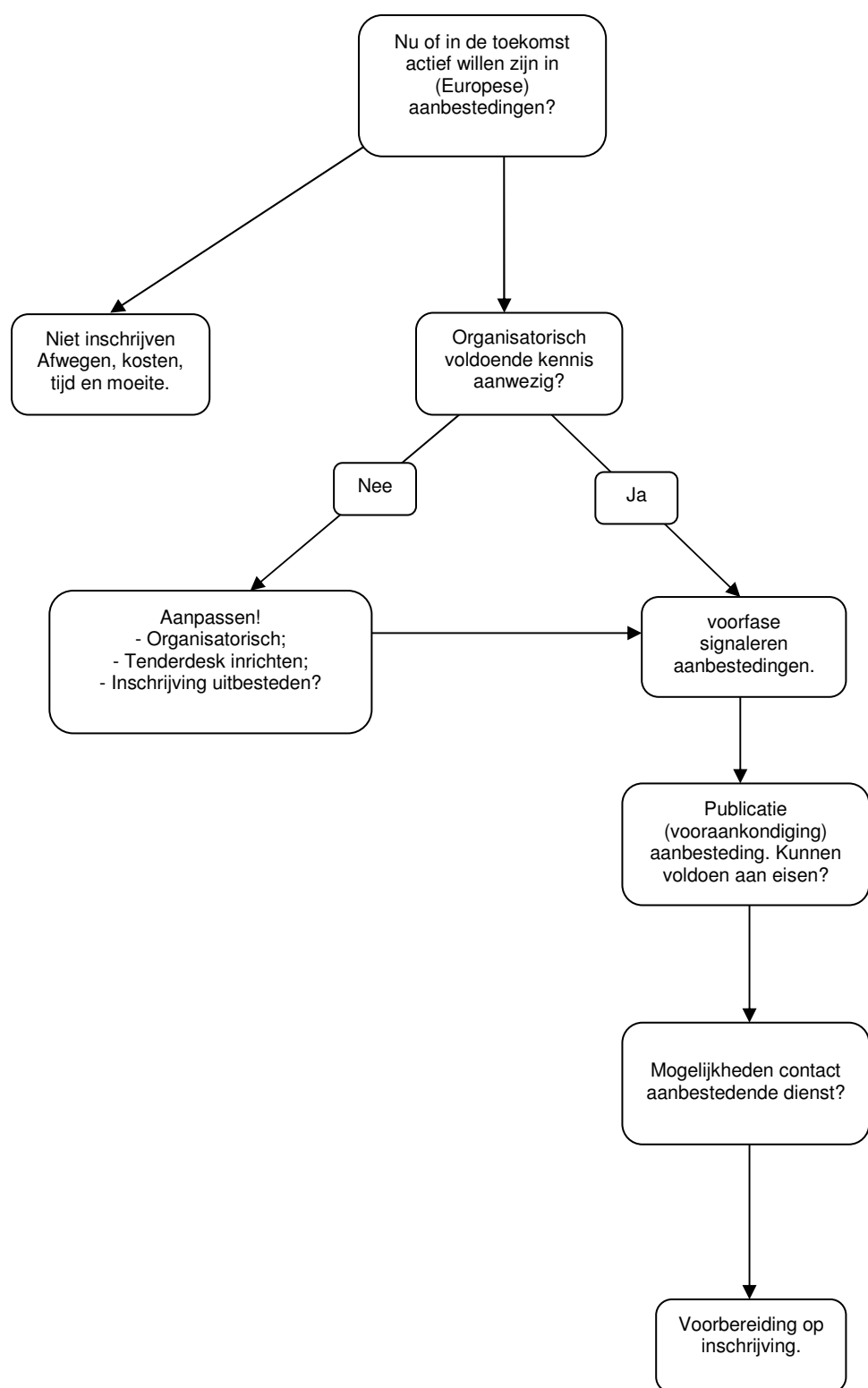
2.3. Samenvatting

Samenvattend kan gezegd worden dat de voorfase bestaat uit signaleren en anticiperen op aanbestedingen. Voor een aanbestedende dienst is het vooral van belang goed in beeld te krijgen wat zij precies wil. Dit kan door middel van het formuleren van de inkoopbehoefte, het verkrijgen van de benodigde kennis en informatie bijvoorbeeld door middel van marktconsultatie, en hoe zij daar invulling aan willen geven.

De voorfase staat voor een inschrijver in het teken van de afweging om wel of niet actief te zijn op de overheidsmarkt en zo ja welke efficiënte en effectieve acties ondernomen kunnen, en juridisch mogen worden. Een schematische weergave van de voorfase voor de aanbieder is opgenomen in figuur 9.

Aandachtspunten binnen de voorfase:

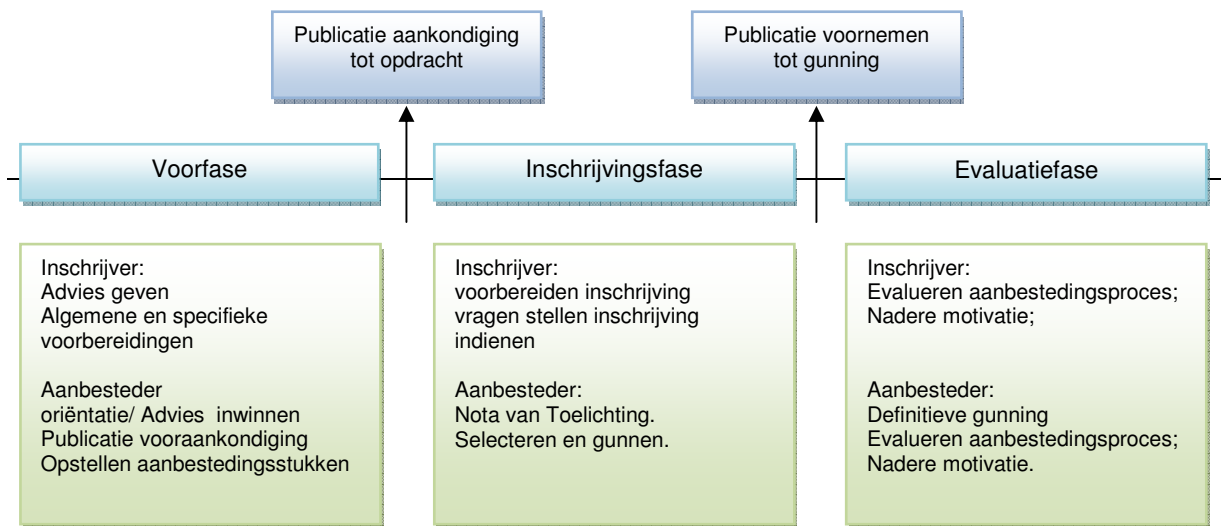
- Zorgvuldig en transparant handelen van de aanbestedende dienst;
- Voorkomen van uitschakeling van de mededinging;
- Technische specificaties in de opdracht conform de eisen van het BAO;
- Voor de aanbestedende dienst handelen binnen de Chinese Wall bepaling in de voorfase.



Figuur 9: De voorfase voor de aanbieder

3. “DE INSCHRIJVINGSFASE”

De voorfase eindigt bij het publiceren van de aankondiging tot opdracht door de aanbestedende dienst. Hiermee start de inschrijvingsfase en na deze publicatie is het de taak van de inschrijver om in te schrijven. Na het verlopen van de inschrijvingstermijn eindigt de inschrijvingsfase en start de evaluatiefase.



Figuur 8: Start fases in een aanbestedingstraject

Alvorens in te gaan op de inschrijvingsfase, besteedt paragraaf 3.1 eerst aandacht aan het begrip aanbestedingsplichtige opdracht, en bevat paragraaf 3.2 alle informatie omtrent de drempelbedragen. De verschillende aanbestedingsprocedures komen aan bod in paragraaf 3.3. Paragraaf 3.4 beschrijft vervolgens de start van de inschrijvingsfase. In paragraaf 3.5 komt het selectie en gunningsproces aan bod. Als laatste bevat paragraaf 3.6 een korte samenvatting van de belangrijkste aspecten in de inschrijvingsfase.

3.1. Aanbestedingsplichtige opdracht

Art 1 lid 2 sub a van richtlijn 2004/18/EG geeft de volgende omschrijving met betrekking tot aanbestedingsplichtige opdrachten: *'schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die gesloten zijn tussen één of meer aanbestedende diensten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of het verlenen van diensten.'* In Nederland is dit geïmplementeerd door middel van artikel 7 juncto artikel 8 BAO waarin de reikwijdte van een aanbestedingsplichtige opdracht nader wordt gespecificeerd. Het definiëren van een opdracht tot aanbestedingsplichtige opdracht gebeurt door de rechter doorgaans laagdrempelig. Een opdracht van een (semi) overheid van boven de Europese drempelbedragen, onder bezwarende titel (gelijkwaardige tegenprestatie) is een Europees aanbestedingsplichtige opdracht.

Een aanbestedingsplicht voor leveringen omvat aankoop, huur, lease en huurkoop van producten. Een aanbestedingsplicht voor diensten omvat alle inkopen die niet onder werken of leveringen vallen.⁵⁰

Bepalen aard van de opdracht

Voordat de aanbestedingsprocedure in beeld komt is het aan de aanbestedende dienst om vast te stellen tot wat voor soort categorie de opdracht behoort (werk, dienst, of levering). Indien het een samengestelde opdracht betreft) een combinatie van bijvoorbeeld de levering van een product en aanvullende dienstverlening), is het onderwerp dat de grootste financiële waarde vertegenwoordigt, bepalend voor de categorie waarin de opdracht dient te worden ingedeeld. Als er sprake is van een Europese aanbesteding, dan is het, in verband met taalverschillen of verschillende interpretaties, van belang om een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving te geven van de opdracht. Hiervoor geldt een codesysteem, Common Procurement Vocabulary (CPV).⁵¹ Dit is een uniform classificatiesysteem voor overheidsopdrachten.⁵²

3.1.1. Uitzonderingen

Op de algemene regeling van (Europese) aanbestedingsplichtige opdrachten zijn een aantal uitzonderingen gemaakt. Deze uitzonderingen zijn opgenomen in artikelen 10 tot en met 17 BAO.

- Artikel 10 Opdrachten op het gebied van defensie;
- Artikel 11 Opdrachten waarvan de werking valt onder het BASS;
- Artikel 12 Opdrachten met als doel openbare telecommunicatienetten beschikbaar stellen;
- Artikel 13 Overheidsopdrachten die geheim zijn verklaard;
- Artikel 14 Opdrachten waarbij andere procedurevoorschriften gelden (internationale overeenkomsten);
- Artikel 15 Enkele uitgezonderde opdrachten van de categorie diensten: huur van onroerende zaken, aankoop voor radio-uitzendingen, bemiddeling, opdrachten op financieel of onderzoeksgebied en arbeidsovereenkomsten;
- Artikel 16 Concessieovereenkomsten voor diensten;
- Artikel 17 Opdrachten aan een andere aanbestedende dienst (inbesteden).

Inbesteden

Niet verplicht om aan te besteden zijn opdrachten van een aanbestedende dienst welke binnen de eigen organisatie worden uitgevoerd. In plaats van aanbesteden gaat het bij dergelijke opdrachten om inbesteden.

Hierover is in het Teckal arrest⁵³ het volgende gezegd:

Er is sprake van het verlenen van een 'in-house' opdracht indien een aanbestedende dienst binnen zijn eigen gezagsstructuur een opdracht verstrekt. Er is sprake van een gezagsstructuur als de gemeente toezicht uitoefent op een entiteit zoals op zijn eigen diensten en de entiteit tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeven van de gemeente.

Het Teckal-arrest was het eerste arrest waarin vergaand werd ingegaan op het onderwerp inbesteden. Een van de zaken die hieraan opvolgde was het Stadt Halle arrest.⁵⁴

⁵⁰ Aanbestedingsplichtige opdrachten voor diensten zie ook paragraaf 3.1.1. IIb diensten

⁵¹ Europese Commissie, CPV-Verordening, publicatie 15-maart 2008 PB L 74/1; inwerking getreden per 15 september 2008

⁵² Kennisportal Europese aanbestedingen

<www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding/cpv_codes>

⁵³ HvJEG 18 november 1999, zaak C-107/98; Teckal arrest

In het Stadt Halle arrest wordt de Duitse gemeente Halle veroordeelt wegens het niet juist toepassen van de Europese aanbestedingsregels. Het beroep op het verlenen van een zogenaamde 'in-house' opdracht, gaat volgens het HvJEG niet op. De gemeente Halle bezit weliswaar 75% van de aandelen van de organisatie aan wie zij de opdracht gaf, maar dit betekent nog niet dat zij er toezicht op uitoefent zoals op een eigen gemeente. Het enkele feit dat een private partij ook aandelen van een bedrijf in handen heeft, sluit de mogelijkheid van een 'in-house' opdracht al bij voorbaat uit, zo luidt de uitspraak van het HvJEG.

