

Regieraad Bouw

Commissie Aanbesteden voor de Bouw

Tekstdocument

Leidraad Aanbesteden

Bouwopdrachten 2009

Tekst:

Prof. mr. C.E.C. Jansen in opdracht van de Regieraad Bouw

Beknopte inhoudsopgave

	Voorwoord	16
Hoofdstuk 1	Toepassingsgebied, doel(groep) en opzet van de Leidraad	21
Hoofdstuk 2	Hoe de juiste bouworganisatievorm te kiezen?	41
Hoofdstuk 3	Hoe de vraag te specificeren?	103
Hoofdstuk 4	Welke contractvorm te gebruiken?	133
Hoofdstuk 5	Welke aanbestedingsprocedure te hanteren?	157
Hoofdstuk 6	Hoe een-op-een te communiceren?	201
Hoofdstuk 7	Hoe de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria te formuleren, bekend te maken en toe te passen?	245
Hoofdstuk 8	Hoe het gunningscriterium te formuleren, bekend te maken en toe te passen?	295
Hoofdstuk 9	Hoe te beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn?	333
Hoofdstuk 10	Hoe de bouwopdracht aan te kondigen?	359
Hoofdstuk 11	Welke termijnen moeten er in acht worden genomen?	373
Hoofdstuk 12	Hoe moeten beslissingen worden gemotiveerd?	391

Uitgebreide inhoudsopgave

Voorwoord	16
1 Toepassingsgebied, doel(groep) en opzet van de Leidraad	21
1 Toepassingsgebied van de Leidraad	22
1.1 Alleen bouwopdrachten, geen ontwerpdiensten	22
1.2 Zowel B&U als GWW	22
2 Waarom een Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten?	22
2.1 Aanbestedingsverplichtingen op grond van wet- en regelgeving	22
2.2 Behoefte aan professionalisering van aanbestedingsbeleid	24
2.3 Leidraad als professionele standaard	28
3 Voor wie is de Leidraad bedoeld?	28
3.1 Onderscheid tussen beleidsniveau en operationeel niveau	28
3.2 (Semi-)overheidsaanbesteders	29
3.3 Private aanbesteders	29
3.4 Gegadigden en inschrijvers	30
3.5 Overige geïnteresseerden	30
4 Opzet van de Leidraad: tekstdocument en DSS	30
4.1 Tekstdocument	30
4.2 Decision Support System (DSS)	32
4.2.1 De functie van het DSS	32
4.2.2 De werking van het DSS	33
4.3 Koppeling met TenderNed	36
5 Leeswijzer	37

2 Hoe de juiste bouworganisatievorm te kiezen? 41

1 Inleiding	42
2 Wat is een bouworganisatievorm?	42
2.1 Bouwproces, bouwprocesfuncties en bouworganisatievormen	42
2.2 Bouworganisatievormen en contractvormen	43
3 Waarom moet de bouworganisatievorm goed zijn doordacht?	45
3.1 De relatie met het bouwproces	45
3.2 De relatie met het aanbestedingsproces	47
4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?	48
4.1 Uitgangspunt: de aanbesteder is vrij in de keuze van de bouworganisatievorm	48
4.2 Kanttekeningen	48
4.2.1 Interne beleidsrichtlijnen	48
4.2.2 Inbesteding	49
4.2.3 Oprichting van of deelname in privaatrechtelijke rechtspersoon	50
4.2.4 Kanttekeningen vanuit de invalshoek van de vraagspecificatie	52
5 Welke keuzemogelijkheden heeft de aanbesteder?	53
5.1 Vertrekpunt	53
5.1.1 Taken van het bouwproces	53
5.1.2 Belangrijkste hoofdvormen in beeld	55
5.2 Traditionele bouworganisatievorm	57
5.2.1 Korte beschrijving	57
5.2.2 Alleen uitvoering uitbesteden	57
5.2.3 Ontwerp, uitvoering en meerjarig onderhoud gescheiden uitbesteden	57
5.2.4 Bouwteam	58
5.2.4.1 Korte beschrijving	58
5.2.4.2 Aanbesteden van een bouwteam	59
5.3 Geïntegreerde bouworganisatievorm	61
5.3.1 Korte beschrijving	61
5.3.2 D&B	62
5.3.3 DBM	64
5.3.4 DBFM	65
5.3.5 DBFMO	67
5.4 Alliantie	68
5.4.1 Korte beschrijving	68
5.4.2 Contractuele alliantie	69
5.4.3 Geïstitutionaliseerde alliantie of IPPS	70
6 Wanneer is de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm doelmatig?	70
6.1 Opmerkingen vooraf	70
6.1.1 Géén voorkeur voor geïntegreerde bouworganisatievorm	70
6.1.2 Waar het telkens weer om gaat: de omstandigheden van het geval	71

5 Doelmatig vraagspecificeren	123
5.1 Opmerkingen vooraf	123
5.2 Methoden van vraagspecificeren	123
5.3 Aansluiting zoeken bij overwegingen die tot keuze bouworganisatievorm leiden	125
5.4 Splitsen in percelen en clusteren van opdrachten	128
5.5 Duurzaam aanbesteden	130
5.6 Inschrijver als adviseur betrekken bij de vraagspecificatie	130

4 Welke contractvorm te gebruiken? 133

1 Inleiding	134
2 Wat is een contractvorm?	134
3 Waarom moet de contractvorm goed zijn doordacht?	139
4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?	142
4.1 Uitgangspunt: de aanbesteder is vrij in de keuze van de contractvorm	142
4.2 Kanttekeningen	143
4.2.1 Interne beleidsrichtlijnen	143
4.2.2 Aanbestedingsrechtelijke grenzen	143
4.2.3 Risico van contractenrechtelijk ingrijpen achteraf	147
5 Wanneer is een contractvorm doelmatig?	148
5.1 Vertrekpunt	148
5.2 Gestandaardiseerde en/of projectspecifieke contractvoorwaarden?	148
5.3 Eenzijdig of in overleg vastgestelde contractvoorwaarden?	150
5.4 Welke gestandaardiseerde contractvoorwaarden?	151
5.4.1 Tussenconclusie en vertrekpunt	151
5.4.2 Aansluiting zoeken bij overwegingen die tot keuze bouworganisatievorm leiden	151
5.4.2.1 Bouworganisatievorm, vraagspecificatie en contractvorm	151
5.4.2.2 Traditionele bouworganisatievorm	152
5.4.2.3 Geïntegreerde bouworganisatievorm	153
5.5 Welke projectspecifieke contractvoorwaarden?	154

5 Welke aanbestedingsprocedure te hanteren? 157

1 Inleiding	158
2 Wat is een aanbestedingsprocedure?	158
3 Waarom moet de keuze van de procedure goed zijn doordacht?	161
4 Welke aanbestedingsprocedures zijn voorhanden?	164
4.1 Opmerkingen vooraf	164
4.2 Openbare procedure	166
4.3 Niet-openbare procedure	167
4.4 Concurrentiegericht dialogoog	168
4.5 Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking	170
4.6 Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking	171
4.7 Onderhandse procedure	172
4.8 Concessieovereenkomst voor openbare werken	173
4.9 Raamovereenkomst met een enkele ondernemer	174
4.10 Raamovereenkomst met meerdere ondernemers	175
5 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?	176
5.1 Bestaat er een aanbestedingsplicht?	176
5.1.1 Aanbestedingsplicht op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen	177
5.1.2 Aanbestedingsplicht op grond van de jurisprudentie van het HvJ EG	178
5.1.3 Aanbestedingsplicht op grond van nationale wet- en regelgeving of beleid	179
5.2 Bijzondere toepassingsvoorwaarden onder de Algemene Richtlijn	182
5.2.1 Opmerkingen vooraf	182
5.2.2 Concurrentiegericht dialogoog	182
5.2.3 Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking	183
5.2.3.1 Bij voorafgaande aanbesteding alleen maar onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen	183
5.2.3.2 Vooraf vaststellen van de prijs is niet mogelijk	186
5.2.3.3 Aanbesteding van een proefproject	187
5.2.4 Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking	188
5.2.4.1 Bij voorafgaande aanbesteding geen of geen geschikte inschrijvingen	188
5.2.4.2 Technische of artistieke redenen of bescherming van exclusieve rechten	190
5.2.4.3 Dwingende spoed als gevolg van onvoorziene gebeurtenissen	190
5.2.4.4 Aanvullende werkzaamheden	191
5.2.4.5 Herhalingsopdracht	191
5.3 Bijzondere toepassingsvoorwaarden onder de Richtlijn Nutssectoren	192

