

Nieuwsflash Aanbesteding 46 | 23 september 2011

Nieuwe standaardformulieren voor aankondigingen

Europese aanbestedingen moeten worden bekend gemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie. Aanbestedende diensten moeten de standaardformulieren gebruiken die zijn voorgeschreven. Met ingang van 16 september 2011 zijn deze standaardformulieren (niet ingrijpend) gewijzigd door middel van Verordening 842/2011 van 19 augustus 2011. De onlineformulieren zijn te vinden op <http://simap.eu.int>.

Meer informatie:

Anke Stellingwerff Beintema

E: anke.stellingwerff@loyensloeff.com

T: 020 578 5731

Gids Proportionaliteit

Begin deze maand heeft het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie de Gids Proportionaliteit ter consultatie gepubliceerd.

Deze Gids is tot stand gekomen in het kader van het flankerend beleid bij het wetsontwerp voor de nieuwe Aanbestedingswet. De Gids is opgesteld door een schrijfgroep bestaande uit twee leden werkzaam bij marktpartijen, twee leden werkzaam bij aanbestedende diensten en een onafhankelijk voorzitter.

In het wetsvoorstel is het proportionaliteitsbeginsel expliciet opgenomen. Het verplicht aanbestedende diensten om bij een aanbesteding uitsluitend eisen en criteria te stellen die in redelijke verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht. De Gids geeft de visie van de schrijfgroep op de wijze waarop met het begrip 'proportionaliteit' bij aanbestedingen moet worden omgegaan.

De schrijfgroep neemt als uitgangspunt dat het proportionaliteitsbeginsel betrekking heeft op alle fasen van het aanbestedingsproces, dus van de keuze van de procedure, het aantal en de inhoud van de te stellen eisen tot en met de van toepassing te verklaren contractvoorwaarden. Voor elke opdracht en voor elke fase van het aanbestedingsproces zal een aanbestedende dienst dan ook een zorgvuldige afweging moeten maken over de te nemen keuzes. Wanneer een aanbestedende dienst een afwijkende keuze van de algemene uitgangspunten in de Gids maakt, dan dient hij dat te kunnen motiveren met goede gronden.

Hierna zetten wij enkele uitgangspunten van de Gids op een rij.

Clusteren

Uitgangspunt is 'niet clusteren, tenzij' in concreet geval gerechtvaardigd;

Samenvoeging van twee of meer opdrachten is toegestaan wanneer (i) het gaat om 'logisch samenhangende onlosmakelijk met elkaar verbonden onderdelen', (ii) -in het kader van de marktverhoudingen- de positie van het MKB zorgvuldig is geanalyseerd en afgewogen, en (iii) de aanbestedende dienst de noodzaak tot clusteren deugdelijk kan motiveren;

- Inkoopsamenwerking mag niet leiden tot het per definitie clusteren van opdrachten.
- Keuze aanbestedingsprocedure
- De te kiezen procedure moet worden afgestemd op het betreffende type markt;
- De 1-op-1-gunning wordt gangbaar geacht bij kleine opdrachten; voor leveringen en diensten tot EUR 40.000/50.000, voor werken bagatel tot EUR 150.000;
- De meervoudig onderhands procedure wordt gangbaar geacht voor leveringen en diensten tot de Europese drempel, en voor werken tot EUR 1.500.000;
- De nationaal openbare procedure wordt gangbaar geacht voor werken van EUR 1.500.000 tot de Europese drempel. Het is voldoende om hier tussen 3 en 5 ondernemingen voor uit te nodigen;
- De openbare procedure wordt geadviseerd bij minder dan circa 10 potentiële inschrijvers;
- De niet-openbare procedure wordt geadviseerd bij (veel) meer dan 10 potentiële inschrijvers en/of wanneer een bijzondere inspanning van de potentiële inschrijvers wordt gevraagd

Omzeteis

- Voor wat betreft de hoogte van de omzeteis wordt uitgegaan van de volgende glijdende schaal:
 - Eenvoudige opdracht: < 50% van de raming
 - Ingewikkeldere opdracht: 50-100-150% van de raming
 - Zeer complexe, risicovolle projecten: tot 300% van de raming
 - Alles boven 300% is disproportioneel
- Het is niet altijd proportioneel om een omzeteis om te rekenen naar een jaar (m.n. bij opdrachten met een uitvoeringsduur korter dan een jaar).

Ervaringseis

- Een ervaringseis moet aansluiten bij de relevante kerncompetenties van de opdracht. Van belang is niet te vragen naar ervaring met het uitvoeren van dezelfde opdrachten;
- Één referentieopdracht per competentie is voldoende;
- Als richtsnoer wordt gesteld: waarde van de referentie is 0-60% van de raming van de opdracht.