IIB Diensten

Bij de aanbesteding van diensten bestaat een onderverdeling tussen diensten waarbij het volledige regime van de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing is (IIa) en diensten waarbij slechts een zeer beperkt gedeelte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (IIb) van toepassing is. De IIb diensten zijn aangemerkt als diensten die geen bijdrage leveren aan de eenwording van de interne markt omdat de diensten door nationale dienstverleners (moeten) worden uitgevoerd. Bij IIb diensten is het alleen verplicht om de gunning te publiceren en de algemene regels van het EG-verdrag en de regels van technische specificatie in acht te nemen.

De onderverdeling is neergelegd in de richtlijn zelf en is in het Bao uitgewerkt in twee bijlagen (IIa en IIb), waarin verschillende categorieën van diensten zijn opgesomd.⁵⁵ Zodra een overheidsopdracht kan worden gekwalificeerd als IIb dienst, dan geldt hiervoor een gedeeltelijke aanbestedingsplicht.

3.2 Drempelbedragen

In de definitie is reeds naar voren gekomen dat (Europees) aanbesteden een inkoopmethode is voor (semi)overheden, en dat deze methode verplicht is voor opdrachten boven een bepaalde waarde, de zogenaamde drempelbedragen. De Europese drempelbedragen worden tweejaarlijks vastgesteld in een verordening⁵⁶ van de Europese Commissie. In figuur 9 is een versimpelde weergave van de drempelbedragen voor 2008-2009 weergegeven. Deze drempelbedragen gelden tot 1 januari 2010 waarna een nieuwe verordening met nieuwe drempelbedragen zal volgen.

Opdracht	Bedrag (excl. BTW)
Leveringen	
Centrale overheid	€ 133.000
Andere aanbestedende diensten	€ 206.000
Diensten	
Centrale overheid	€ 133.000
Andere aanbestedende diensten	€ 206.000

Figuur 9: Versimpelde weergave van de Drempelbedragen 2008-2009⁵⁷

⁵⁴ HvJEG 11 januari 2005, zaak C-26/03; Stadt Halle arrest

⁵⁵ PIANOo, '2. Wat moet ik weten over aanbesteden'

<<http://metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn2/antwoord8-2.html>>

⁵⁶ EG-verordening nummer 1422/2007 van de Europese Commissie van 4 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft hun toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten, PB L317/14

⁵⁷ Zie bijlage 1 en het Ministerie van Economische Zaken: 'Nieuwe drempelbedragen per 1 januari 2008' <www.ez.nl/dsresource?objectid=154349&type=PDF>

3.2.1. Splitsingsverbod

Het splitsingsverbod is neergelegd in artikel 9 lid 4 BAO: *‘Een aanbestedende dienst onttrekt zich niet aan dit besluit door voorgenomen werken of voorgenomen aankopen ter verkrijging van bepaalde hoeveelheden leveringen of diensten te splitsen of bijzondere regels te gebruiken voor de berekening van de geraamde waarde van de overheidsopdrachten.’* Artikel 9 BAO bevat geen verdere uitwerking van het splitsingsverbod hetgeen tot gevolg heeft dat per geval de omstandigheden bekeken moeten worden met betrekking tot het splitsingsverbod. Het splitsingsverbod beoogt het tegengaan van splitsing van opdrachten met het doel de werking van de regelgeving te omzeilen en dient ook in deze context toegepast te worden. Splitsen met het doel de wet- en regelgeving te beperken of hieraan te ontkomen is niet toegestaan. Het is wel toegestaan om opdrachten te verdelen in deelprojecten of verschillende fases indien dit door de aanbestedende dienst verantwoord kan worden waarom het voor een project vereist om te opdracht te verdelen. Een opdracht mag ook in deelprojecten of fases worden verdeeld wanneer deze wel volgens de regelgeving worden aanbesteed. De waarde van de afzonderlijke deelprojecten moet bij elkaar opgeteld worden om de totale waarde van de opdracht te bepalen wanneer de deelprojecten gelijktijdig worden aanbesteed.

Uitgangspunt van het splitsingsverbod is:

- Niet splitsen om onder de regelgeving uit te komen;
- Identieke producten of diensten mogen niet gesplitst worden;
- Producten en diensten die bij elkaar horen, zoals de levering van een product met het onderhoud daarvan, moeten samengenomen worden.⁵⁸

3.2.2. Looptijd

Voor het bepalen van de gehele waarde van de totale omvang van de opdracht is het van belang om de looptijd⁵⁹ vast te stellen.

- Voor opdrachten met een vaste looptijd van ten hoogste 12 maanden geldt de totale waarde, dan wel de totale waarde met inbegrip van de geraamde restwaarde wanneer de looptijd meer dan 12 maanden bedraagt;
- Voor opdrachten van onbepaalde tijd of een niet vast te stellen termijn geldt het maandelijks te betalen bedrag maal 48.

Daarnaast is het de regel om te kijken naar de in de eigen branche gebruikelijke looptijd van opdrachten. Wanneer het in de branche gebruikelijk is om contracten met een looptijd van 3 jaar af te sluiten, dan is het niet toegestaan om een opdracht voor onbepaalde duur te gunnen. Het BAO⁶⁰ geeft als richtlijn een gebruikelijke looptijd van 4 jaar.

Bij regelmatig terugkerende opdrachten moet de aanbestedende dienst kijken naar de totale reële waarde tijdens het voorafgaande boekjaar of een voorafgegaan soortgelijke opdracht, indien mogelijk gecorrigeerd met mogelijke wijzigingen.

3.2.3. Verlenging

De aanbestedende dienst kan de mogelijkheid bieden om een contract voor slechts een gedeelte van de beoogde termijn af te sluiten en deze vervolgens één of meerdere keren te verlengen. Verplicht is dan wel dat deze beslissing moet worden meegenomen bij het bepalen van de waarde van de opdracht en dat verlenging slechts is toegestaan indien dit bekend is gemaakt in de aankondiging van de opdracht.

⁵⁸ PIANOo 4. *‘Hoe organiseer ik een Europese aanbesteding?’*

<metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn4/antwoord4-4.html>

⁵⁹ Artikel 9 BAO

⁶⁰ Artikel 9 lid 12 sub b

3.3. Aanbestedingsprocedures

Voor het aanbesteden van (Europese) aanbestedingsplichtige opdrachten door aanbestedende diensten bestaan verschillende procedures. Deze paragraaf geeft een omschrijving van de verschillende Europese aanbestedingsprocedures. Op nationaal niveau (voor overheidsopdrachten onder de Europese drempelbedragen) gelden nader te bepalen gehanteerde procedures welke in de praktijk vaak veel overeenkomen met de Europese procedures en waarvan per aanbesteding de betreffende richtlijnen 2004/18/EG of bepaalde artikelen van het BAO van toepassing kunnen worden verklaard.

De 7 aanbestedingsprocedures zoals opgenomen in (Europese) wet- en regelgeving:

- 1) Openbare procedure;
- 2) Niet-openbare procedure;
- 3) Concurrentie gerichte dialoog;
- 4) Onderhandelingsprocedure met of zonder voorafgaande bekendmaking;
- 5) Prijsvraag voor ontwerpen;
- 6) Dynamisch aankoopstelsel;
- 7) Raamovereenkomst.

3.3.1. De openbare procedure

De openbare procedure is in het BAO gedefinieerd als: *‘een procedure waarbij ondernemers in mogen schrijven.’*

Na het indienen van de inschrijvingsdocumentatie beoordeelt de aanbestedende dienst de inschrijvingen aan de hand van vooraf vastgestelde en bekend gemaakte selectiecriteria en gunningscriteria en deelt vervolgens het voornemen tot gunning mede.

Voor de inschrijver is het zaak om meteen de correcte en beste inschrijving in te dienen aangezien op basis hiervan de beslissing tot gunning wordt genomen.

Wat	Door wie	Termijn	aandachtspunt
(1. publiceren vooraankondiging)	aanbestedende dienst	inschrijvingstermijn tot 36 dagen verkort	niet verplicht
2. aankondiging aanbesteding	aanbestedende dienst	bij elektronische aankondiging inschrijvingstermijn met 7 dagen verkort	verplicht. Via Tender Electronic Daily
3. aanvullende stukken publiceren	op verzoek door aanbestedende dienst	binnen 6 dagen na verzoek	transparant
4. nadere inlichtingen bestek Nota van Inlichtingen	op verzoek door aanbestedende dienst	verplicht uiterlijk 6 dagen voor verstrijken inschrijvingstermijn	Nota Van Inlichtingen maakt deel uit van aanbesteding
5. indienen inschrijving	door inschrijver	52 dagen vanaf verzending aankondiging	eventueel verkorting van termijnen, rekening houdend met complexiteit
6. selecteren	aanbestedende dienst	opgenomen in bestek	beoordelen op basis van vooraf vastgestelde bekende selectiecriteria
7. publiceren voornemen tot gunning	aanbestedende dienst	opgenomen in bestek	gunning op basis van vooraf vastgestelde criteria
8. afwijzing	door aanbestedende dienst aan inschrijver	15 dagen na beslissing	redenen van afwijzing
9. bezwaar/beroep	inschrijver	redelijke termijn minimaal 15 dagen	Alcatel termijn
10. definitieve gunning	aanbestedende dienst		laatste onderhandelingen
11. toezenden resultaten van gunning	door aanbestedende dienst aan Commissie en BOPEG	maximaal 48 dagen na gunning	

3.3.2. De niet-openbare procedure

Deze procedure is beschreven als een procedure waaraan ondernemers mogen verzoeken deel te nemen, maar waarbij alleen ondernemers mogen inschrijven die door de aanbestedende dienst zijn geselecteerd en uitgenodigd.

De openbare procedure en de niet-openbare procedure hebben veel gelijkenissen (bijvoorbeeld beide procedures zijn opengesteld voor alle ondernemers), enig verschil is dat de niet-openbare procedure in twee fases verloopt. Na de publicatie van de aankondiging tot opdracht van de aanbestedende dienst mag iedere geïnteresseerde onderneming een aanvraag tot deelneming indienen. Hieruit moet blijken dat de onderneming kan voldoen aan de in de aankondiging gestelde eisen die alleen betrekking mogen hebben op minimeisen aan beroepsbekwaamheid, financieel-economische capaciteit en technische bekwaamheid.

Na het indienen van de aanvragen tot deelneming beoordeelt de aanbestedende dienst deze op basis van selectiecriteria en uitsluitingsgronden en selecteert op een objectieve, dan wel eerlijke wijze, (bijvoorbeeld op basis van notariële loting) een aantal ondernemers (minimaal 5), en nodigt hen uit om een offerte in te dienen. Vervolgens verloopt de niet-openbare procedure hetzelfde als de openbare procedure.

Wat	Door wie	Termijn	aandachtspunt
Fase 1			
1. publiceren vooraankondiging)	aanbestedende dienst	inschrijvingstermijn tot 36 dagen verkort	niet verplicht
2. publiceren aankondiging aanbesteding	aanbestedende dienst	bij elektronische aankondiging inschrijvingstermijn met 7 dagen verkort.	verplicht. Via TED. Alleen selectiecriteria in aanbestedings-documentatie.
3. aanvullende stukken publiceren	op verzoek oor aanbestedende dienst	binnen 6 dagen na verzoek	transparant
4. indienen aanvraag tot deelneming	door gegadigde	minimaal 37 dagen vanaf verzending aankondiging	eventueel verkorting van termijnen
Fase 2			
5. selecteren en gelijktijdig schriftelijk uitnodigen	aanbestedende dienst aan gegadigde	termijn alsmede aantal te selecteren opgenomen in bestek.	bestek en aanvullende stukken bijvoegen. Minimaal 5 uitnodigen. Uitzonderingen mogelijk
6. nadere inlichtingen bestek. Nota van Inlichtingen	op verzoek van inschrijver door aanbestedende dienst	verplicht uiterlijk 6 dagen voor verstrijken inschrijvingstermijn	Nota van Inlichtingen maakt deel uit van aanbesteding.
7. inschrijving indienen	inschrijver	40 dagen vanaf uitnodiging	
8. publiceren voornemen tot gunning	aanbestedende dienst	opgenomen in bestek	gunning op basis van vooraf vastgestelde criteria
9. afwijzing	door aanbestedende dienst aan inschrijver	15 dagen na beslissing	redenen van afwijzing
10. bezwaar	inschrijver	redelijke termijn van minimaal 15 dagen	Alcatel termijn
11. definitieve gunning	aanbestedende dienst		laatste onderhandelingen
12. toezenden resultaten van gunning	door aanbestedende dienst aan Commissie en BOPEG	maximaal 48 dagen na gunning	

De openbare procedure en de niet-openbare procedure gelden als standaard procedure voor het aanbesteden van opdrachten. In bepaalde gevallen is het mogelijk om een andere aanbestedingsprocedure te volgen.