5 Doelmatig een-op-een communiceren	234
5.1 Vertrekpunt	234
5.2 Doelmatig een-op-een communiceren voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure	234
5.3 Doelmatig een-op-een communiceren tijdens een aanbestedingsprocedure	238
5.3.1 Verduidelijken van de uitsluitingsgronden, de kwalitatieve geschiktheidseisen, de eventuele selectiecriteria, het gunningscriterium en de eisen van de vraagspecificatie	238
5.3.2 Verduidelijken van de aanmelding als gegadigde	238
5.3.3 Aanpassen van de eisen in de vraagspecificatie al dan niet in relatie tot een voorgenomen inschrijving	239
5.3.3.1 Hoofdregel	239
5.3.3.2 Uitzondering: concurrentiegericht dialogoog	241
5.3.4 Verduidelijken en aanpassen van de inschrijving	241
5.3.4.1 Hoofdregel	241
5.3.4.2 Uitzondering: onderhandelingsprocedures	243

7 *Hoe de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria te formuleren, bekend te maken en toe te passen?* **245**

1 Inleiding	246
2 Wat zijn uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria?	247
3 Waarom moeten beslissingen met betrekking tot uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria goed zijn doordacht?	250
4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?	251
4.1 Uitsluitingsgronden	251
4.1.1 Vertrekpunt	251
4.1.2 Dwingende uitsluitingsgronden	251
4.1.2.1 Overzicht	251
4.1.2.2 Afwijken van de verplichting tot gebruik dwingende uitsluitingsgronden	253
4.1.3 Facultatieve uitsluitingsgronden	254
4.1.3.1 Overzicht	254
4.1.3.2 Formuleren van facultatieve uitsluitingsgronden	257
4.1.3.3 Bekendmaken van facultatieve uitsluitingsgronden	259
4.1.3.4 Wijzigen of aanvullen van facultatieve uitsluitingsgronden	260
4.1.4 Toepassen van dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden	261
4.1.4.1 Vertrekpunt	261
4.1.4.2 Aanbesteders in het algemeen	262

4.1.4.3	Rijksaanbesteders die verplicht zijn de Beleidsregels toe te passen	266
4.2	Kwalitatieve geschiktheidseisen	268
4.2.1	Vertretpunt	268
4.2.2	Formuleren van geschiktheidseisen	270
4.2.3	Bekendmaken van geschiktheidseisen	273
4.2.4	Wijzigen of aanvullen van geschiktheidseisen	274
4.2.5	Toepassen van geschiktheidseisen	274
4.3	Selectiecriteria	279
4.3.1	Vertretpunt	279
4.3.2	Formuleren van selectiecriteria, selectiemethode en minimum- en maximumaantal	280
4.3.3	Bekendmaken van selectiecriteria, selectiemethode en minimum- en maximumaantal	283
4.3.4	Wijzigen of aanvullen van selectiecriteria, selectiemethode en minimum- en maximumaantal	283
4.3.5	Toepassen van selectiecriteria en selectiemethode	284
5	Doelmatig uitsluiten, (dis)kwalificeren en selecteren	285
5.1	Vertretpunt	285
5.2	Uitsluitingsgronden	286
5.2.1	Wel of geen uitsluitingsgronden van toepassing verklaren?	286
5.2.2	Nadere invulling van open begrippen 'delict in strijd met zijn beroepsgedragregels' en 'ernstige fout'?	287
5.2.3	Eigen verklaringen en BIBOB-advies vragen?	287
5.3	Kwalitatieve geschiktheidseisen	288
5.3.1	Wel of geen kwalitatieve geschiktheidseisen van toepassing verklaren?	288
5.3.2	Gezichtspunten voor proportionele geschiktheidseisen	289
5.3.3	Duurzaam aanbesteden	290
5.3.4	Eigen verklaring vragen?	292
5.4	(Hoe te) selecteren?	292

8 *Hoe het gunningscriterium te formuleren, bekend te maken en toe te passen?* **295**

1	Inleiding	296
2	Wat is een gunningscriterium?	296
3	Waarom moeten beslissingen met betrekking tot het gunningscriterium goed zijn doordacht?	298
4	Wat zijn de juridische randvoorwaarden?	300
4.1	Laagste prijs of economisch meest voordelige inschrijving?	300
4.2	Economisch meest voordelige inschrijving	301

4.2.1	Welke aspecten tot criteria maken?	301
4.2.1.1	Expliciet toegestane aspecten	301
4.2.1.2	Impliciet toegestane aspecten	302
4.2.2	Aan welke vereisten moeten de criteria voldoen?	306
4.2.3	Aan welke vereisten moeten wegingscoëfficiënten en criteria voldoen?	307
4.3	Bekendmaken van het gunningscriterium	310
4.4	Wijzigen van een bekendgemaakt gunningscriterium	311
4.5	Toepassen van het gunningscriterium	314
4.5.1	Hoofdregel: na de inschrijvingstermijn	314
4.5.2	Bijzonderheid: concurrentiegericht dialoog	316
5	Doelmatig gunnen	317
5.1	Laagste prijs of economisch meest voordelige inschrijving?	317
5.2	Economisch meest voordelige inschrijving	321
5.2.1	Welke aspecten tot criteria te maken?	321
5.2.2	Aan welke vereisten moeten de criteria voldoen?	324
5.2.3	Welke systematiek van wegingscoëfficiënten?	325
5.3	Bekendmaken en wijzigen van het gunningscriterium	329
5.4	Toepassen van het gunningscriterium	329

9 *Hoe te beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn?* **333**

1	Inleiding	334
2	Wat wordt bedoeld met beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn?	335
3	Waarom moeten beslissingen na afloop van de inschrijvingstermijn goed zijn doordacht?	336
4	Wat zijn de juridische randvoorwaarden?	338
4.1	Vertrekpunt	338
4.2	Uitgangspositie: de aanbesteder kan gunnen	339
4.2.1	Vragen om verduidelijking en aanvulling van een inschrijving	340
4.2.2	Toestaan dat fouten in (andere) inschrijvingen worden hersteld	341
4.2.3	(Andere) inschrijvingen laten verbeteren	343
4.2.4	Onderhandelen over het wijzigen van een inschrijving	343
4.2.5	Afwijzen van de – abnormaal – laagste inschrijving	344
4.2.6	Gunnen aan een andere inschrijver	346
4.2.7	Niet gunnen, annuleren en vervolgens afzien van de bouwopdracht	346
4.2.8	Niet gunnen, annuleren en rechtstreeks gunnen aan een derde	346
4.2.9	Niet gunnen, annuleren en dezelfde bouwopdracht heraanbesteden	347
4.2.10	Niet gunnen, annuleren, bouwopdracht wijzigen en heraanbesteden	348