Eisen aan combinaties en onderaannemers

- Het stellen van verhoogde eisen aan combinaties is snel disproportioneel;
- Een zwaardere toepassing van uitsluitingsgronden op onderaannemers is niet proportioneel;
- Het toepassen van uitsluitingsgronden op onderaannemers waarop een inschrijver geen beroep doet voor de geschiktheidseisen is disproportioneel.

Contractvoorwaarden

- De Gids noemt de volgende punten (mogelijk) disproportioneel bij contractvoorwaarden
 - een nauwelijks voorzienbaar risico of onoverzienbare gevolgen neerleggen bij een inschrijver;
 - het afwijken van het wettelijke stelsel van verbintenissenrecht ten nadele van de inschrijver;
 - onbeperkte aansprakelijkheid;
 - aansprakelijkheid voor onbeperkte duur;
 - het opnemen van een meest begunstigingsclausule (i.e. bepaling waarbij de aanbestedende dienst altijd de beste prijs krijgt).
- Het opleggen van een contract zonder een mogelijkheid voor inschrijvers om contractwijzigingen voor te stellen is in beginsel disproportioneel;
- De verdeling van aansprakelijkheid dient gekoppeld te worden aan de risicoverdeling, branchegebruiken en de verzekeraarbaarheid;
- Branche contractmodellen/-voorwaarden dienen in beginsel integraal te worden toegepast (bijv. UAV 1989 en UAV-GC-2005).

Commentaar

De Gids Proportionaliteit sluit deels aan bij de uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel in de huidige (nationale) rechtspraak. Denk aan de zwaarte van de omzeteis en de ervaringseis. Deels geeft de Gids een invulling aan het proportionaliteitsbeginsel die ten gunste van (potentiële) inschrijvers verder gaat dan de huidige rechtspraak. Dit laatste is onder meer het geval ten aanzien van de mogelijkheid tot clusteren en het opstellen van contractvoorwaarden.

In de huidige opzet van de Aanbestedingswet zal de Gids Proportionaliteit als flankerend beleid bij de Aanbestedingswet gelden en zijn aanbestedende diensten niet verplicht deze Gids na te leven. Mocht het proportionaliteitsbeginsel niet goed worden nageleefd, dan kan de Gids echter als verplicht te volgen richtsnoer worden aangewezen. De Gids geeft in ieder geval (potentiële) inschrijvers houvast om disproportioneel geachte eisen en criteria aan de orde te stellen, en biedt de aanbestedende diensten steun bij de invulling van het proportionaliteitsbeginsel.

Belanghebbenden kunnen tot en met 4 november 2011 reageren op de Gids Proportionaliteit. De ontvangen reacties worden door het ministerie betrokken bij de afronding van de Gids.

Meer informatie

Jeroen Bergevoet

E: jeroen.bergevoet@loyensloeff.com

T: 020 – 578 5475

Geen rechtsverwerking, onrechtmatige gunningscriteria, onvoldoende motivering

Op 18 augustus 2011 wees de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam vonnis in de zaak KWS Infra B.V. / Gemeente Amsterdam (LJN: BR6264). De Gemeente had een nationale openbare aanbestedingsprocedure (ARW 2005) gevolgd voor de uitvoering van infrastructurele werkzaamheden. De Gemeente wenste de opdracht aan Dura Vermeer te gunnen. KWS was het hier niet mee eens en startte een kort geding. En met succes. Haar vordering tot heraanbesteding werd toegewezen. In het vonnis komen verschillende, veel in de praktijk voorkomende vragen aan bod.

Geen rechtsverwerking

KWS stelt allereerst dat de gehanteerde gunningscriteria onrechtmatig waren. De Gemeente werpt daartegen het zogenaamde Grossmann-verweer op. Volgens haar heeft

- KWS haar recht verwerkt om te klagen over de gunningscriteria omdat zij dat niet eerder (voor de datum van aanbesteding) had gedaan, terwijl
- deze zogenaamde onrechtmatigheden al wel voor KWS kenbaar waren (de gunningscriteria waren vanzelfsprekend gepubliceerd).

Aanbesteders zijn met dergelijke Grossmann-verweren vaak succesvol. Vaak is dit terecht, omdat daarmee wordt voorkomen dat teleurgestelde inschrijvers na aanbesteding op zoek gaan naar kleine onregelmatigheden om daarmee heraanbesteding af te dwingen. Maar dit gaat niet altijd op. Indien na aanbesteding blijkt dat essentialia van de aanbesteding (waaronder criteria) niet objectief of disproportioneel zijn geformuleerd of uitwerken, moet er voor inschrijvers een mogelijkheid zijn om dit alsnog bij de rechter aan te kaarten.