3.3.3. Concurrentiegericht dialogoog

Het BAO heeft de concurrentie gericht dialogoog gedefinieerd als: 'een procedure waaraan alle ondernemers mogen verzoeken deel te nemen en waarbij de aanbestedende dienst een dialogoog voert met de tot de procedure toegelaten ondernemers, ten einde een of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde ondernemers zullen worden uitgenodigd om in te schrijven.⁶¹

Wanneer een aanbestedende dienst van mening is dat er sprake is van een bijzonder complexe overheidsopdracht waarbij het niet mogelijk is deze te gunnen via openbare of niet openbare procedures, dan kan de opdracht eventueel gegund worden via een concurrentie gericht dialogoog. De aanbestedende dienst selecteert dan een aantal gegadigden (minimaal 3) en nodigt hen uit om deel te nemen aan de dialogoog. De dialogoog wordt gevoerd aan de hand van een beschrijvend document waarin de eisen en behoeften van de aanbesteder zijn geformuleerd. De aanbestedende dienst bepaalt tijdens de dialogoog welke middelen geschikt zijn om zo goed mogelijk aan diens behoeften te voldoen. Alle ondernemers worden vervolgens verzocht om de definitieve inschrijving in te dienen. De gunning is op basis van de economisch meest voordelige aanbieding.

3.3.4. Procedure van gunning via onderhandelingen (met of zonder aankondiging)

Deze procedure houdt in dat de aanbestedende dienst met door hem gekozen ondernemers (minimaal 3) overleg pleegt en door onderhandelingen met een of meer van hen de voorwaarden van de overheidsopdracht vaststelt. Dit kan met of zonder voorafgaande bekendmaking. Bij de procedure van gunning via onderhandelingen met voorafgaande bekendmaking verloopt de procedure op dezelfde wijze als de niet openbare procedure.

De procedure van onderhandelingen na voorafgaande mededeling van een aankondiging van een overheidsopdracht wordt toegestaan in bijvoorbeeld situaties wanneer via de openbare of niet-openbare procedure inschrijvingen zijn gedaan die onregelmatig of onaanvaardbaar zijn op voorwaarde dat de opdracht niet wezenlijk wijzigt of wanneer bij onzekere omstandigheden vooraf een vaststelling van de totale prijs niet mogelijk is.

De procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking is zeer beperkt toegestaan met de reden dat er bij deze procedure zonder onderhandelingen een groot risico is op schending van het gelijkheidsbeginsel en een belemmering van de werking van de interne markt door de aanbestedende dienst. Uitzonderingsgevallen waarin het wel is toegestaan om een opdracht te gunnen via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking zijn als er sprake is van onvoorziene spoed of specifieke technische of artistieke aspecten die bescherming genieten.

De keuze voor de vorm van de aanbesteding wordt vrijgelaten aan de aanbestedende dienst. Er gelden voor deze procedure geen minimumtermijnen en de aanbestedende dienst hoeft niet meer dan één gegadigde uit te nodigen.

3.3.5. Prijsvraag voor ontwerpen

Hieronder wordt verstaan een procedure die tot doel heeft de aanbestedende dienst een plan of ontwerp te verschaffen dat na een oproep tot mededinging door een jury word geselecteerd, al dan niet met toekenning van prijzen. Het staat de aanbestedende dienst vrij om gebruik te maken van een voorafgaande selectie (niet openbaar) of de procedure voor alle gegadigde open te stellen (openbaar). De ontwerpen worden door de jury beoordeeld aan de hand van objectieve beoordelingscriteria. De jurybeoordeling is niet bindend maar kan ook adviserend zijn. De aanbestedende dienst is daarnaast niet verplicht om de opdracht te gunnen aan de winnaar van de prijsvraag.

⁶¹ Artikel 1 sub v BAO

Een prijsvraag komt vooral voor op het gebied van bijvoorbeeld ruimtelijke ordening, stadsplanning, architectuur, etc.

3.3.6. Dynamisch aankoopstelsel

Artikel 33 BAO beschrijft het dynamisch aankoopstelsel. Bij het volgen van een dynamisch aankoopstelsel verloopt de procedure volgens dezelfde voorschriften van de verschillende fases als bij een openbare procedure er wordt echter alleen gebruik gemaakt van elektronische middelen. De inschrijvers hebben te allen tijde de mogelijkheid om een verzoek te doen aan de aanbestedende dienst om te worden toegelaten tot het dynamisch aankoopstelsel waarna de aanbestedende dienst de aanvragen beoordeelt op vooraf bepaalde selectiecriteria. Zodra de aanbestedende dienst een aankondiging publiceert mogen alle tot het dynamisch aankoopstelsel toegelaten inschrijvers inschrijven op de opdracht waarna gunning plaatsvindt.

3.3.7. Raamovereenkomsten

Is formeel geen aanbestedingsprocedure, maar een vaak gebruikte manier om opdrachten te gunnen via een andere procedure. De uitkomst van de doorlopen procedure is dan een raamovereenkomst. Een raamovereenkomst⁶² is een overeenkomst van ten hoogste 4 jaren⁶³ tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen overheidsopdrachten vast te leggen. Hierbij is geen sprake van een bezwarende titel⁶⁴ (vereiste tegenprestatie). Zodra deze er wel is, wordt er gesproken van een raamcontract hetgeen gelijk staat met een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Opdrachten voortgekomen uit een raamovereenkomst dienen wel te worden aanbesteed volgens de geldende wet- en regelgeving ook al is er geen bezwarende titel.

Bij een raamovereenkomst is het uitgangspunt dat deze de mededinging niet mag hinderen, beperken of vervalsen en de aanbestedende dienst mag er geen oneigenlijk gebruik van maken.

3.4. Start van de aanbestedingsprocedure

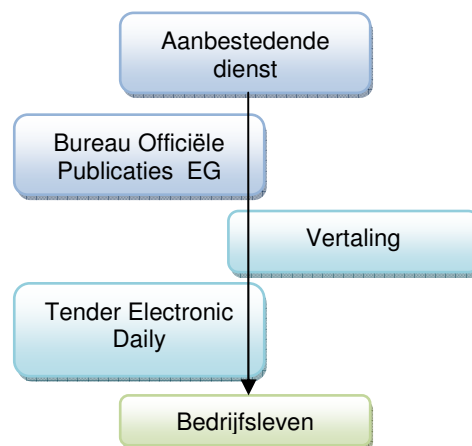
De aanbestedingsprocedure vangt aan wanneer de aankondiging tot opdracht en de aanbestedingsdocumentatie is gepubliceerd via het Bureau Officiële Publicatie Europese Gemeenschappen (BOPEG).

De informatievoorziening in Europese aanbestedingsprocedures verloopt via het Bureau voor Officiële Publicaties van de Europese Gemeenschappen (BOPEG), gevestigd in Luxemburg. Zij is verantwoordelijk voor de publicatie van de aankondiging welke dient te gebeuren binnen een termijn van uiterlijk 12 dagen of bij een versnelde procedure 5 dagen. Een publicatie, op kosten van de EU, vindt plaats in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen. Daarnaast komen alle aankondigingen terecht in de officiële databank van de EU, de Tender Electronic Daily (TED). Rekening dient te worden gehouden met het feit dat alleen de tekst van de oorspronkelijke taal authentiek is. Het BOPEG draagt zorg voor vertaling naar alle officiële talen van de EU, maar het kan voorkomen dat er verschillen ontstaan.

⁶² Artikel 32 BAO

⁶³ Looptijd is maximaal 4 jaar behalve in uitzonderingsgevallen die deugdelijk gemotiveerd zijn

⁶⁴ Zie leeswijzer pagina 5



Figuur 12: Publicatie via BOPEG tijdens aanbestedingstraject

3.4.1. De aankondiging

De aanbestedende dienst is bij Europese aanbestedingen verplicht om de aanbestedingsdocumentatie te publiceren via het BOPEG. Voor opdrachten met een waarde onder de Europese drempelbedragen kan de aanbestedende dienst volstaan met de bekendmaking van de aanbesteding op nationaal niveau. De publicatieverplichtingen volgen uit lokaal beleid aangezien de aanbestedende dienst niet verplicht is om aan te besteden volgens de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Het publiceren van nationale aanbestedingen gebeurt vaak via een landelijk dagblad, de gemeentekrant, advertentie in een vakblad en/of via internet.⁶⁵

In de inschrijvingsfase is het van belang er rekening mee te houden dat de inschrijvingstermijn begin te lopen op de datum van verzending en niet van publicatie.

3.4.2. Vragenronde

Zowel in de openbare als de niet-openbare procedure worden er naast de aankondiging van de opdracht stukken gepubliceerd met een omschrijving van de aard en de omvang van de opdracht. Deze gedetailleerde omschrijving van de opdracht is het bestek of leidraad. Inschrijvers hebben vervolgens de mogelijkheid om binnen een bekendgemaakte termijn schriftelijk vragen voor te leggen aan de aanbestedende dienst. Deze zal vervolgens een antwoord op deze vragen formuleren middels een Nota van Inlichtingen. Deze Nota van Inlichtingen maakt vervolgens deel uit van de aanbesteding. Indien hier onvolkomenheden of onjuistheden zijn op te merken mag de inschrijver dit nogmaals mede delen. Als de inschrijver na de aanbestedingsprocedure beroep in wil stellen dan dient de inschrijver de aanbestedende dienst op de onjuistheden te wijzen. Vaak staat dit ook vermeld in het bestek. Een afwachtende houding resulteert in het niet ontvankelijk verklaren van een latere vordering. Uit het Grossmann-arrest⁶⁶ is voortgekomen dat van een (potentiële) inschrijver een proactieve houding mag worden verwacht en dat hij tegen onduidelijkheden of onvolkomenheden in aanbestedingsstukken opkomt in een stadium waarin deze nog ongedaan kunnen worden gemaakt.

⁶⁵ www.aanbestedingskalender.nl, www.aanbestedingenonline.nl

⁶⁶ HvJEG, 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann

3.4.3. Nota van Inlichtingen

Na de publicatie van de aanbesteding met de aanbestedingsdocumentatie heeft de inschrijver de mogelijkheid om vragen te stellen naar aanleiding van het bestek. De vragenronde kan schriftelijk dan wel per e-mail of eventueel via een (openbare) inlichtingenbijeenkomst plaatsvinden. De gestelde vragen worden door de aanbestedende dienst beantwoordt en vervolgens aan alle aanvragers van de aanbestedingsstukken bekend gemaakt zodat inschrijvers de inschrijving indien nodig kunnen aanpassen. De nadere inlichtingen over het beschrijvend document moeten uiterlijk 6 dagen voor het verstrijken van de inschrijvingstermijn worden verzonden. Het document met de vragen en antwoorden is de Nota van Inlichtingen welke deel uit maakt van de aanbesteding.

De Nota van Inlichtingen is een belangrijk juridisch document in een aanbestedings-procedure. Het is van belang dat de beantwoording van de vragen niet mag leiden tot een substantiële wijziging van de specificaties of eisen die gesteld worden aan de leverancier/dienstverlener. Tevens mogen de antwoorden niet leiden tot discriminatie van een product, leverancier/dienst of leiden tot minder transparantie en objectiviteit.⁶⁷

Aandachtspunt voor de inschrijver met betrekking tot de aanbestedingsstukken en de Nota van Inlichtingen is om op tijd, op het moment dat er nog iets aan gedaan kan worden, kenbaar te maken als er onduidelijkheden of juridisch niet correct gehandeld wordt. Mocht dit niet gebeuren dan kan het gevolg zijn dat een eventueel later beroep ongegrond wordt verklaard. Dit is gebaseerd op het Grossmann arrest⁶⁸ waarin kort gezegd is bepaald dat er een proactieve houding wordt verwacht van de inschrijver met betrekking tot onduidelijkheden en onvolkomenheden in een aanbesteding. Wanneer een inschrijver tijdens de vragenronde geen bezwaar maakt over specificaties of discriminerende eisen en zich later (na de voorlopige gunning) hier wel op beroept, dan handelt de inschrijver in strijd met de doelstelling van snelheid en doeltreffendheid van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en belemmert de toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen aangezien de procedure zonder objectieve reden wordt vertraagd.

3.5. Selecteren en Gunnen

Na het indienen van de inschrijving gaat de aanbestedende dienst de inschrijving selecteren en gunning. Voor een inschrijving zijn de selectie- en gunningscriteria van belang aangezien deze bepalen een wie de opdracht gegund wordt.

Er zit een duidelijk verschil tussen selectie- en gunningscriteria.