4.3	Uitgangspositie: de aanbestede kan niet gunnen	349
4.3.1	Vragen om verduidelijking en aanvulling van een inschrijving	349
4.3.2	Toestaan dat fouten worden hersteld	350
4.3.3	Annuleren en vervolgens afzien van de bouwopdracht	350
4.3.4	Annuleren en rechtstreeks gunnen aan een derde	351
4.3.5	Annuleren en dezelfde bouwopdracht heraanbesteden	352
4.3.6	Annuleren, bouwopdracht wijzigen en heraanbesteden	352
5	Doelmatig beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn	353
5.1	Uitgangspositie: de aanbestede kan gunnen	353
5.2	Uitgangspositie: de aanbestede kan niet gunnen	356

10 Hoe de bouwopdracht aan te kondigen? **359**

1	Inleiding	360
2	Wat is aankondigen?	360
3	Waarom moet het aankondigen van de opdracht goed zijn doordacht?	361
4	Wat zijn de juridische randvoorwaarden?	362
4.1	De verplichting tot aankondigen	362
4.2	Inhoud van de aankondiging	365
4.3	Publicatie van de aankondiging	368
5	Doelmatig aankondigen	369
5.1	Vertretpunt	369
5.2	Vooraankondigen	370
5.3	Inhoud van de aankondiging	370
5.4	Publicatie van de aankondiging	371

11 Welke termijnen moeten er in acht worden genomen? **373**

1	Inleiding	374
2	Wat zijn termijnen?	374
3	Waarom moeten de in acht te nemen termijnen goed zijn doordacht?	375

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?	376
4.1 Berekening van termijnen	376
4.2 Termijnen bij een aanbestedingsplicht op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen	376
4.2.1 Vertrekpunt	376
4.2.2 Openbare procedure	377
4.2.3 Andere procedures die algemeen bekend worden gemaakt	379
4.3 Termijnen bij een niet-Europese aanbestedingsplicht	384
4.3.1 Vertrekpunt	384
4.3.2 Openbare procedure	384
4.3.3 Andere procedures die algemeen bekend worden gemaakt	385
4.3.4 Onderhandse procedure	386
4.4 Gestanddoeningstermijn	386
5 Doelmatig beslissen met betrekking tot termijnen	388
5.1 Aanbestedingsrechtelijke termijnen	388
5.2 Gestanddoeningstermijn	388

12 Hoe moeten beslissingen worden gemotiveerd? **391**

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

Voorwoord

De Leidraad Aanbesteden is voortgekomen uit de behoefte tot verdere professionalisering van het aanbesteden. Aanbesteden is niet eenvoudig. Het beantwoorden van de vraag wat in een bepaald geval de beste methode is om een bouwopgave in de markt te zetten, vergt inzicht en ervaring. Het juridisch kader bijvoorbeeld, stelt gecompliceerde eisen aan aanbesteden. Ook de opkomst van nieuwe bouworganisatievormen speelt een rol. Het is daardoor, anders dan vroeger, niet meer vanzelfsprekend dat een aanbesteding plaatsvindt op basis van een uitgewerkt bestek dat tegen de laagste prijs wordt gegund. Naast prijs wordt steeds vaker kwaliteit in de beoordeling van de inschrijvingen betrokken. De kwaliteit van de te leveren prestatie kan namelijk worden bevorderd door de creativiteit, het innovatieve vermogen, maar vooral ook de kennis en de ervaring van de marktpartijen. Het aanbestedingsproces wordt daardoor wel gecompliceerder: kwaliteit is namelijk moeilijker te beoordelen dan prijs. Daarbij is het vraagstuk welke aanbestedingsprocedure zich, gegeven de omstandigheden, het beste leent voor de beoordeling van de gewenste kwaliteit, een ingewikkelder vraagstuk geworden.

De Regieraad Bouw, die zich inzet voor vernieuwing in de bouw, heeft daarom het initiatief genomen om een professionele leidraad tot stand te brengen. Een professionele standaard voor aanbesteden in de bouw ondersteunt het proces van verdere professionalisering en daardoor van vernieuwing. De Leidraad heeft betrekking op de aanbesteding van bouwopdrachten die in ieder geval de uitvoering van een werk omvatten, al dan niet in combinatie met andere te leveren prestaties. Zij geeft aan welke overwegingen relevant zijn bij het inrichten van het proces van aanbesteden en maakt ook duidelijk dat de verschillende fases in dat proces een inhoudelijke samenhang moeten vertonen.

De Regieraad is ervan overtuigd dat verdere professionalisering van het aanbesteden grote maatschappelijke baten oplevert. Allereerst voor de lange termijn. Een gebouwde omgeving wordt voor de lange termijn ontworpen en de kwaliteit ervan is jarenlang bepalend voor alle gebruikers. Er zijn echter ook baten op de korte termijn. De kosten van het aanbesteden zelf zijn aanzienlijk. Door doordachte keuzes en ook door een zekere uniformiteit in procedures worden nodeloze kosten voorkomen.

De Leidraad is een omvangrijk geheel geworden. De bedoeling was om veel kennis bijeen te brengen. Niet alles is voor iedereen van belang en het is dan ook niet de bedoeling dat iedereen de complete tekst van de Leidraad gaat doorlezen. Er is met verschillen in behoeften rekening gehouden. Zo bestaat de Leidraad uit twee onderdelen: dit tekstdocument en een Decision Support System (DSS). Zowel het tekstdocument als het DSS zijn toegankelijk via

www.leidraadaanbesteden.nl. Er is ook een kort overzicht samengesteld met de belangrijkste aanbevelingen. Deze aanbevelingen maken deel uit van dit boek en worden ook afzonderlijk verspreid ('Overzicht Aanbevelingen').

Het DSS is met name bedoeld voor projectleiders en inkopers ter ondersteuning van een concreet aanbestedingstraject. Het tekstdocument kan daarbij als referentiemateriaal dienen. Het tekstdocument volgt na een inleidend hoofdstuk de verschillende stappen van het aanbestedingsproces. Het meest belangrijke onderdeel van ieder hoofdstuk is de paragraaf, meestal de vijfde, waarin wordt uiteengezet welke keuzes in een gegeven situatie het beste kunnen worden gemaakt. Met andere woorden: wat valt als best practices te beschouwen? In de voorafgaande paragrafen van het hoofdstuk staan de bouwstenen om tot die conclusies te komen. De beschouwingen over het juridisch kader staan meestal in de vierde paragraaf.

De Leidraad is opgesteld door de Commissie Aanbesteden voor de Bouw die is ingesteld door de Regieraad Bouw. De leden van de commissie zijn deskundigen, afkomstig van aanbestedende diensten van verschillende overheden en van marktpartijen. Prof. mr. C.E.C. Jansen, hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, heeft het tekstdocument opgesteld. Het DSS is in opdracht van de Regieraad Bouw en PSIBouw ontwikkeld door CROW en Balance & Result. Over de te behandelen onderwerpen en de conceptteksten is in de commissie uitvoerig van gedachten gewisseld. Hierbij zijn ook externe experts betrokken geweest. De leden van de commissie hebben daarnaast veel informatie en voorbeelden aangedragen. Aan de definitieve versie van het tekstdocument is een uitvoerige consultatieronde vooraf gegaan. De ontwerpversie is breed gepubliceerd en verspreid. Daarop zijn veel reacties binnen gekomen. Deze hebben tot aanzienlijke aanpassingen geleid, waaronder die van de titel. Het DSS is door veel potentiële gebruikers getest. Van hun ervaringen met het DSS is op ruime schaal geprofiteerd.