De Gemeente was in deze zaak echter niet succesvol. De Voorzieningenrechter oordeelt – kort gezegd – dat er geen sprake is van rechtsverwerking in geval een inschrijver ná inschrijving de (on)rechtmatigheid van de gunningscriteria in rechte getoetst wil zien. Niet relevant voor deze voorzieningenrechter was:

- dat in het bestek een contractuele bepaling was opgenomen, dat op straffe van verval van recht tijdig moest worden geklaagd, en evenmin;
- dat KWS eerder de onrechtmatigheid van de gunningscriteria aan de orde had kunnen stellen.
- Onrechtmatige gunningscriteria
- KWS had een aantal bezwaren tegen de gunningscriteria. De Voorzieningenrechter volgt het standpunt van KWS op de volgende punten:
- Het gunningscriterium 'referentiewerken' houdt geen verband met het voorwerp van de opdracht, maar met de geschiktheid van de inschrijver, en kan daarom niet als gunningscriterium dienen;

Een aanbestedende dienst heeft een grote mate van keuzevrijheid bij het vaststellen van en toepassen van gunningscriteria. Dit neemt niet weg, dat deze wel zodanig moeten zijn geformuleerd, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal oplettende zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren.

Het criterium 'bijdrage – bij de uitvoering van de werkzaamheden – aan algemeen maatschappelijk geaccepteerde duurzaamheidsprincipes (zoals beperking CO2uitstoot). Hoe groter de bijdrage aan duurzaamheidsprincipes (hoe minder CO2uitstoot) hoe meer punten toegekend worden.' voldoet daar niet aan.

Uit dit vonnis volgt, dat aanbestedende diensten op voorhand in de aanbestedingsstukken duidelijk moeten aangeven voor welke concrete aspecten in het te geven antwoord op een vraag punten kunnen worden gescoord en hoeveel. Gelet op het transparantiebeginsel verdient het onderhavige vonnis ook op dit punt navolging.

Onvoldoende motivering

Met betrekking tot de motivering van het voornemen tot gunning merkt de Voorzieningenrechter het volgende op:

- Het enkel toezenden van een scoretabel is alleen voldoende duidelijk indien er beoordeeld wordt op prijs [bedoel je hiermee gc van laagste prijs];
- De inschakeling van een beoordelingscommissie maakt niet dat als motivering volstaan kan worden met het overleggen van een scoretabel.
- Een verliezende inschrijver moet op basis van de motivering kunnen begrijpen waarom zijn inschrijving minder heeft gescoord. Uitgangspunt is dus dat de motivering de door de beoordelaar toegekende score moet kunnen dragen.
- De aanbestedende dienst zal in zijn motivering moeten aangeven of de inschrijver elementen bij de beantwoording van de vragen heeft gemist die tot een hogere score hadden kunnen leiden.
- Verder zal de score van iedere inschrijver gemotiveerd dienen te worden afgezet tegen de score van de winnende inschrijver.
- Uit dit vonnis blijkt dat aanbestedende diensten bij gunning op basis van de 'economisch meest voordelige inschrijving' niet kunnen volstaan met het opnemen van de scores van de betreffende inschrijver en de winnende inschrijver in hun mededeling van een voornemen tot gunning. Ook de reden waarom lager dan de maximale score en lager dan de winnaar is gescoord moet daarin worden medegedeeld. Dit lijkt ons, mede gelet op de relatief korte Alcateltermijn, juist. Ook op dit punt verdient het vonnis dus navolging.

Meer informatie:

Anke Stellingwerff Beintema

E: anke.stellingwerff@loyensloeff.com

T: 020 578 5731

Colofon

De Nieuwsflash Aanbesteding is een uitgave van het Team Aanbesteding en is bedoeld voor iedereen die beroepsmatig te maken heeft met (Europese) aanbestedingen op het gebied van werken, leveringen, diensten en binnen de nutssectoren. De Nieuwsflash Aanbesteding signaleert op concrete wijze voor de praktijk belangrijke aanbestedingsactualiteiten.

Voor meer informatie over het Team Aanbesteding verwijzen wij u naar onze brochure Aanbestedingspraktijk.

Wij hopen dat de Nieuwsflash Aanbesteding er aan bijdraagt u nog beter van informatie te voorzien op dit snel groeiende rechtsgebied. Voor op- en aanmerkingen en vragen houden wij ons van harte aanbevolen.

Hoewel deze nieuwsbrief met grote zorgvuldigheid is samengesteld, aanvaardt Loyens & Loeff N.V. geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen van het gebruik van de informatie uit deze uitgave zonder haar medewerking. De aangeboden informatie is bedoeld ter algemene informatie en kan niet worden beschouwd als advies.

www.loyensloeff.com