- Selectiecriteria hebben alleen betrekking op het bedrijf;
- Gunningscriteria hebben alleen betrekking op het product of de dienst van het bedrijf (de opdracht).

⁶⁷ PIANOo, 4. *Hoe organiseer ik een Europese aanbesteding?*
<metroskaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn4/antwoord9-4.html>

⁶⁸ HvJEG, 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann



figuur 10: Selectie en gunning

Om te komen tot gunning van de opdracht wordt er eerst getoetst aan verschillende fases. Voor iedere fase geldt dat er eerst moet worden voldaan aan de gestelde criteria voordat de inschrijving wordt toegelaten tot de volgende fase.

3.5.1. Selectiecriteria.

De selectiecriteria zijn onder te verdelen in algemene minimumeisen, uitsluitingscriteria en geschiktheidscriteria.

Algemene minimumeisen

Onder de algemene minimumeisen vallen alle eisen die gesteld worden aan de wijze van inlevering en zijn vaak in de eerste paragrafen van het bestek terug te vinden. Voorbeelden hiervan zijn de vormeisen van de inschrijving, tijdstip en locatie van het indienen van de inschrijving. Niet voldoen aan de algemene minimumeisen betekent uitsluiting van het meedingen naar de opdracht.

Uitsluitingscriteria

De uitsluitingscriteria⁶⁹ zien toe op de omstandigheden die de persoon betreffen en die de uitsluiting van de inschrijver rechtvaardigen. Hierbij worden niet integere bedrijven gefilterd. Er zijn uitsluitingscriteria die tot uitsluiting moeten leiden (verplicht) en uitsluitingsgronden die kunnen leiden tot uitsluiting (facultatief).⁷⁰ Voor het toepassen van facultatieve uitsluitingsgronden moeten deze duidelijk vermeld staan in de aanbestedingsdocumentatie.

Verplichte uitsluiting bij een onherroepelijke veroordeling van:

- Deelname aan een criminele organisatie;
- Omkoping van een ambtenaar;
- Valsheid in geschrifte;
- Fraude met EG subsidie;
- Omkoping van anderen dan ambtenaren;
- Witwassen.

⁶⁹ Artikel 45 BAO

⁷⁰ Pijnacker Hordijk en anderen, 2004 pagina 216

Facultatieve uitsluitingscriteria zijn:

- Faillissement, of een aangevraagd faillissement;
- Onherroepelijke veroordeling voor een delict in strijd met beroepsgedragsregels;
- Ernstige beroepsfout;
- Niet betaalde sociale zekerheidsbijdragen of belastingen;
- Het afgeven van valse verklaringen.

Met name de verplichte uitsluitingscriteria hebben tot gevolg dat er door de aanbestedende dienst altijd naar wordt gevraagd of bij de inschrijver één van de uitsluitingscriteria van toepassing is. De inschrijver kan hiertoe een Verklaring Omtrent Gedrag (VOG) indienen die door het Ministerie van Justitie is afgegeven. Met een VOG kan een inschrijver bewijzen dat hij niet onherroepelijk is veroordeelt voor de verplichte uitsluitingsgronden of voor een delict in strijd met de beroepsgedragsregels(facultatief).⁷¹

Geschiktheidscriteria

Onder de geschiktheidscriteria vallen de eisen van kwalitatieve aard waaraan de inschrijver moet voldoen om voor gunning van een bepaalde opdracht in aanmerking te komen. Het niet voldoen aan de geschiktheidscriteria leidt bij een openbare procedure tot uitsluiting en bij een niet openbare procedure zal de desbetreffende gegadigde niet worden geselecteerd en uitgenodigd tot inschrijven.⁷²

Om de geschiktheid te toetsen van gegadigden zijn er drie soorten gronden:

- De beroepsbevoegdheid;⁷³
- De financiële en economische draagkracht van een ondernemer;⁷⁴
- De technische en beroepsbekwaamheid van een ondernemer.⁷⁵
(In verband met de aard, de hoeveelheid, of omvang en het doel van de opdracht).

De aanbestedende dienst is in beginsel vrij om geschiktheidscriteria te formuleren, maar wanneer deze zijn opgenomen in het bestek, dan is de aanbestedende dienst verplicht deze toe te passen. Deze criteria moeten:

- Objectief, niet discriminerend en eenduidig zijn;
- Proportioneel zijn en in verband staan met het voorwerp van de opdracht;
- Transparant zijn en;
- Voor iedereen gelijk zijn.

Op verzoek van de aanbestedende dienst is het aan de inschrijver om aan te tonen dat er geen reden is tot uitsluiting. De regelgeving geeft per criteria bewijsmogelijkheden waarbij de aanbestedende dienst verplicht is deze te erkennen. Voor de verplichte uitsluitingsgronden kan volstaan worden met een uittreksel uit het strafregister, de VOG en/of voor de overige uitsluitingsgronden een door een bevoegde autoriteit afgegeven getuigschrift.

Als namelijk aan alle selectiecriteria is voldaan, dan wordt de inschrijver geselecteerd. Als er meerdere geselecteerde inschrijvers zijn, dan kan de aanbestedende dienst op een objectieve manier minimaal 5 inschrijvers selecteren bijvoorbeeld op basis van notariële loting. Dit is vooraf in de aanbestedingsdocumentatie bekend gemaakt.

⁷¹ PIANOo, '6. Hoe ga ik met de regels om?' <metrokaart.pianoo.nl/antwoorden/lijn6/antwoord2-6.html>

⁷² Pijnacker Hordijk en anderen 2004, pagina 233

⁷³ Artikel 47 BAO

⁷⁴ Artikel 48 BAO

⁷⁵ Artikel 49 BAO

De niet-openbare procedure verloopt in twee fases waarbij eerst selectie van de gegadigde plaats vindt aan de hand van de algemene-, uitsluitings- en geschiktheidscriteria. Vervolgens vindt na uitnodiging door de aanbestedende dienst de definitieve inschrijving plaats.

3.5.2. gunningscriteria

Een aanbestedende dienst kan een overheidsopdracht gunnen op grond van

- a) criteria die verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht, indien gunning aan de inschrijver met de vanuit het oogpunt van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving plaatsvindt, of,
- b) het criterium van de laagste prijs.⁷⁶

a) Indien de aanbestedende dienst gunt op grond van de economisch meest voordelige inschrijving dan maakt deze een afweging tussen de prijs-kwaliteitverhouding. Vereist is dat de criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht. Voorbeelden zijn de kwaliteit, de prijs, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de milieukekenmerken, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de klantenservice en de technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering etc., want deze opsomming is niet limitatief.

Het beoordelen van de inschrijving gebeurt aan de hand van de vooraf bekend gemaakte gunningscriteria. De aanbestedende dienst maakt vooraf aan de inschrijvers duidelijk op welke wijze en met welke gunningscriteria er beoordeelt gaat worden. De aanbestedende dienst is verplicht om in de aankondiging het relatieve gewicht van de gebruikte criteria te benoemen. In de praktijk kan dit door middel van puntentoekenning aan de verschillende gunningscriteria. Indien weging niet mogelijk is dan volstaat het benoemen van de criteria in afnemende volgorde van belangrijkheid. De inschrijver met het hoogst aantal behaalde punten zal de opdracht gegund krijgen.⁷⁷

b) Gunning op grond van het criteria laagste prijs is eenvoudiger, immers de aanbestedende dienst hoeft alleen te kijken naar prijzen van de ingediende offertes. Dit gunningscriterium leent zich uitstekend voor relatief eenvoudige producten of diensten.

Voorlopige gunning

Na de beoordeling van de inschrijvers aan de hand van de vooraf bepaalde en bekendgemaakte gunningscriteria stelt de aanbestedende dienst vast aan welke inschrijver zij voornemens is om te gunnen. Schriftelijk wordt deze voorlopige gunning bevestigd aan de inschrijver alsmede de afwijzing van de overige inschrijvers.

Jurisprudentie en met name het Alcatel-arrest⁷⁸ heeft geresulteerd in de verplichting voor de aanbestedende dienst om na het bekend maken van de voorlopige gunning een redelijke termijn van minimaal 15 dagen⁷⁹ in te stellen waarin inschrijvers beroep in kunnen stellen tegen een besluit van de aanbestedende dienst. Deze tijdsonderbreking in de aanbestedingsprocedure komt voort uit de gedachte dat de inschrijvende dienst de mogelijkheid moet worden geboden om, indien zij daartoe aanleiding achten, gerechtelijke stappen te ondernemen.

⁷⁶ Artikel 54 BAO.

⁷⁷ Uitzonderingen mogelijk zie paragraaf 4.1.

⁷⁸ HvJEG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, (Alcatel)

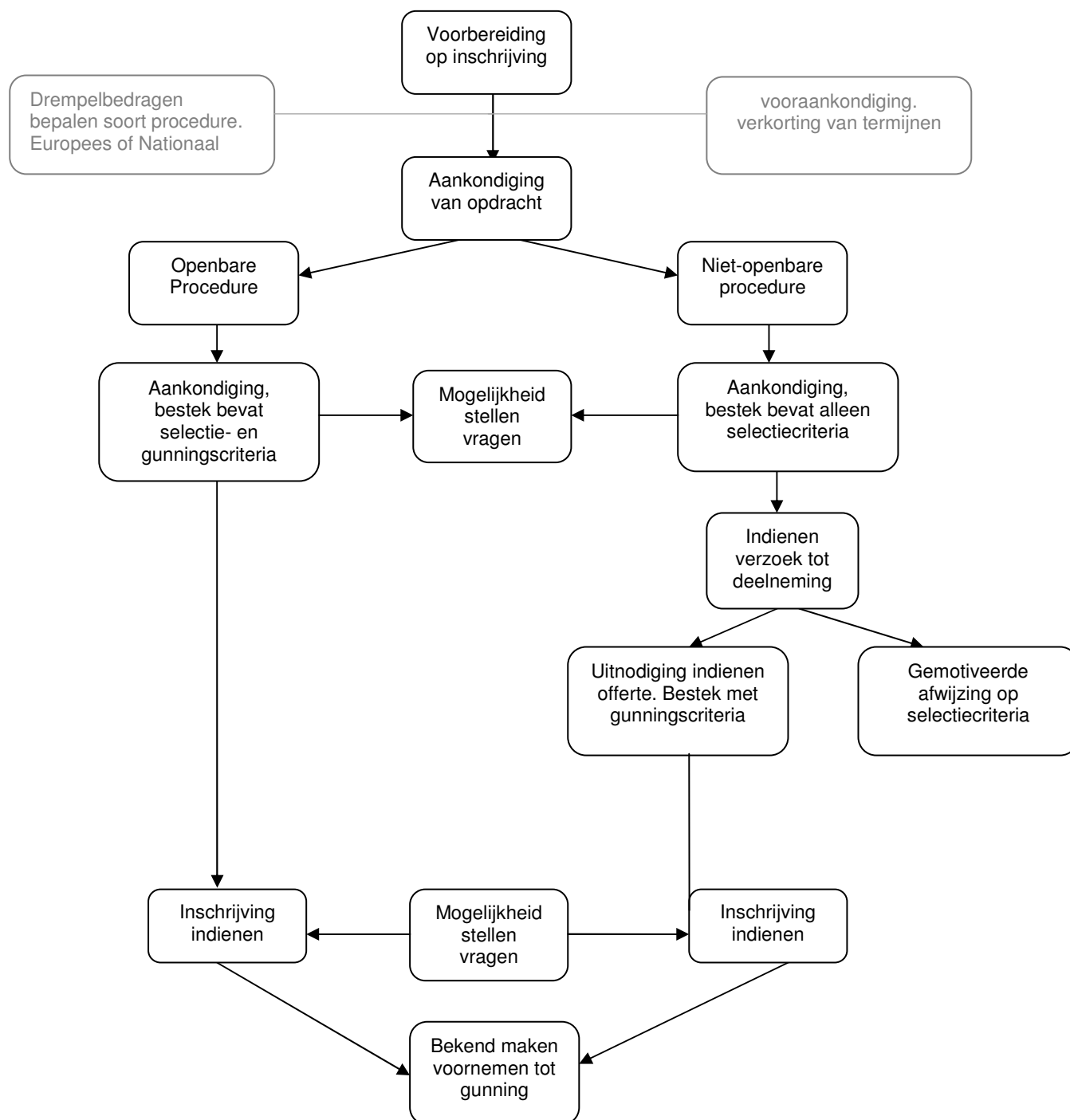
⁷⁹ Artikel 55 lid 2 BAO

Na de voorlopige gunning begint de evaluatie fase waarin de aanbestedende dienst en de inschrijvers de mogelijkheid hebben om de aanbestedingsprocedure te evalueren.