Verheugend was te constateren uit de vele reacties en uit de steun voor het initiatief voor het ontwikkelen van de Leidraad dat deze breed wordt gedragen. De Leidraad kan daardoor een belangrijke bijdrage leveren aan de verdere professionalisering van het aanbesteden. Daarbij moet opgemerkt worden dat de Leidraad een dynamisch document behoort te zijn. Geleerd moet worden van de ervaringen die ermee in de praktijk worden opgedaan. Daarnaast zullen aanpassingen ook nodig zijn door nieuwe ontwikkelingen, zoals de verwachte totstandkoming van de nieuwe Aanbestedingswet. Het is daarom de bedoeling dat de commissie haar werk in de toekomst voortzet.

Het maken van de Leidraad was in verschillende opzichten pionierswerk. Inzichten uit verschillende invalshoeken moesten bijeen worden gebracht. Daardoor vergde het schrijven van het tekstdocument, het ontwikkelen van het DSS en ook het verkrijgen en het zorgvuldig verwerken van de commentaren, meer dan bij de aanvang van het werk werd gedacht, en ook meer dan van het participeren in een commissie kan worden verlangd. De Regieraad is prof. Jansen, de overige leden van de commissie en de ontwikkelaars van het DSS veel dank verschuldigd voor hun omvangrijke arbeid.

Prof. mr. M. Scheltema

Voorzitter Commissie Aanbesteden voor de Bouw en lid Regieraad Bouw.

Commissie Aanbesteden voor de Bouw

Huidige leden van de Commissie Aanbesteden voor de Bouw

Prof. mr. M. Scheltema, voorzitter, Regieraad Bouw

Prof. mr. C.E.C. Jansen, vice-voorzitter, Vrije Universiteit Amsterdam

Mr. B. van den Berg, ProRail

Drs. ing. S.R. Doornbos, Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer

Drs. M. Imandt, Ministerie van Economische Zaken

Mr. P.W. Kraak, Ministerie Verkeer en Waterstaat

Ir. P.S.P. Kuijpers, Balance & Result

Mr. A.B.C.M.F. Linders, VNG

Ir. A.J.B. Lohman, secretaris, Regieraad Bouw

Drs. H.H.F.M. van den Oever, UNETO-VNI

Mevrouw mr. F. Rasenberg, BNA

Ing. T.G. van Reeuwijk, notulist, CROW

Mr. M.J.Z. Stijnders, ONRI

Mr. D.E. van Werven, Bouwend Nederland

Ir. H.J.L.M. Wijnen, PIANOo

Voormalige leden van de Commissie Aanbesteden voor de Bouw

Ir. N. van Amstel, Bouwend Nederland

Mr. A.G. Blok, UNETO-VNI

Mevrouw mr. A.E. Crama-van Osnabrugge, PSIBouw

Ir. H. van de Horst, PSIBouw

Mevrouw mr. H. de Hullu, BNA

Ir. B.H. Regtuijt, secretaris, Regieraad Bouw

Mevrouw mr. L.B. Sauerwein, BNA

Mr. S.J. van Sluis, PIANOo

Mevrouw mr. M. Sonneveld, BNA

Drs. W.A.B. Stolwijk, PIANOo

Mr. J.A. Theisens, Ministerie van Economische Zaken

Mevrouw ir. S. in 't Veld, secretaris, Regieraad Bouw

Ing. H.C. Verkerk, Ministerie van Economische Zaken

Externe experts

Mr. J.J. Blok, Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer
 Drs. J-D.L. Bolk, Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer
 Mr. J.S.R. Bruins, Ministerie Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit
 Mr. M.P.J.G. Daanen, Ministerie van Economische Zaken
 Mr. M.A.H. van Esch, Unie van Waterschappen
 Mr. R.H. Gribnau, Ministerie van Defensie
 Ir. M. Hoogbergen, SenterNovem
 Mevrouw mr. N.C.J.M. Mallens, VNO-NCW
 Mr. M.O. Meulenbelt, Howrey LLP
 Ir. J.J.A. Mieris, Strukton Integrale Projecten
 Mevrouw mr. S. Mutluer, Vrije Universiteit Amsterdam
 Mr. J. Oehler, Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit
 Mr. H.A.B. Peek, Unie van Waterschappen
 Mr. E.H. Pijnacker Hordijk, De Brauw Blackstone Westbroek
 Ir. G.J. van de Pol, GMB
 Drs. K.A. Ravesloot, MKB-Nederland
 Mr. dr. H.D. van Romburgh, Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit
 Ir. M. Th. Van Staveren, MBA, GeoDelft
 Mevrouw Mr. N. Trappenburg, Ministerie van Economische Zaken
 Mr. J.H. Wamsteker, Minister van Defensie
 Mevrouw mr. M.H.J. van Wieringen, IPO/provincie Zuid-Holland
 Mr. P.J. Wintgens, Koninklijke BAM Groep nv
 Ing. B. Witteveen, CROW

***Toepassingsgebied, doel(groep)
en opzet van de Leidraad***



1 Toepassingsgebied van de Leidraad

1.1 Alleen bouwopdrachten, geen ontwerpdiensten

Deze Leidraad is bedoeld voor de aanbesteding van bouwopdrachten die in ieder geval bestaan uit het uitvoeren van een werk. De Leidraad heeft daarnaast ook betrekking op de aanbesteding van bouwopdrachten die naast het uitvoeren van een werk nog andere prestaties omvatten, zoals het verrichten van ontwerp- en adviesdiensten, het (meerjarig) onderhoud van het gerealiseerde werk alsook de financiering en de exploitatie daarvan.

Deze Leidraad heeft geen betrekking op de aanbesteding van opdrachten die alleen maar bestaan uit hetzij het verrichten van ontwerp- en adviesdiensten of andere diensten, hetzij het leveren van bouwproducten. Daarvoor bestaan andere leidraden en praktische hulpmiddelen.

Toelichting Zie met name voor de aanbesteding van ontwerp- en adviesdiensten hoofdstuk 2, par. 5.2.3.

1.2 Zowel B&U als GWW

In paragraaf 3.2 wordt nog uitvoeriger toegelicht dat deze Leidraad hoofdzakelijk is bedoeld voor (semi-)overheidsaanbesteders die verplicht zijn aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving in acht te nemen. Verhoudingsgewijs besteden die aanbesteders vooral bouwopdrachten in de GWW-markt aan. Deze Leidraad richt zich echter niet alleen op de aanbesteding van bouwopdrachten in de GWW-sector, maar ook op aanbestedingen in de B&U-sector. Er worden voorbeelden gegeven voor beide sectoren.

2 Waarom een Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten?

2.1 Aanbestedingsverplichtingen op grond van wet- en regelgeving

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

Toelichting Deze verplichting om Europees aan te besteden raakt zowel de overheid (Rijksdiensten, provincies, gemeenten, waterschappen en publiekrechtelijke instellingen) als de semi-overheid (nutsbedrijven). De verplichting vloeit voort uit een tweetal Europese aanbestedingsrichtlijnen, te weten Richtlijn 2004/18/EG (Algemene Richtlijn) en Richtlijn 2004/17/EG (Richtlijn Nutssectoren). Deze Richtlijnen zijn via de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen van 1993 in Nederland geïmplementeerd in een tweetal algemene maatregelen van bestuur: het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass) van 2005. Uit deze wet- en regelgeving kan worden afgeleid welke (semi-)overheden in welke gevallen een bouwopdracht conform de daarin uitgewerkte procedurevoorschriften Europees moeten aanbesteden.

Voor de bouwministeries geldt dat zij bij het Europees aanbesteden van bouwopdrachten in aanvulling op de hiervoor vermelde procedurevoorschriften ook verplicht zijn de bepalingen van het Aanbestedingsreglement Werken van 2005 (ARW 2005) in acht te nemen. Die verplichting vloeit voort uit de Beleidsregels aanbesteding van werken van 2005 (BAW). Voor de andere overheden en semi-overheden geldt die verplichting weliswaar niet, maar ook zij passen het ARW 2005 vaak toe wanneer er een verplichting tot Europees aanbesteden bestaat.

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

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

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

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

Als nationale wet- en regelgeving op dit punt ontbreekt, is het – aldus het Hof – aan de aanbesteder zelf om te beoordelen of er wordt voldaan aan het grensoverschrijdendbelangcriterium, hetgeen vervolgens door de rechter kan worden getoetst. Instructief is ook de opmerking van het Hof dat in nationale wetgeving kan zijn bepaald aan de hand van welke (met elkaar samenhangende) objectieve criteria moet worden vastgesteld of in een concreet geval sprake is van 'grensoverschrijdend belang'. Naast de hiervoor vermelde gezichtspunten, wijst het Hof in dat verband nog op de economische betekenis van de opdracht en op de mogelijkheid dat een opdracht moet worden uitgevoerd in een ag-

glomeratie die zich op het grondgebied van verschillende lidstaten bevindt. In zo'n geval kan het zijn, aldus het Hof, dat ook een opdracht van een ogenschijnlijk geringe waarde een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

Onduidelijk is voor welke overheden en semi-overheden nu eigenlijk de verplichting geldt om ook buiten de gevallen die in de Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn geregeld te onderzoeken of een bouwopdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Evenmin is duidelijk wat het nu precies betekent dat een aanbesteder moet voldoen aan de fundamentele regels en beginselen van het Verdrag, als onderzoek heeft uitgewezen dat aan het grensoverschrijdend belangcriterium is voldaan. Meer concreet rijst de vraag of er dan moet worden aanbesteed en, zo ja, hoe dat dan precies moet worden geoperationaliseerd.

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

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

Soms is een overheid of semi-overheid op grond van de hiervoor vermelde wet- en regelgeving niet verplicht tot aanbesteden of ontbreekt de verplichting om in het kader van een aanbesteding gebruik te maken van een geregleerde aanbestedingsprocedure. In zo'n geval kan een aanbesteder eventueel vrijwillig overgaan tot het volgen van een geregleerde of zelf ontwikkelde aanbestedingsprocedure.

2.2 Behoeftte aan professionalisering van aanbestedingsbeleid

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

Toelichting Een problematisch verloop van aanbestedingsprocedures in de bouw kan op verschillende manieren tot uitdrukking komen. Zo worden er vaak juridische procedures gevoerd over vermeende fouten die de aanbesteder tijdens de aanbestedingsprocedure zou hebben gemaakt. Ook komt het regelmatig voor dat een aanbestedingsprocedure mislukt of anderszins een uitkomst vertoont die niet beantwoordt aan de verwachtingen van de aanbesteder.

Een problematisch verloop van een aanbestedingsprocedure kan ook tot uitdrukking komen tijdens de realisatiefase van het bouwproject. Te denken valt bijvoorbeeld aan een suboptimale uitkomst van het bouwproces door keuzes die in de aanbestedingsprocedure zijn gemaakt.

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

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

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

Toelichting Een overzicht van de belangrijkste aspecten van een aanbestedingsproces waarover aanbesteders in de bouw moeten beslissen, staat in par. 4.1.

Beslissingen van aanbesteders kunnen als verstandig worden beoordeeld wanneer daarmee de belangen van alle partijen die bij de aanbesteding zijn betrokken op een evenwichtige manier worden gediend.

Het gaat dan in de eerste plaats om de belangen van de aanbesteder. Deze heeft behoefte aan de oplossing van een bepaald probleem. In die behoefte moet tegen zo laag mogelijke totaalkosten worden voorzien door het leveren van een kwalitatief hoogwaardige prestatie met oog voor een optimale levensduur. Op het moment dat de aanbesteder een overeenkomst sluit met een marktpartij, moet er zo veel mogelijk duidelijkheid bestaan over de verwachte omvang van de totaalkosten.

In de tweede plaats moeten ook de belangen worden gediend van de marktpartij die aan een aanbestedingsprocedure deelneemt. Die marktpartij hecht immers belang aan bedrijfscontinuïteit en dat belang zal alleen kunnen worden gediend wanneer kosten en investeringen kunnen worden terugverdiend. Daarnaast heeft zo'n marktpartij belang bij winstmaximalisatie. Een marktpartij zal deze belangen in de regel zelf proberen te bevorderen door te streven naar een sterke marktpositie via het leveren van kwalitatief hoogwaardige oplossingen.

Er bestaat een natuurlijke spanning tussen de primaire belangen van een aanbesteder en die van een marktpartij. Die spanning is per definitie aanwezig in elke commerciële relatie die aan het sluiten van een contract vooraf gaat. Iedere partij streeft immers naar een optimale realisatie van de eigen primaire belangen. Onderzoek leert overigens dat partijen het beste af zijn wanneer ze daarbij proberen hun belangen zoveel mogelijk met elkaar in evenwicht te brengen. In dat kader hebben zij tevens een gemeenschappelijk belang bij het goed afwegen van een aantal belangen die van hun primaire belangen kunnen worden afgeleid.

De primaire belangen van partijen zijn er bijvoorbeeld bij gebaat dat de transactiekosten die met de realisatie van een bouwproject zijn gemoeid zo laag mogelijk blijven. Ook worden die belangen gediend wanneer partijen voortdurend rationele beslissingen nemen en con-

tracten sluiten op basis van volledige en juiste informatie. Dit zijn allemaal afgeleide belangen die kunnen worden samengevat onder de noemer efficiencybelang.

Het is daarnaast van belang dat aanbesteders marktpartijen de ruimte geven om innovatieve oplossingen aan te bieden. Kwaliteit en innovatie in de bouw zijn inmiddels sectorbreed onderschreven thema's. Niet alleen de aanbesteder en de samenleving profiteren daarvan. Ook een partij die deelneemt aan een aanbesteding heeft er belang bij zich te onderscheiden van andere marktpartijen door het leveren van kwaliteit.

Een belangrijk afgeleid belang is natuurlijk het mededingingsbelang. Dit belang houdt in dat marktpartijen in volledige concurrentie met elkaar treden en dat de aanbesteder alle marktpartijen dezelfde faire kans biedt op het verwerven van de bouwopdracht. Omdat op de markt van door de overheid geïnitieerde bouwprojecten in de regel sprake is van een vragersmonopolie, wordt via aanbestedings- en mededingingsregels niet alleen bewerkstelligd *dat* er mededinging plaatsvindt, maar ook dat die mededinging *fair* is.

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat er ook een aantal maatschappelijke belangen zijn gediend met het realiseren van de hiervoor genoemde primaire en afgeleide belangen. Optimale verwezenlijking van die belangen houdt immers in dat geprobeerd wordt een zo hoog mogelijk economisch nut te realiseren. Daarmee worden welvaart en welzijn van de samenleving vergroot. De kostenefficiënte realisatie van kwalitatief hoogwaardige bouwprojecten met een optimale levensduur is eveneens een maatschappelijk belang. Dat geldt ook voor een economisch gezonde bouwsector.

Bron Zie voor een bespreking van deze belangen ook: Regieraad Bouw, *Beter aanbesteden in de bouw. Regels bieden ruimte voor kwaliteit, efficiency en innovatie*, Gouda 2006, p. 18-25.

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

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

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

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

Voorbeeld Hiervoor zijn al een aantal voorbeelden gegeven van maatschappelijke belangen die met aanbesteden kunnen zijn gemoeid. Daaronder vallen ook tal van milieu- en sociale belangen die door middel van ‘duurzaam inkopen’ zouden kunnen worden gediend. Professionalisering van aanbestedingsbeleid houdt dan onder andere in dat milieu- en sociale aspecten een vaste plaats in het inkoopproces krijgen door op een doordachte wijze criteria voor duurzaam inkopen te formuleren en toe te passen.