3.6. Samenvatting

Kort gezegd: Indien er sprake is van een aanbestedende dienst welke een aanbestedingsplichtige opdracht heeft van boven het drempelbedrag dan is deze verplicht om deze opdracht aan te besteden volgens één van de vastgelegde procedures. Meest voorkomend zijn hierbij de openbare en niet-openbare procedure welke veel gelijkenissen tonen, maar met verschil dat de niet-openbare procedure in twee fases verloopt. Na een eventuele vooraankondiging volgt de aankondiging waarna gegadigden kunnen inschrijven op de opdracht. Alvorens in te schrijven bestaat er de mogelijkheid om vragen te stellen aan de aanbestedende dienst. Deze vragen zijn van belang voor eventuele latere gerechtelijke stappen. In de openbare procedure vindt inschrijving plaats door het indienen van een volledige inschrijving opgesteld conform de eisen van het bestek, en bij de niet-openbare procedure wordt er eerst een verzoek tot deelneming ingediend waarna de aanbestedende dienst na selectie een aantal gegadigde uitnodigt tot inschrijving. Na de inschrijving maakt de aanbestedende dienst het voornemen tot gunning bekend voordat over wordt gegaan naar de definitieve gunning.

Figuur 11: De inschrijvingsfase

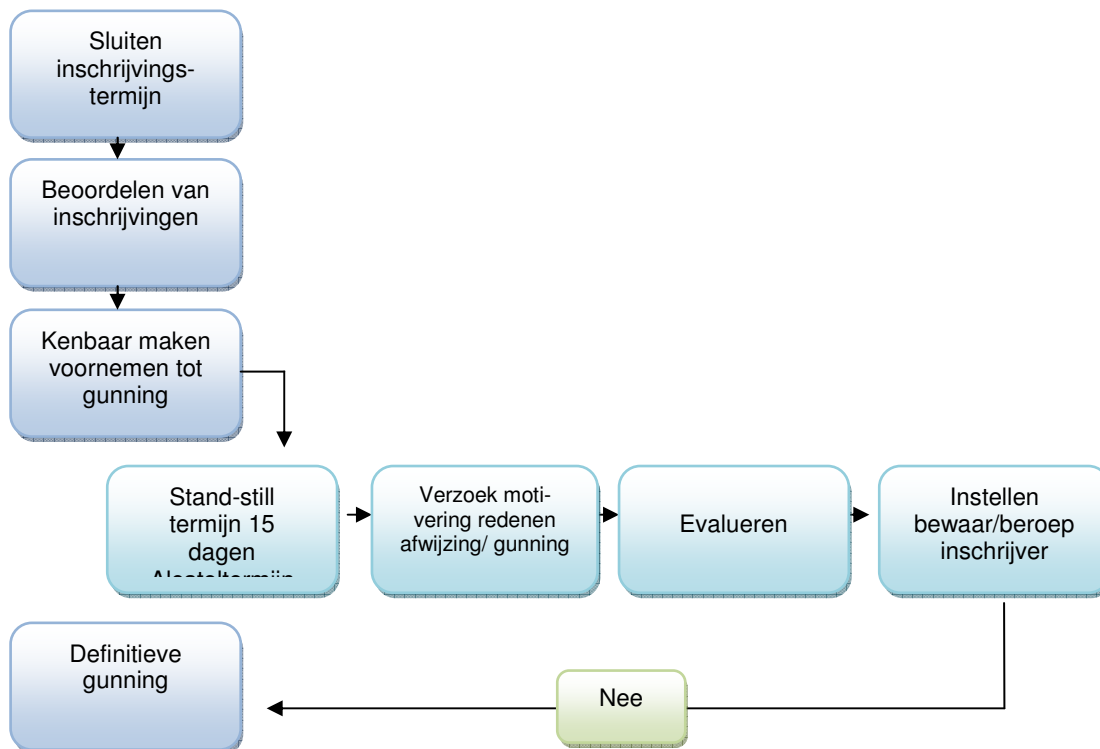


4. “DE EVALUATIEFASE”

Na het sluiten van de inschrijvingstermijn start de fase waarin de aanbestedende dienst de inschrijvingen beoordeelt en de aanbesteding voorlopig gunt. Na de voorlopige gunning kunnen de betrokken partijen alleen dan wel tezamen gaan evalueren.

Paragraaf 4.1. beschrijft het proces van bekend worden van de voorlopige gunning en de publicatie van de definitieve gunning. Het juridisch kader van het aanbestedingsrecht komt aan bod in paragraaf 4.2. De werking van de formele rechtsbescherming en de overige mogelijkheden van betrokken partijen in de evaluatiefase is vervolgens beschreven in paragraaf 4.3. Paragraaf 4.4 gaat verder in op de mogelijkheden van de evaluatiefase in de praktijk. Tot slot is paragraaf 4.5. een samenvatting van de evaluatiefase.

4.1. De gunning



Figuur 12: Proces van de evaluatiefase

De aanbestedende dienst beoordeelt⁸⁰ de inschrijvingen en op basis daarvan zal gunning plaats vinden aan een geschikte inschrijver. De aanbestedende dienst heeft overigens niet de verplichting om de aanbesteding te gunnen. Het gehele aanbestedingstraject heeft de aanbestedende dienst de mogelijkheid om de aanbesteding in te trekken. Het is dan echter niet meer mogelijk om de opdracht onder dezelfde eisen en wensen opnieuw aan te besteden. Vereist voor een ‘her-aanbesteding’ zijn substantiële wijzigingen in de opdracht zodat er sprake is van een nieuwe aanbesteding en er geen sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel.

⁸⁰ Zie paragraaf 3.5.2.

In een recente uitspraak in de zaak Retara Interieurwerken tegen het Jeroen Bosch Ziekhuis heeft de Rechtbank van 's-Hertogenbosch bepaald dat het niet toegestaan is om een aanbesteding heraan te besteden omdat dit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. In casu was er sprake van hetzelfde bestek en de mogelijkheid van betrokken partijen om kennis te hebben over de vorige inschrijving waardoor voordeel kon ontstaan voor deze partijen.⁸¹

Alvorens over te gaan tot definitieve gunning, is de aanbestedende dienst verplicht om het voornemen tot gunning / de voorlopige gunning kenbaar te maken aan de betrokken partijen om deze in de gelegenheid te stellen beroep aan te tekenen tegen besluiten van de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst is verplicht de inschrijver een redelijke termijn te geven van 15 dagen om beroep aan te tekenen.⁸² Wanneer de redelijke termijn is verlopen en er geen inschrijver in beroep is gegaan wordt de gunning definitief. Dit gebeurt door de ondertekening van het contract na de laatste onderhandelingen tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver over de definitieve invulling van de laatste onduidelijkheden.

De definitieve gunning wordt door de aanbestedende dienst binnen 48 dagen verzonden aan het BOPEG.⁸³ Het BOPEG draagt vervolgens zorg voor de publicatie van de definitieve gunning waarmee het formele eindpunt van het aanbestedingstraject is bereikt.

4.2. Juridisch kader rechtsbescherming

Deze paragraaf geeft een korte weergave van rechtsbescherming die is geregeld op Europees en Nationaal niveau.

4.2.1. Rechtsbescherming op Europees niveau

Gebaseerd op de oude richtlijnen is op 11 december 2007 door publicatie in het EG-publicatieblad de rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG, tot wijziging van de richtlijn 89/665/EEG en 92/13/EEG, '*verhoging doeltreffendheid beroepsprocedures inzake de plaatsing van overheidsopdrachten*', van kracht geworden. Deze richtlijn heeft geen directe werking⁸⁴ (betrokken partijen kunnen geen rechtstreeks beroep doen op een van de bepalingen opgenomen in de richtlijn), maar geeft minimumvoorwaarden waaraan het nationale rechtstelsel met betrekking tot rechtsbescherming in aanbestedingszaken moet voldoen. Deze voorwaarden houden in dat het mogelijk moet zijn om snelle en doeltreffende maatregelen te nemen wanneer er sprake is van een onwettig besluit.⁸⁵

De rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn opgesteld met als doel het coördineren van de rechtsbeschermingsregels, het naleven van het transparantie en gelijkheidsbeginsel en het bieden van gelijkwaardige juridische garanties voor betrokkenen partijen.⁸⁶

⁸¹ Rechtbank s'-Hertogenbosch 13 februari 2009, LJN: BH3620, Retara Interieurwerken tegen het Jeroen Bosch Ziekenhuis

⁸² Op basis van HvJEG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, (Alcatel)

⁸³ Zie paragraaf 3.4.

⁸⁴ Zie leeswijzer pagina 5 voor uitleg van het begrip directe werking.

⁸⁵ AKD Prinsen van Wijmen; '*Europees aanbestedingsrecht*'
<www.akd.nl/nieuws/publicaties/Factsheet_aanbestedingsrecht_maart06.pdf>

⁸⁶ Kenniscentrum Europa Decentraal; '*Rechtsbescherming*'
<www.europadecentraal.nl/menu/513/Rechtsbescherming.html>

4.2.2. Rechtsbescherming op nationaal niveau

Het ministerie van Economische Zaken heeft de verplichting om de richtlijn 2007/66/EG voor 21 december 2009 te implementeren nu deze geen directe werking heeft. Het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting hebben inmiddels ter consultatie gelegen en het wetsvoorstel is aangenomen door de Ministerraad. Momenteel ligt het wetsvoorstel voor advies bij de Raad van State. De verwachting is dat het wetsvoorstel in de zomer aan de Tweede Kamer verzonden kan worden. Vervolgens komt het wetsvoorstel bij de Eerste Kamer terecht en kan de wet na goedkeuring worden bekrachtigd en gepubliceerd waardoor de wet in werking treedt en partijen zich rechtstreeks op bepalingen uit deze wet kunnen beroepen.⁸⁷

4.3. Rechtsbescherming in de dagelijkse praktijk

In artikel 1 van richtlijn 2007/66/EG is de algemene bepaling opgenomen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep moet kunnen worden ingesteld.

Art 1 richtlijn 2007/66/EG

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluit het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

Met artikel 1 wordt bedoeld op inbreuken van voorschriften uit de algemene aanbestedingsrichtlijnen ten aanzien van transparantie en non-discriminatie, in elk stadium van de aanbestedingsprocedure.⁸⁸ De beroepsmogelijkheden komen vervolgens voort uit artikel 2 lid 1 van de richtlijnen 2007/66/EG waarin de verplichtingen voor de lidstaten zijn opgenomen om de rechtsbescherming te reguleren. Lidstaten moet zorgen voor maatregelen die de mogelijkheid geven:

- Sub a; om zo snel mogelijk en in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad;
- Sub b; onwettig genomen besluiten nietig te (doen) verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische en/of financiële specificaties;
- Sub c; schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden.

⁸⁷ Ministerie van Economische Zaken; *Aanbestedingen consultatie wetsvoorstel WIRA*, <ez.nl/Onderwerpen/Huidige_economie/Aanbestedingen/Consultatie_Wetsvoorstel_Implementatie_ri
chtlijn_Rechtsbescherming_Aanbesteden_WIRA>

⁸⁸ Hebly, 'Rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen' <www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/download/common/lezing_hebly_1_.pdf>

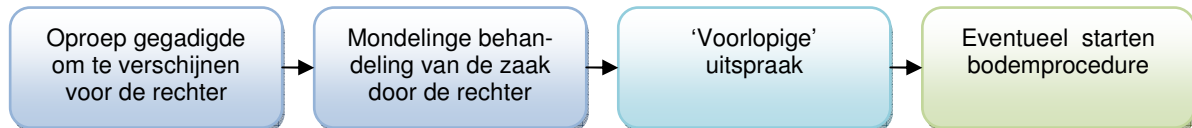
4.3.1. Beroep

In de Nederlandse praktijk is het zo dat betrokken partijen een Kort Geding⁸⁹ aan kunnen spannen bij de burgerlijke rechter. De burgerlijke of ook wel de civiele rechter genoemd is bevoegd in zaken waarin er een conflict is ontstaan tussen burgers onderling. Bij aanbestedingszaken wordt de (semi) overheid aangemerkt als aanbestedende dienst. Hierdoor kan het voor de hand liggen dat de bestuursrechter bevoegd is. Dit is echter niet het geval aangezien het bij aanbestedingszaken gaat om voorbereidende handelingen van de aanbestedende dienst voor een privaatrechtelijke rechtshandeling. De aanbestedende dienst wordt dus niet gezien als een bestuursrechtelijk orgaan waardoor de burgerlijke rechter bij aanbestedingsgeschillen bevoegd is.

In aanbestedingsgeschillen wordt gebruik gemaakt van de Kort geding procedure. Vereist hiervoor is dat de zaak zich leent voor snelle en eenvoudige afwikkelingen en er moet sprake zijn van spoedeisend belang. Voor het spoedeisendheid wordt een afweging gemaakt van de belangen van partijen en moet het om zodanige noodzaak gaan dat een uitspraak via een gewone procedure, een dagvaardingsprocedure niet is af te wachten.

In een mondelinge procedure leidt het kort geding tot een voorlopige voorziening hetgeen inhoudt dat het om een voorlopige uitspraak van de rechter gaat. Partijen kunnen een bodemprocedure, een dagvaardingsprocedure starten voor een definitieve uitspraak echter, dit komt niet vaak voor in de praktijk bij aanbestedingszaken.

Het Kort Geding verloopt volgens dezelfde eisen als de dagvaardingsprocedure⁹⁰ met de nodige aanpassingen voor de termijnen in verband met de vereiste spoed en de procesvertegenwoordiging is niet verplicht voor de gedaagde partij.⁹¹



Figuur 13 Kort Geding

Naast de formele mogelijkheden voor betrokken partijen om recht te halen in een zaak waarin de partij van mening is dat er onrechtmatig is gehandeld zijn er andere mogelijkheden.

In aanbestedingszaken komt de rechter pas in beeld op het moment dat een van de betrokken partijen daar om verzoekt. De partijen moeten daarom zelf de juridische vereisten in het oog houden en indien een partij van mening is dat er onwettig gehandeld is, dan is er de mogelijkheid om de burgerlijke rechter in te schakelen.

⁸⁹ Artikel 254 tot en met artikel 260 Wetboek van burgerlijke Rechtsvordering

⁹⁰ Artikel 261 en verder Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

⁹¹ Wieten, 2004

4.3.2. Bezwaar

Het kan voorkomen dat in het bestek een bepaling is opgenomen waarin de mogelijkheden voor inschrijvers worden genoemd wanneer zij het niet eens zijn met de voorlopige gunning. In deze voorlopige gunning worden deze tevens genoemd of er wordt een verwijzing gegeven naar het bestek. Naast de formele mogelijkheid van beroep kan het zo zijn dat de inschrijver eerst bezwaar kan maken tegen de genomen beslissing van de aanbestedende dienst. De inschrijver volstaat met een schriftelijke brief waarin kenbaar wordt gemaakt tegen de beslissing bezwaar te hebben. De aanbestedende dienst kan zelf bepalen hoe te reageren op het bezwaar. Zij kan voorstellen om een mondeling evaluatiegesprek aan te gaan of indien het bewaar goed is gemotiveerd het uitstellen van de definitieve gunning. Dit is voor de aanbestedende dienst een vergaande beslissing en vraagt van de inschrijver die een goed gemotiveerd bezwaar.

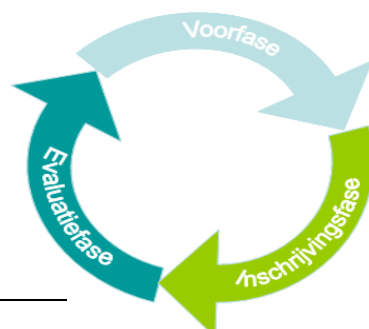
De mogelijkheid van bezwaar maken sluit de mogelijkheid van beroep niet uit.. Het blijft voor de inschrijver mogelijk om in beroep te gaan nadat bezwaar is gemaakt bij de aanbestedende dienst.

Alvorens te komen tot het maken van bezwaar of het in stellen van beroep zal de aanbestedingsprocedure geëvalueerd dienen te worden om inzicht te krijgen in eventueel onwettig handelen.

4.4. De evaluatie van het aanbestedingstraject

Om te beoordelen voor een inschrijver of er sprake is van onwettig handelen, zal deze de procedure moeten evalueren. Zoals reeds eerder genoemd zal de aanbestedende dienst aan de betrokken partijen de voorlopige gunningsbeslissing kenbaar maken. Echter wanneer een partij van mening is dat er onvoldoende redenen voor de afwijzing zijn opgenomen in de schriftelijke motivering, dan kan de inschrijver het verzoek doen om verdere motivering van de afwijzing. Het is niet uitzonderlijk dat er een evaluatiegesprek plaats vindt tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver. In een dergelijk gesprek kunnen partijen op een informele manier gedachten uitwisselen over het verloop van de aanbestedingsprocedure. Na het evaluatiegesprek kan een inschrijver binnen de opgenomen redelijke termijn in beroep gaan tegen de voorgenomen beslissing.

In de evaluatiefase kan naast de rechtsbescherming ook de evaluatie van de procedure in het algemeen en de verbeteringen in het proces worden bekeken. Een evaluatiegesprek of enige andere vorm van communicatie kan leiden tot meer informatie en voorbereidingen op toekomstige aanbestedingszaken. Daarnaast kan de evaluatiefase ervoor dienen om in contact te komen en/of een relatie op te bouwen, te verdiepen met de aanbestedende dienst. Dit contact/deze relatie kan ten goede komen bij een volgende aanbestedingsprocedure.⁹² De inschrijver kan in kaart brengen wat de daadwerkelijke eisen en wensen van de aanbestedende dienst zijn geweest en eventueel bij een volgende aanbesteding zullen zijn. De evaluatiefase geeft de inschrijver de kans inzicht te krijgen in de doorlopen aanbestedingsprocedure en welke verbeterpunten bij de volgende aanbesteding kunnen zorgen voor een meer kansrijke inschrijving. In dit licht bekeken heeft de evaluatiefase deels de functie als voorfase.



⁹² Zie hoofdstuk 5

4.5. Samenvatting

Rechtsbescherming in aanbestedingszaken is op Europees niveau neergelegd in richtlijn 2007/66/EG. Nederland is verplicht deze richtlijn voor 21 december 2000 te implementeren. Inmiddels heet het Ministerie van Economische Zaken hiervoor een wetsvoorstel opgesteld.

De lidstaten zijn verplicht om betrokken partijen de mogelijkheid te geven een Kort Geding aan te spannen om onwettige besluiten ongedaan te maken, besluiten nietig te (doen) verklaren of om schadevergoeding toe te kennen. Een Kort Geding bij de burgerlijke rechter is om op korte termijn in spoedeisende gevallen een (voorlopige) uitspraak te krijgen middels een voorlopige voorziening.

Naast de formele mogelijkheid kan de inschrijver, indien de aanbestedende dienst hiertoe de mogelijkheid geeft in de aanbestedingsdocumentatie, bezwaar maken tegen de voorlopige gunning. Vaak zal dit gebeuren na een evaluatiegesprek tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver waarin zaken zijn besproken als het juridisch correct verlopen van de procedure, de afwegingen van de aanbestedende dienst en eventuele verbeterpunten voor de inschrijver. Ook tijdens de evaluatiefase speelt een stuk relatiemanagement op de achtergrond mee. De publicatie dient als formeel eindpunt voor het aanbestedingstraject, echter het is mogelijk en gewenst om de evaluatiefase gedeeltelijk als voorfase te laten gelden.

5. KANSRIJK INSCHRIJVEN

Er is onderzoek gedaan naar welke (subjectieve) factoren zorgen voor een kansrijke inschrijving. Het antwoord hierop is weergegeven aan de hand van tips en adviezen richting de inschrijver. Desondanks zijn er in ieder aanbestedingstraject factoren waarop een inschrijver geen invloed heeft. Kansrijk wil niet per definitie zeggen het binnenhalen van de aanbesteding/de opdracht, maar een kansrijke inschrijving is een inschrijving welke zodanig is gedaan dat deze de meeste kans heeft op het binnen halen van de opdracht.

De onderzoeksonderbouwing voor specifiek het onderzoek met betrekking tot hoofdstuk 5 is beschreven in paragraaf 5.1. De uit dit onderzoek voortkomende tips en adviezen worden gegeven in paragraaf 5.2 waarna 5.3 het hoofdstuk afsluit met een korte samenvatting.

5.1. Onderzoeksonderbouwing hoofdstuk 5

Om te komen tot tips en adviezen voor een kansrijke inschrijving wordt er gebruik gemaakt van de verkregen kennis door middel van literatuuronderzoek waarvan de resultaten terug te vinden zijn in de hoofdstukken 1 tot en met 4 en praktijkkennis opgedaan tijdens de dagelijkse praktijk, bijgewoonde trainingen alsmede adviesgesprekken met inschrijvende organisaties, informatie verkregen via Appeldoorn Tendermanagement en afgenomen diepte interviews met betrokken personen bij het inschrijven op aanbestedingen bij verschillende organisaties.

Bereid voor het beantwoorden van vragen waren een accountmanager en een directiesecretaresse beiden van verschillende middelgrote organisaties en twee adviseurs van een multinational, één werkzaam voor inschrijvingen bij aanbestedingen op nationaal niveau en één bij aanbestedingen op decentraal niveau.

Naast de gestelde vragen was er ruimte in de gesprekken voor een eigen inbreng en een natuurlijk verloop van het gesprek. Dit heeft geresulteerd in interessante informatie.⁹³

5.2. Algemene tips en adviezen

In een aanbestedingstraject zijn er een aantal aspecten welke altijd van belang zijn. Daarnaast zijn er een aantal aandachtspunten welke gelden voor de specifieke fases uit het tender-verkoopmodel⁹⁴.

- Doe wat gevraagd wordt;
- Denk vooruit, zorg voor een goede voorbereiding en gebruik ervaringen bij een volgende aanbesteding;
- Let op alle strikte termijnen. Er is maar één kans;
- Lees goed en begrijp wat er precies gevraagd en bedoeld wordt en bij twijfel:
- Stel vragen. In de gedachtegang van transparantie en doorzichtigheid is de aanbestedende dienst verplicht antwoord te geven op alle vragen over de aanbesteding;
- Communiceer prettig en naar de wensen van de aanbestedende dienst.

⁹³ Zie bijlage 5: Uitwerking interviews

⁹⁴ Zie figuur 2: tender-verkoopmodel

5.3. Tips en adviezen bij de voorfase

- Anticipeer tijdig in de voorfase over eventueel ophanden zijnde aanbestedingen, zodat gerichte voorbereidingen mogelijk zijn. Stuur indien binnen de aanbestedingsrechtelijke grenzen mogelijk is naar een gunstige opdracht;
- Zorg voor een standaardvoorbereiding binnen de organisatie;
- Weet wie er met het aanbestedingstraject belast en bevoegd zijn en zorg daarbinnen voor voldoende kennis. Het instellen van vaste personen zorgt ook voor groei van ervaring binnen aanbestedingsprocedures;
- Stel eventueel iemand aan die zich bezig houdt met handelen in de voorfase (bijvoorbeeld een accountmanager en/of een pre-tenderconsultant). Deze persoon heeft als functie het signaleren van aanbestedingen en het onderhouden van relaties. Indien er sprake is van het al werkzaam zijn bij een aanbestedende dienst waak er dan voor dat het lijkt of het allemaal goed gaat terwijl de aanbestedende dienst het liever anders of beter ziet. Kijk dan ook eens kritisch naar de samenwerking en verbeter zo nodig;
- Ken uw markt en zorg dat u op de hoogte bent van alle ontwikkelingen binnen uw branche.

5.4. Tips en adviezen bij de inschrijvingsfase

- Maak een weloverwogen beslissing om wel of niet in te schrijven;
- Voldoe aan alle eisen en wensen van een aanbestedende dienst;
- Werk netjes en zorgvuldig. Voldoe aan alle formele vereisten en voorkom hiermee uitsluiting. Daarnaast laat de inschrijving er op een positieve manier uitspringen door gebruik te maken van een vernieuwde uitstraling. Houdt voldoe hierbij wel aan de eisen die aan het inschrijvingsdocument worden gesteld!
- Lever alles op tijd in;
- Maak gebruik van de vragenronde en stel vragen. Vragen om tot de achterliggende gedachte te komen van de aanbestedende dienst alsmede tactische vragen welke kunnen leiden tot het verhinderen van de concurrentie of het eenvoudiger maken van inschrijven.

5.5. Tips en adviezen bij de evaluatiefase

- Evalueer altijd, zowel bij winst als verlies; (Allereerst om te achterhalen wat de reden van afwijzing is en daarnaast om contact op te bouwen met de aanbestedende dienst)
- Laat de evaluatiefase dienen als een voorfase;
- Gebruik de verkregen informatie bij een evaluatiefase ook bij een volgende aanbesteding;
- Hanteer een systeem waarin wordt bijgehouden wie, wanneer, en waarom is afgewezen. Maak van iedere procedure een kort verslag zodat dit bij een volgende aanbesteding makkelijk terug te vinden is. Gebruik deze informatie om het aanbestedingstraject te verbeteren op grond van opgedane kennis en ervaring.

5.6. Samenvatting

Als een organisatie tevreden is met de wijze van omgaan met aanbesteden en er een juiste balans is van inspanning en resultaat is het prima. Maar bedenk dat het vrijwel altijd mogelijk is om te veranderen en hiermee zelfs te verbeteren.