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

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

Aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving dwingt aanbesteders in de bouw tot verdere professionalisering van hun aanbestedingsbeleid, maar biedt daar zelf onvoldoende instrumentarium voor. De Leidraad probeert daarom in aanvulling op de wet- en regelgeving te voorzien in een behoefte die in de praktijk leeft.

Voorbeeld De Leidraad doet dat onder andere door te verwijzen naar ‘best practices’ en instrumenten die reeds elders zijn ontwikkeld. Een goed voorbeeld daarvan zijn de instrumenten die zijn ontwikkeld om het fenomeen duurzaam inkopen een plaats in het aanbestedingsproces te geven. Documenten en voorbeelden die nu al worden gebruikt om duurzaam inkopen te stimuleren, kunnen bijvoorbeeld worden gevonden op www.minvrom.nl/duurzaaminkopen of

www.senternovem.nl/duurzaaminkopen. Hier zijn allerlei achtergronddocumenten, nieuws, praktijkvoorbeelden, een 'Deelnameverklaring Duurzaam Inkopen', de 'Zelf-scan Duurzaam Inkopen', de 'Monitor Duurzaam Inkopen' en het 'Stappenplan' voor het opstellen van een 'Nota Duurzaam Inkopen' te vinden.

De Leidraad is bedoeld om aanbesteders in de bouw te ondersteunen bij het nemen van beslissingen tijdens aanbestedingsprocessen en wel op een dusdanige manier dat zij daarvoor alle in het geding zijnde belangen op een zo juridisch verantwoorde en doelmatig mogelijke manier kunnen dienen.

2.3 Leidraad als professionele standaard

De Leidraad is geen onderdeel van de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving die staat beschreven in paragraaf 2.1. De Leidraad heeft ook geen juridische status. Dit betekent dat aanbesteders in de bouw de vrijheid hebben om zelf te bepalen of en in hoeverre zij de Leidraad zullen hanteren bij het ontwikkelen van hun inkoop- en aanbestedingsbeleid en bij de toepassing daarvan in de praktijk.

Toelichting Niettegenstaande deze vrijheid kan het overigens zo zijn dat na het verschijnen van de Leidraad binnen de organisatie van een aanbesteder beleid wordt vastgesteld op grond waarvan er in ieder geval een interne verplichting bestaat de Leidraad in bepaalde gevallen te hanteren. Die interne verplichting kan bovendien externe werking krijgen, bijvoorbeeld wanneer de verplichting tot toepassing van de Leidraad wordt vastgelegd in lagere regelgeving, zoals een gemeentelijke verordening. Een aanbesteder kan zich ook zelf aan de Leidraad binden. Hij kan bijvoorbeeld aan de marktpartijen die deelnemen aan de aanbestedingsprocedure vooraf de toezegging doen dat hij zich conformeert aan de inhoud van de Leidraad.

Zonder afbreuk te willen doen aan de hiervoor bedoelde vrijheid wordt echter sterk aanbevolen zoveel mogelijk van de Leidraad en de daarin opgenomen aanbevelingen gebruik te maken. De Leidraad is een professionele standaard. Voor de aanbesteder die zichzelf professioneel acht, zijn er goede gronden om de Leidraad te gaan hanteren. Natuurlijk blijft het voor aanbesteders altijd mogelijk eigen invulling te geven aan hun beleid wanneer zij daarvoor goede argumenten hebben, ook wanneer dat er toe zou leiden dat daarmee wordt afgeweken van de Leidraad.

3 Voor wie is de Leidraad bedoeld?

3.1 Onderscheid tussen beleidsniveau en operationeel niveau

In de volgende paragrafen worden de verschillende doelgroepen van de Leidraad kort belicht. De Leidraad is vooral bedoeld voor toepassing door (semi-)overheidsaanbesteders. Dat komt omdat de Leidraad specifiek is ontwikkeld vanuit de breed onderschreven behoefte van deze aanbesteders aan een professionele standaard. Die behoefte bestaat dan zowel op beleidsniveau als op operationeel niveau. De Leidraad kan op beide niveaus worden gehanteerd.

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

3.2 (Semi-)overheidsaanbesteders

De Leidraad is in de eerste plaats bedoeld voor (semi-)overheidsdiensten die op grond van het Bao of het Bass wettelijk verplicht zijn een bouwopdracht Europees aan te besteden. Voor de bouwministeries bestaat aanvullend de verplichting het ARW 2005 toe te passen.

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

De Leidraad is daarnaast bedoeld voor (semi-)overheidsdiensten die op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG onder omstandigheden verplicht zijn de beginselen van het EG-Verdrag in acht te nemen, ook in gevallen waarin het Bao of het Bass voor hen niet van toepassing is.

Toelichting Een gemeente of provincie is op grond van het Bao niet verplicht een bouwopdracht aan te besteden wanneer die opdracht een waarde vertegenwoordigt van een bedrag dat beneden de drempel van € 5.150.000,- ligt. Als de gemeente of de provincie daartoe evenmin verplicht is op grond van een gemeentelijke of provinciale verordening, dan kan zo'n verplichting onder omstandigheden nog wel bestaan op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, zoals uiteengezet in par. 2.1 van dit hoofdstuk. Ook voor die gevallen wordt geadviseerd de Leidraad te hanteren in de context van de toepassing van het ARW 2005. Toepassing van het ARW 2005 kan in zo'n geval overigens verplicht zijn voor de bouwministeries op grond van het BAW.

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

3.3 Private aanbesteders

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

Toelichting Het is met name verstandig dat de private opdrachtgever dat doet wanneer hij er vrijwillig voor kiest een bouwopdracht in de markt te zetten met gebruikmaking van een aanbestedingsprocedure. Door dat laatste te doen, verplicht hij zichzelf

namelijk ervoor te zorgen dat die procedure op een faire en transparante manier verloopt, net zoals dat voor (semi-)overheidsaanbesteders het geval is. Dat kan dan vervolgens betekenen dat hij in hetzelfde spanningsveld terechtkomt als een (semi-)overheidsaanbesteder en dat ook hij behoefte heeft aan een professionele standaard waarmee hij alle in het geding zijnde belangen op een afgewogen manier kan dienen. De Leidraad kan in dat geval een nuttige functie vervullen.

3.4 Gegadigden en inschrijvers

De Leidraad kan ook nuttige informatie bevatten voor marktpartijen die aan een concrete aanbestedingsprocedure deelnemen als gegadigde en/of inschrijver. Zij ondervinden immers de gevolgen van de beslissingen die de aanbesteder neemt. De Leidraad kan die marktpartijen ondersteuning bieden bij het evalueren van die beslissingen. Op grond van die evaluatie kunnen zij hun eigen beleidsbeslissingen tijdens de aanbestedingsprocedure nemen.

3.5 Overige geïnteresseerden

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

4 Opzet van de Leidraad: tekstdocument en DSS

4.1 Tekstdocument

De Leidraad bestaat uit twee onderdelen die op elkaar zijn afgestemd. In de eerste plaats is dat het onderhavige tekstdocument, dat er ook in elektronische vorm is. In de tweede plaats is dat het interactieve beslissingsondersteunend model, ook wel 'Decision Support System' (DSS) geheten, dat via internet toegankelijk is. De twee onderdelen vormen samen één geheel – de Leidraad – maar vervullen verschillende functies.

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

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

Het tekstdocument werkt het voorgaande verder uit door het aanbestedingsproces in een aantal stappen onder te verdelen. Voor elke stap geldt dat de aanbesteder een of meer beslissingen moet nemen ten aanzien van een belangrijk aspect van het aanbestedingsproces. Deze belangrijke aspecten zijn:

- de te hanteren bouworganisatievorm;
- de aard en de inhoud van de vraagspecificatie;
- de te hanteren contractvorm;
- de toe te passen aanbestedingsprocedure;
- de informatie-uitwisseling met (mogelijke) gegadigden en inschrijvers;
- de formulering en de toepassing van uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en selectiecriteria;
- de formulering en de toepassing van het gunningscriterium;
- de te volgen strategie na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen;
- de aankondiging van de aanbesteding;
- de in acht te nemen termijnen;
- de motivering van beslissingen.

Bron Zie over deze aspecten en de beslissingen die de aanbesteder in dat kader moet nemen ook: Regieraad Bouw, *Beter aanbesteden in de bouw. Regels bieden ruimte voor kwaliteit, efficiency en innovatie*, Gouda 2006, p. 29-49.

In het tekstdocument wordt vervolgens voor elk van deze aspecten duidelijk gemaakt door welke overwegingen een aanbesteder zich zou moeten laten leiden bij het nemen van zijn beslissingen. Dat gebeurt telkens vanuit het perspectief van de belangen die een aanbesteder met het bouwproces beoogt te verwezenlijken.

Toelichting Zie voor die belangen par. 2.2.

Vanuit dat belangenperspectief staan in het tekstdocument uitspraken over de juridische toelaatbaarheid, doelmatigheid en rationaliteit van beslissingen die de aanbesteder in het kader van een aanbestedingsproces neemt. Op die wijze wordt geprobeerd inzichtelijk te maken waarom bepaalde beslissingen verstandig dan wel minder verstandig zijn.

Bij deze uitspraken is uitgegaan van de samenhang die bestaat tussen de verschillende aspecten van het aanbestedingsproces. Die samenhang dwingt de aanbesteder om zijn beslissingen zo goed mogelijk op elkaar af te stemmen. Hij zal dat moeten doen, gegeven het resultaat dat hij met het bouwproces als geheel voor ogen heeft – in termen van kwaliteit, kosten en tijd – en gegeven de accenten die hij wat dat betreft wil leggen. Vanuit die invalshoek zal hij vervolgens kiezen voor een bepaalde inrichting van het aanbestedingsproces waarmee hij het door hem gewenste resultaat op de meest efficiënte manier zou kunnen bereiken.

Toelichting De doelmatigheid van de keuze van de aanbestedingsprocedure kan bijvoorbeeld niet los worden gezien van de beslissing die de aanbesteder heeft genomen voor wat betreft de aard en de inhoud van de bouworganisatievorm. De doelmatigheid van die beslissing kan op haar beurt weer niet los worden gezien van de aard en de inhoud van de vraagspecificatie. Beslissingen die de aanbesteder in dat kader neemt, zijn op hun beurt weer van invloed op de eventuele doelmatigheid van beslissingen die hij neemt over het gunningscriterium.

Het belang van inzicht in de onderlinge samenhang van de verschillende aspecten van het aanbestedingsproces vormt de rode draad van de Leidraad. Dat inzicht vormt als het ware de basis voor professioneel aanbesteden. In paragraaf 3 van de volgende hoofdstukken wordt dat belang dan ook telkens weer onder de aandacht gebracht.

Hiervoor is in paragraaf 3 aangegeven op welke doelgroepen de Leidraad zich richt. In aanvulling daarop wordt hier nog opgemerkt dat het tekstdocument primair is bedoeld voor beleidsmakers binnen de organisatie van een aanbestedende dienst die het aanbestedingsbeleid van hun organisatie rationeel willen toetsen, vaststellen en onderbouwen. Het tekstdocument kan daarnaast natuurlijk ook worden geraadpleegd door inkopers en projectleiders die belast zijn met het operationaliseren van het aanbestedingsbeleid van hun organisatie.

4.2 Decision Support System (DSS)

4.2.1 De functie van het DSS

Ook het tweede onderdeel van de Leidraad – het DSS – volgt het chronologische verloop van een aanbestedingsproces aan de hand van de belangrijkste aspecten waarover de aanbesteder tijdens dat proces beslissingen moet nemen. Het tekstdocument richt zich echter zowel op de beleidsmakers als op de projectleiders en de inkopers van aanbestedende diensten. Het DSS is daarentegen veel meer een praktisch instrument dat kan worden gebruikt voor de operationalisering van het aanbestedingsbeleid van de aanbestedende dienst. Projectleiders en inkopers doen er dan ook verstandig aan het DSS als vertrekpunt te nemen wanneer zij de Leidraad voor een aanbesteding willen gebruiken.

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

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

Wanneer een aanbesteder beslissingen moet nemen ten aanzien van belangrijke aspecten van het aanbestedingsproces, moet hij de specifieke omstandigheden van het geval in overweging nemen. Dat laatste is lastig wanneer zich een combinatie van verschillende omstandigheden voordoet, die ieder afzonderlijk het nemen van ogenschijnlijk tegengestelde beslissingen indiceren.

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

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

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

4.2.2 De werking van het DSS

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

Toelichting Deze aspecten komen hierna aan de orde in de hoofdstukken 2 tot en met 5.

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

Toelichting Het gaat hier om de volgende gefaseerde stappen: (a) beschrijving van de kenmerken van de bouwopgave, (b) vaststellen van de projectdoelen en de hoofdoeverwegingen, (c) keuze van de marktbenadering, (d) uitwerking van de procedure en (e) naar de markt brengen. De keuzes van de bouworganisatievorm, de vraagspecificatie, de contractvorm en de aanbestedingsprocedure vinden op hoofdlijnen plaats in de context van stap (c). Deze aspecten komen aan de orde in de hoofdstukken 2 tot en met 5 van het tekstdocument. In de

hoofdstukken 6 tot en met 12 komen vervolgens de onderwerpen aan de orde die te maken hebben met de inrichting van de aanbestedingsprocedure.

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

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

Toelichting Overigens is het zo dat de los van het project staande vragen uit de categorieën (2) 'Wat kan de aanbesteder?' en (3) 'Wat mag de aanbesteder?' in beginsel slechts één keer door de aanbesteder worden beantwoord en dat die antwoorden gelding hebben voor alle volgende aanbestedingen die de aanbesteder met het DSS wil voorbereiden. Voor de (toekomstige) aanbestedingen zijn dan nog alleen de vragen relevant die op het individuele project betrekking hebben. Dat zijn dus de vragen uit de categorieën (1) 'Wat wil de aanbesteder?' en (4) 'Wat vraagt de bouwopgave?'.

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

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

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

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

Gebruikmaken van het DSS houdt in dat een combinatie van factoren moet worden geïnterpreteerd ten behoeve van het nemen van een aantal samenhangende beslissingen. Hoewel het DSS de gebruiker attendeert op relevante aspecten en hem helpt om op basis van zijn

overwegingen en prioriteiten tot gemotiveerde keuzes te komen, is de interpretatie uiteindelijk afkomstig van de gebruiker van het DSS zelf. Het is dan ook belangrijk om op te merken dat bij het beantwoorden van de vragen die het DSS stelt, de subjectiviteit van de gebruiker altijd een bepaalde rol zal spelen. De gebruiker zal zich daarvan telkens rekenschap moeten geven. Dat zal zeker nodig zijn in die gevallen waarin de gebruiker bij het beantwoorden van een vraag wordt geconfronteerd met het feit dat hij niet beschikt over een voldoende referentiekader waartegen hij de bouwopgave van de aanbesteder kan afzetten.