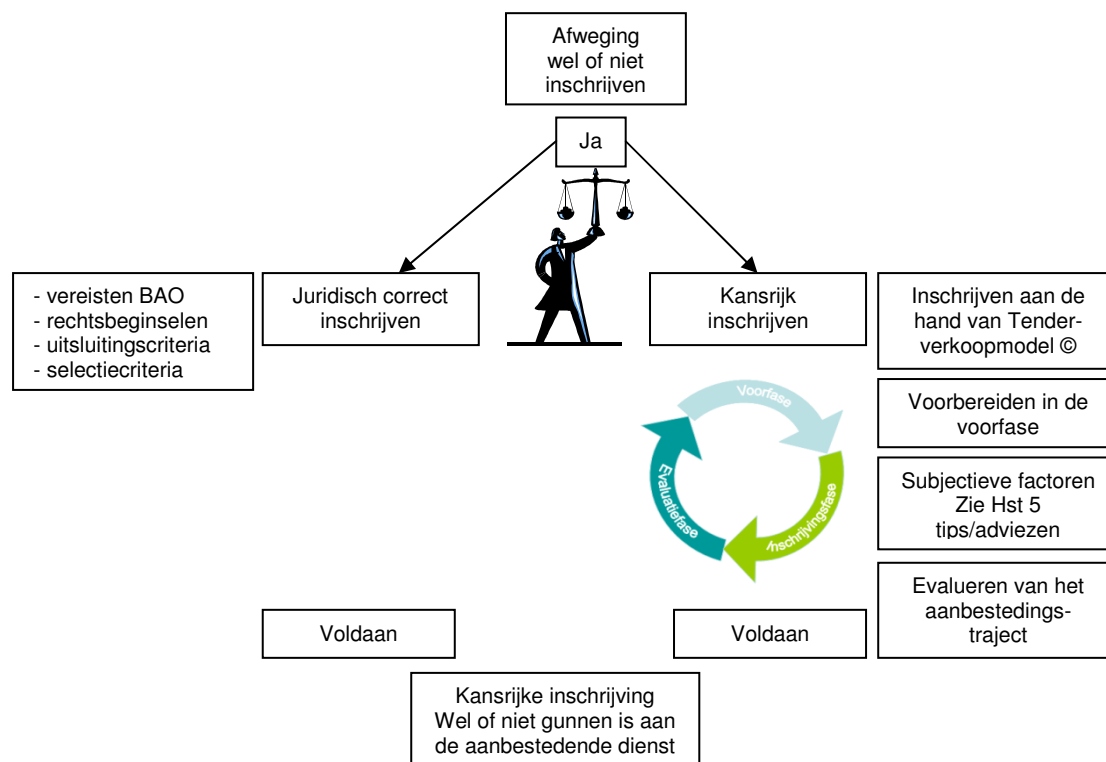
Het aanbestedingsproces bestaat in theorie uit 2 delen:

1. Zorgen voor een juridisch correcte inschrijving waarbij wordt voldaan aan alle juridische vereisten waarmee vervolgens uitsluiting wordt voorkomen. Kansrijk inschrijven heeft te maken met de in een opdracht gestelde eisen, en wat in de ogen van de aanbestedende dienst de beste opdracht is. Dit is vastgelegd in de verschillende aanbestedingsdocumenten. Als een organisatie voor de laagste prijs geeft wat de aanbestedende dienst wil, wordt aan deze organisatie de opdracht gegund. Lijkt heel simpel maar er komt toch nog heel wat bij kijken voordat daadwerkelijk een opdracht wordt gegund.

2. Om te komen tot een inschrijving die kans maakt om de opdracht binnen te komen zijn er een aantal aspecten die een belangrijke rol spelen. Deze uitkomst is gebaseerd op praktijkervaring. Het is al eerder aan bod gekomen, maar nogmaals het aanbestedingstraject houdt meer in dan alleen inschrijven op een aanbesteding. Hieraan vooraf gaat een zogenoemde voorfase en na het sluiten van de inschrijvingsfase is er nog sprake van een evaluatiefase. Dit is aan de hand van het tender-verkoopmodel ©.⁹⁵ Belangrijk is om van de verschillende fases gebruik te maken. In de voorfase door middel van voorbereiding binnen de organisatie van het inschrijvingsproces en het contact leggen met de aanbestedende dienst. En de evaluatiefase om te achterhalen wat de redenen van afwijzing zijn en nogmaals contact te hebben met de aanbestedende dienst en deze informatie dan ook effectief en efficiënt gebruiken voor een volgend te doorlopen aanbestedingstraject. Het is altijd belangrijk om het gehele aanbestedingstraject en dan met name de inschrijvingsfase goed te doen, of niet te doen aangezien het anders zonde is van de tijd en moeite. De aanbestedingsmarkt van beiden kanten is immers groot. Veel aanbestedingen, maar ook veel inschrijvers.

Daarnaast blijft een aanbesteding mensenwerk. Houdt in gedachten dat het, ook al is het niet de intentie, het kan gaan om subjectieve factoren die meewegen in de beoordeling van inschrijvingsdocumenten. Bij iedere aanbesteding zijn er ook factoren waarop een inschrijver geen invloed heeft en die wel kunnen meespelen bij de beoordeling. Denk aan concurrerende partijen.

⁹⁵ Zie hoofdstuk 2 voor een uitgebreide omschrijving en de werking van het tender-verkoopmodel©



Figuur 14: Kansrijk inschrijven

6. CONCLUSIE

Het onderzoek naar de vraag hoe een gegadigde op juridisch correcte wijze een inschrijvingsproces voor een (Europese) aanbesteding voor leveringen of diensten doorloopt en welke overige (subjectieve) factoren bepalen of een inschrijving kansrijk is heeft geresulteerd in deze scriptie. De wijze van onderzoek alsmede de resultaten zijn opgenomen en verwerkt in de verschillende voorgaande hoofdstukken.

De conclusies en aanbevelingen volgend op het onderzoek zijn hoofdzakelijk gericht op de doelgroep van het onderzoek: inschrijvers op aanbestedingen.

Paragraaf 6.1 behandelt de wet- en regelgeving van het aanbestedingsrecht waarin de voor de praktijk relevante belangrijkste bevindingen worden genoemd. Paragraaf 6.2 combineert en koppelt de juridische vereisten aan de (subjectieve) factoren voor een kansrijke inschrijving waarna paragraaf 6.3 tot slot een algemene aanbeveling geeft.

6.1. Invloed van het juridisch kader op het aanbestedingstraject

Op Europees niveau is de regelgeving voor aanbestedingen neergelegd in richtlijn 2004/18/EG, de algemene richtlijn met betrekking tot aanbestedingen van werken, diensten en leveringen. Nederland heeft deze richtlijn geïmplementeerd middels het Besluit Aanbestedingsregels Overheidsopdrachten (BAO). In het BAO zijn de verplichtingen opgenomen voor aanbestedende diensten en aanbestedingsplichtige opdrachten met een waarde boven het drempelbedrag.⁹⁶ Naast het Europees aanbestedingsrecht zijn lidstaten vrij om een Nationaal beleid voor aanbesteden op te stellen. In Nederland zijn er bepaalde gemeentes die in lokaal beleid de regelgeving van aanbestedingen voor opdrachten onder de Europese drempelbedragen hebben vast gelegd. Gedachtegang is om de inkoop van diensten of leveringen volgens bepaalde standaard richtlijnen te laten verlopen om zo verantwoord om te gaan met de gemeenschapsgelden.

In een aanbestedingstraject ligt het initiatief voor het juridisch correct doorlopen van de procedure veelal bij de aanbestedende dienst. De verplichtingen uit de wet- en regelgeving zijn immers gericht op de aanbestedingsprocedures waarbij van de aanbestedende dienst wordt geacht deze bij aanbestedingen te volgen. Het is de taak van de aanbestedende dienst om binnen de regelgeving een opdracht te formuleren en op de markt te brengen middels een aankondiging en aanbestedingsdocumenten waarin alle details en vereisten van de opdracht zijn opgenomen.⁹⁷

Desondanks zijn de juridische regels ook voor een inschrijver van belang. De eisen en verplichtingen die immers door de aanbestedende dienst aan de inschrijver worden gesteld komen voort uit de wet- en regelgeving tezamen met de algemene beginselen zoals het transparantiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel, en het proportionaliteitsbeginsel. Gezien het feit dat er alleen rechtelijke toetsing plaatsvindt op verzoek van een van de partijen is het aan de gegadigde zelf om stappen te nemen als er niet binnen de grenzen van het aanbestedingsrecht wordt gehandeld (indien dit ook in het belang is van de betrokken inschrijver). De inschrijver kan de aanbestedende dienst ook op juridische onvolkomenheden wijzen door vragen te stellen.

⁹⁶ Zie bijlage 1

⁹⁷ Artikel 36 BAO

6.2. Kansrijk inschrijven binnen de aanbestedingsregels

Binnen de grenzen van de juridische regels is het voor iedere aanbestedende dienst een zoektocht naar de perfecte combinatie tussen de geformuleerde opdracht en het gewenste aanbod. Voor de inschrijver is het juist hierin tegemoet komen door datgene aan te bieden wat de aanbestedende dienst eist en wenst. Als een inschrijver dit doet (middels het inschrijvingsdocument) dan zal deze de opdracht gegund krijgen.

Om tot dit resultaat te komen zijn er een aantal factoren waar een aanbieder rekening mee kan houden. Op basis van verschillende ervaringen uit de praktijk heeft het onderzoek een aantal tips en adviezen opgeleverd welke ervoor kunnen zorgen dat een inschrijving meer kans maakt op het gegund krijgen van de opdracht.

6.2.1. Invloed voorfase op kansrijk inschrijven

De aanbestedingsregels zijn voornamelijk gericht op de inschrijvingsfase hetgeen tot gevolg heeft dat in de voorfase nog bepaalde mogelijkheden zijn om te handelen ten gunste van een latere aanbesteding.

Uit het onderzoek is gebleken dat het van belang is voor de inschrijver om te weten wat de aanbestedende dienst nu precies wil, eist en wenst. Aangezien het is toegestaan⁹⁸ om te communiceren met aanbestedende diensten kan een inschrijver voorafgaand aan de publicatie van de aanbesteding hier op inspringen. Als er sprake is van een goede relatie gebaseerd op vertrouwen is het mogelijk dat de inschrijver op de hoogte is van een toekomstige aanbesteding en eventueel nog invloed kan uitoefenen bij het formuleren van de opdracht. Vervolgens kan de inschrijver (gerichte) voorbereidingen treffen. Gebleken is dat een actieve houding van de inschrijver in de voorfase, (relatie, voorbereidingen) een pre zijn voor het inschrijvingstraject in verband met tijdsbesparing en inzicht in de opdracht. De kans op gunning wordt verhoogd door een actieve rol in de voorfase van een inschrijver.

6.2.2. Invloed Inschrijvingsfase op kansrijk inschrijven

In de inschrijvingsfase is het de beurt aan de inschrijver om binnen de grenzen van het aanbestedingsrecht een goede aanbieding te doen. De wet- en regelgeving zijn grotendeels gericht op het in goede banen leiden van de inschrijving, hetgeen tot gevolg heeft dat ook de inschrijver zich hier te houden heeft aan de juridische regels die door de aanbestedende dienst zijn neergelegd in de opdracht.

In de inschrijvingsfase worden er twee stappen gemaakt. Één: er vindt selectie plaatst van de inschrijver, en twee: de opdracht wordt gegund aan één van de geselecteerde inschrijvers.⁹⁹

⁹⁸ Communicatie mag mededinging niet beperken. Zie in dit verband paragraaf 2.2.2; 'Chinese Wall-bepaling'

⁹⁹ Uitzonderingen mogelijk

De uitsluitingscriteria¹⁰⁰ maken deel uit van de selectie en kunnen leiden tot het uitsluiten van de inschrijver tot verdere deelname aan het aanbestedingsproces. Het is aan te bevelen het gevraagde bewijs te overleggen aan de aanbestedende dienst om aan te tonen dat geen van de uitsluitingscriteria van toepassing zijn op de inschrijver. De volgende stap is het aantonen van de geschiktheid van de inschrijver aan de hand van de geschiktheidscriteria.¹⁰¹ Hieruit moet blijken dat de inschrijver in staat is om aan de eisen van de opdracht te kunnen voldoen. De uitsluiting en geschiktheidscriteria tezamen zorgen voor selectie van de aanbestedende dienst. Selectiecriteria zijn overigens puur gericht op de aanbieder en de gunningscriteria op de aanbidding.

Na selectie zal de aanbestedende dienst op basis van bekend gemaakte gunningscriteria¹⁰² de aanbesteding gunnen. Gunning vindt plaats op het criteria laagste prijs, of economisch meest voordelige aanbidding. Zodra er gegund wordt op het criteria van de laagste prijs is de redenatie om te komen tot een kansrijke inschrijving redelijk eenvoudig. Als de inschrijving voldoet aan alle selectiecriteria en vervolgens de laagste prijs biedt, is gunning onvermijdelijk.

Gunning op het criteria van economisch meest voordelige inschrijving brengt een iets andere redenatie met zich mee om te komen tot een kansrijke inschrijving. De aanbestedende dienst maakt hierbij namelijk gebruik van meerdere criteria met betrekking tot de prijs en kwaliteit. Aan alle criteria worden scores toegekend waarna gunning volgt voor de inschrijver met de hoogste score.

Iedere aanbesteding is anders, hetgeen tot gevolg heeft dat iedere inschrijving een maatwerk naast standaardwerk vergt.

Om tot een maximale score te komen is, zoals reeds eerder opgemerkt, van belang te weten wat nu precies bedoeld en gevraagd wordt door de aanbestedende dienst. Aanrader is om hiervoor de contacten in de voorfase effectief te gebruiken, en vragen te stellen aan de aanbestedende dienst bij de vragenronde. De antwoorden hierop zijn terug te vinden in de Nota van Inlichtingen welke deel uitmaakt van de aanbesteding. Het gebruiken van deze Nota van Inlichtingen maakt een aanbesteding meer duidelijk en gedetailleerd hetgeen de inschrijver in staat stelt om te beantwoorden aan de precieze eisen en wensen van de aanbestedende dienst.

6.2.3. Invloed evaluatiefase op kansrijk inschrijven

Na het gunnen van de opdracht is er de mogelijkheid om de aanbesteding te evalueren. Een goede evaluatie kan zorgen voor een verbetering van het proces. Evalueren is dan ook van belang bij het krijgen van de opdracht dan wel bij het niet gegund krijgen van de opdracht. Om inzichtelijk te krijgen waarom een opdracht niet gegund is kan de inschrijver het verzoek doen om de redenen van afwijzing in vergelijking met de winnende inschrijver. Dit kan schriftelijk of mogelijk via een persoonlijk gesprek. Hieruit kan vervolgens opgemaakt worden of het aanbestedingstraject volgens de juiste juridische aanbestedingsregels is verlopen en of er gerechtelijke maatregelen gewenst zijn, daarnaast kunnen eventuele verbeterpunten voor de inschrijver aan bod komen. Het meenemen van deze ervaringen in een volgende inschrijving kan leiden tot een verbetering van het proces.

¹⁰⁰ Artikelen. 45, 47 BAO

¹⁰¹ Artikelen 49,50,51 juncto 52 BAO

¹⁰² Artikel 54 BAO

Het is mogelijk dat tijdens de evaluatie, of misschien al tijdens de procedure, de inschrijver constateert dat de aanbesteding niet volgens de wet- en regelgeving verloopt. In het Nederlandse recht staat dan de gang naar de burgerlijke rechter open. Om de inschrijver de mogelijkheid te geven om gerechtelijke stappen te ondernemen is de aanbestedende dienst verplicht een stand-still termijn op te nemen van minimaal 15 dagen.¹⁰³ Om te voorkomen dat de inschrijver het beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard is van belang om een proactieve houding te kunnen aantonen in de aanbestedingsprocedure door bijvoorbeeld vragen te stellen aan de aanbestedende dienst.¹⁰⁴

6.3. Aanbevelingen voor de praktijk

Specifiek naar voren gekomen in de praktijk is dat het naast het juridisch correct doorlopen van het aanbestedingstraject van belang is om bepaalde aspecten mee te nemen in het aanbestedingstraject om te komen tot een kansrijke inschrijving.

Een goede relatie tussen de inschrijver en de aanbestedende dienst blijkt mee te wegen in de mate van kans op gunning bij het inschrijven op een aanbesteding. Deze relatie speelt mee in zowel de voorfase bij het duidelijk krijgen van de opdracht, de inschrijvingsfase, het toepassen van de kennis over de aanbestedende dienst, als wel de evaluatiefase, het opbouwen en onderhouden van een relatie. Daarnaast is gebleken dat kennis en ervaring bij de inschrijver meespelen bij het doorlopen en succesvol afronden van het aanbestedingstraject. De aanbestedingsmarkt is groot en nog steeds groeiende in de huidige tijd. De strenge eisen en de concurrerende partijen die op de hoogte zijn van het juist doorlopen van een aanbestedingstraject zorgen ervoor dat fouten maken onherroepelijk leidt tot het verliezen van de aanbesteding.

Het gehele aanbestedingsrecht is geregeld in verschillende Europese en nationale wet- en regelgeving, echter wordt het aanbestedingsrecht veelal bepaald door de praktijk. Bij het inschrijven op een aanbesteding moet dus altijd in het achterhoofd gehouden worden dat er naast de juridische vereisten overige (subjectieve) factoren een rol spelen, ook al is het aanbestedingsrecht bedoeld om dit te voorkomen.

Kort gezegd: weet wat gevraagd wordt, doe dan vervolgens ook precies wat gevraagd wordt en zorg er voor dat de inschrijving er op een positieve manier uit springt. Dit is per aanbesteding, aanbestedende dienst, en inschrijver verschillend.

¹⁰³ Volgend uit de uitspraak in de zaak: HvJEG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, Alcatel

¹⁰⁴ Volgend uit de uitspraak in de zaak: HvJEG, 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann

LITERATUURLIJST

Geraadpleegde literatuur

Baarda, De Goede en Teunissen 2005

D.B. Baarda, M.P.M. de Goede, J. Teunissen, *Basisboek Kwalitatief Onderzoek. Handleiding voor het opzetten en uitvoeren van kwalitatief onderzoek*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2005, tweede druk.

Dukes 2007

M. Dukes, *Europees aanbesteden. Nieuwe kansen, nieuwe prijzen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Pisuisse, Teubner 2005

Pisuisse, Teubner, *Elementair Europees gemeenschapsrecht*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2005, zesde druk.

Goorden 2003

C.P.J. Goorden, *Algemeen bestuursrecht compact*, Den Haag: Elsevier juridisch 2003, vierde druk.

Grit 2005

R. Grit, *Projectmanagement. Projectmatig werken in de praktijk*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2005.

Leidraad voor juridische auteurs 2004

Leidraad voor juridische auteurs. Voetnoten, bronvermeldingen, literatuurlijsten en afkortingen in Nederlandse publicaties, Deventer: Kluwer 2004, vierde druk.

Pijnacker Hordijk, Van der Bend, Van Nouhuys 2004

E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, derde druk.

Wieten 2004

H.L.G. Wieten, *Procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2004, tweede druk.

Regelgeving

BAO

Besluit Aanbestedingsregels Overheidsopdrachten

Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, stb. 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, stb 2005, 409

EG-verdrag

Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, verdrag van 25 maart 1957, Trb 1957, 91, laatst gewijzigd 3 oktober 2005, Trb 2006,11

Richtlijn 71/305/EEG

Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB 1971.

Richtlijn 92/50/EEG

Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, PB 1992, L 209/1, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52

Richtlijn 93/36/EEG

Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, PB 1993, L 199/1, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52.

Richtlijn 93/37/EEG

Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB 1993, L 199/54, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52.

Richtlijn 93/38/EEG

Richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, PB 1993, L 199/84, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/4.

Richtlijn 2004/17/EG

Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PB 2004, L 134/1

Richtlijn 2004/18/EG

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, PB 2004, L 134/114.

Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten PB 2007 , L 335/31

Rechtspraak

Alcatel

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 28 oktober 1999, C-81/98

Amphia ziekenhuis

Hoge Raad 1 juni 2007, LJN AZ 9872,

Grossmann

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 12 februari 2004, C-230/02

Jeroen Bosch Ziekenhuis

Rechtbank s'-Hertogenbosch 13 februari 2009, LJN: BH3620 , Retara Interieurwerken tegen het Jeroen Bosch Ziekenhuis

Stadt Hall

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 11 januari 2005, C-107/98

Teckal

Hof van Justitie Europese Gemeenschappen 18 november 1999, C-107/98

Rapporten

Appeldoorn 2007

M. Appeldoorn, *Notitie Europees aanbesteden*, Rapport van Appeldoorn Tendermanagement, Tilburg: 2007.

Appeldoorn 2005

M. Appeldoorn, *Inschrijven op Europese aanbestedingen; de basis!, verkorte handleiding 'Europees aanbesteden'*, Rapport van Appeldoorn Tendermanagement, Tilburg: 2005.

Gemeente Utrecht 1999

Gemeente Utrecht, *Nota aanbestedingsbeleid* 1999. Rapport van gemeente Utrecht: 1999

De Groene 2008

M. De Groene, *Toekomstverwachtingen nieuwe aanbestedingswet. Van voorstel naar praktijk*, Tilburg 2008

Juridische Hogeschool Avans- Fontys 2008

Juridische Hogeschool Avans-Fontys, *Competentieboek E3 en E4, Afstuderen*, Juridische Hogeschool Avans-Fontys, samenstellers: B. Kratsborn, J. Pop, R. Masselink; editie nummer 6, juni 2008 vs 8.

Internetbronnen¹⁰⁵

Aanbestedingen Online©: 2004
<www.aanbestedingenonline.nl>

Appeldoorn Tendermanagement Tilburg: 2008
<www.appeldoortm.nl>

Eur-lex
Het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, kortweg het Publicatiebureau, Europese Gemeenschappen©: 1995-2009 <www.eur-lex.eu>

Europa, Europese Gemeenschappen©: 1995-2009
<www.europa.eu>

Europa Decentraal Copyright©: 2009 Kenniscentrum Europa decentraal
<www.europadecentraal.nl/>

Europeseaanbestedingen, G. Geertseman
<www.europeseaanbestedingen.eu>

Gemeente.nu
M. Uding, I. Hartendorp, uitgave van Elsevier Overheid, onderdeel van Reed Business bv, Amsterdam: 2009 <www.gemeente.nu.nl>

Leidraadaanbesteden, Regieraad Bouw, Gouda: 2009
<www.leidraadaanbesteden.nl>

Ministerie van Economische Zaken, Directie Communicatie: 2009
<www.ez.nl/>

Overheid, Antwoord©: 2009
<www.overheid.nl>

PIANOO, PIANOO Expertisecentrum Aanbesteden, Den Haag: 2008
<www.pianoo.nl>

Raad van Arbitrage
<www.raadvanarbitrage.nl>

De Rechtspraak: 2009
<rechtspraak.nl/default.htm>

Tenderselekt, Reed Business bv©, Doetinchem: 2007
<www.tenderselekt.nl>

TED, Tenders Electronic Daily
<ted.europa.eu/Exec?Template=TED/editorial_page.htm&DataFlow=ShowPage.dfl&StatLang=NL>

¹⁰⁵ Geraadpleegd in de periode tussen februari 2009 en mei 2009 en gecontroleerd in mei 2009

BIJLAGEN

1.	<i>Europese drempelbedragen</i>	<i>pagina 2</i>
2.	<i>Onderzoeksplan</i>	<i>pagina 3</i>
3.	<i>Lijst van aanbestedende diensten</i>	<i>pagina 21</i>
4.	<i>Lijst van publiekrechtelijke instellingen</i>	<i>pagina 25</i>
5.	<i>Uitwerking interviews</i>	<i>pagina 29</i>

FIGUREN

<i>FIGUUR 1: VAN ONDERZOEK NAAR SCRIPTIE NAAR NOTITIE</i>	<i>10</i>
<i>FIGUUR 2: TENDER-VERKOOPMODEL(C)</i>	<i>11</i>
<i>FIGUUR 3: JURIDISCH KADER (EUROPEES) AANBESTEDINGSRECHT</i>	<i>12</i>
<i>FIGUUR 4: EUROPEES / NATIONAAL AANBESTEDEN</i>	<i>15</i>
<i>FIGUUR 5: NOTITIE (EUROPEES) AANBESTEDEN</i>	<i>17</i>
<i>FIGUUR 6: ONDERZOEK (EUROPEES) AANBESTEDEN</i>	<i>18</i>
<i>FIGUUR 7: TENDER-VERKOOPMODEL(C)</i>	<i>19</i>
<i>FIGUUR 8: START FASES IN EEN AANBESTEDINGSTRAJECT</i>	<i>26</i>
<i>FIGUUR 9: VERSIMPELDE WEERGAVE VAN DE DREMPELBEDRAGEN 2008-2009</i>	<i>28</i>
<i>FIGUUR 10: SELECTIE EN GUNNING</i>	<i>36</i>
<i>FIGUUR 11: DE INSCHRIJVINGSFASE</i>	<i>40</i>
<i>FIGUUR 12: PROCES VAN DE EVALUATIEFASE</i>	<i>41</i>
<i>FIGUUR 13 KORT GEDING</i>	<i>44</i>
<i>FIGUUR 14: KANSRIJK INSCHRIJVEN</i>	<i>50</i>