Voorbeeld Een gemeente besteedt voor het eerst een ondergrondse parkeergarage aan. De gebruiker van het DSS beschikt niet over voldoende referentiekader om inzicht te krijgen in de relevante risico's voor de omgeving waarin de garage zal worden gerealiseerd. Dat betekent dat de gebruiker niet goed kan beoordelen waarop hij precies moet sturen en hoe zich dat moet vertalen in het uitoefenen van invloed op die realisatie.

Het wordt sterk aangeraden om dan een vraag met een aantal personen tegelijk te beantwoorden, zodat de beantwoording ervan dankzij de teambeslissing zo objectief mogelijk is. De gebruiker kan er voor kiezen bepaalde vragen niet te beantwoorden, maar dat kan natuurlijk afbreuk doen aan de waarde van het advies dat het DSS uiteindelijk genereert. Het DSS biedt de gebruiker de mogelijkheid om bij het antwoord op een vraag een (aanvullende) motivering op te nemen.

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

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

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

Toelichting Zie over die functies ook hoofdstuk 2, par. 2.1 en par. 5.

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

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

De basis daarvoor ligt in de gegeven antwoorden. Het kan zijn dat de antwoorden indiceren dat het gegeven advies minder verstandig is. Verder kan het voorkomen dat de gebruiker bepaalde vragen zodanig heeft beantwoord dat de daarmee verband houdende overwegingen voor hem onbelangrijk lijken te zijn, terwijl uit de wijze waarop hij aan bepaalde antwoorden een verschillend gewicht heeft toegekend juist het tegendeel blijkt.

Net zoals dat *in abstracto* geldt voor de uitspraken van het tekstdocument, is ook bij het *in concreto* gegenereerde advies van het DSS telkens uitgegaan van de samenhang tussen de verschillende aspecten van het aanbestedingsproces.

Voorbeeld Het advies dat het DSS genereert kan bijvoorbeeld inhouden dat de aanbestedder het beste kan opteren voor een geïntegreerde bouworganisatievorm waarbij het maken van het ontwerp, de uitvoering en het meerjarig onderhoud van het bouwproject in handen van één marktpartij worden gelegd. Een daarmee consistente aanbeveling is dat de vraagspecificatie een ruime mate van oplossingsvrijheid moet bieden aan de marktpartij. Het advies zal verder de aanbeveling behelzen om op de overeenkomst met de marktpartij de UAV-GC 2005 van toepassing te verklaren. Voor de te kiezen aanbestedingsprocedure zal het advies zijn dat de niet-openbare procedure de voorkeur heeft boven de openbare procedure. Afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval zal het advies zelfs gebruikmaking van de concurrentiegerichte dialoog of de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking kunnen aanbevelen.

Inzicht in de samenhang tussen de verschillende aspecten van het aanbestedingsproces vormt – zoals hiervoor ook al aangeven – de rode draad van de Leidraad.

4.3 Koppeling met TenderNed

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

Bron Zie www.tenderned.nl

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

Toelichting Het gaat hier om beslissingen over de keuzes van de bouworganisatievorm, de vraagspecificatie, de contractvorm en de aanbestedingsprocedure. Deze aspecten komen aan de orde in de hoofdstukken 2 tot en met 5.

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

Toelichting TenderNed heeft bijvoorbeeld een breder aandachtsgebied dan de Leidraad. Zo omvat TenderNed ook het aanbesteden van leveringen en diensten. Bovendien gaat TenderNed in op aspecten van het aanbestedingsproces die buiten de Leidraad zijn gelaten, zoals de beantwoording van de vraag of een aanbesteder al dan niet te maken heeft met een opdracht die moet worden aanbesteed.

Het DSS biedt de mogelijkheid om gegevens en documenten te genereren ten behoeve van de aanbestedingsprocedure. Deze kunnen direct in TenderNed worden overgezet.

5 Leeswijzer

Dit tekstdocument bestaat uit twaalf hoofdstukken. In elk van de volgende hoofdstukken staat telkens één aspect van het aanbestedingsproces centraal.

Toelichting Zie voor een overzicht van die aspecten par. 4.1.

Elk hoofdstuk heeft nagenoeg dezelfde opbouw. In paragraaf 2 wordt telkens toegelicht wat met het betreffende aspect precies wordt bedoeld.

Voorbeeld 'Wat is een bouworganisatievorm?', 'Wat is een 'contractvorm?' en 'Wat wordt bedoeld met het begrip gunningscriterium?'

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

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

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

Voorbeeld Mag de aanbesteder tijdens de aanbestedingsprocedure informatie uitwisselen met individuele gegadigden en inschrijvers? Is hij vrij om te bepalen welke juridisch-administratieve voorwaarden hij op de aanbestede opdracht van toepassing verklaart? Tegen welke juridische grenzen loopt hij aan bij het formuleren, toepassen en tussentijds wijzigen van geschiktheidseisen? Welke bewegingsvrijheid heeft de aanbesteder nog nadat hij de inschrijvingen heeft ontvangen?

Toelichting In hoofdstuk 5 (Welke aanbestedingsprocedure te hanteren?) worden de juridische randvoorwaarden niet in par. 4, maar in par. 5 behandeld. Par. 4 van dat hoofdstuk geeft eerst een overzicht van de procedures die in beginsel beschikbaar zijn.

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

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

Toelichting In hoofdstuk 2 (Hoe de juiste bouworganisatievorm te kiezen) en hoofdstuk 5 (Welke aanbestedingsprocedure te hanteren?) worden de aanbevelingen van doelmatigheid niet in par. 5, maar in par. 6 behandeld.

Wie de Leidraad – zowel het tekstdocument als het DSS – wil gebruiken om tot een rationele inrichting van het aanbestedingsproces te komen, die doet er verstandig aan eerst na te gaan of en in hoeverre de inhoud van bepaalde beslissingen niet reeds als een gegeven moet worden beschouwd als gevolg van interne beleidsrichtlijnen van zijn organisatie en/of als gevolg van externe factoren.

Voorbeeld De projectleider van een aanbestedende dienst heeft bij de niet-openbare procedure de keuze uit twee gunningscriteria: het criterium van de laagste prijs en het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Denkbaar is echter dat een interne beleidsinstructie van zijn organisatie hem verbiedt het laagste prijs criterium te gebruiken bij niet-openbare procedures.

De uitkomst van die inventarisatie is in de eerste plaats nodig om de vragen die het DSS stelt, goed te kunnen beantwoorden. Op basis van de inventarisatie kan bovendien worden nagegaan welke van de hoofdstukken 2 tot en met 12 van het tekstdocument nog voor de aanbesteder relevant zijn. Wat dat laatste betreft, kan als algemene vingerwijzing het volgende worden opgemerkt.

Allereerst is denkbaar dat een aanbesteder nog geen vastomlijnde beslissingen heeft genomen over de te hanteren bouworganisatievorm en – in het verlengde daarvan – de aard en de inhoud van de vraagspecificatie die hij in de markt wil zetten door middel van een aanbestedingsprocedure. In dat geval kan de aanbesteder de volledige Leidraad gebruiken om die beslissingen te nemen. Het is dan verstandig om het DSS als vertrekpunt te nemen. Het onderhavige tekstdocument – in het bijzonder de hoofdstukken 2 en 3 – kan dan als achtergrondmateriaal worden gebruikt bij het nemen van die beslissingen.

Een tweede mogelijkheid is dat de aanbesteder reeds vastomlijnde keuzes heeft gemaakt ten aanzien van de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie. Ook in dat geval kan hij het DSS gebruiken. Het DSS kan dan allereerst de functie vervullen van toetsinstrument om de adequaatheid van de inmiddels genomen beslissingen na te gaan. Daarnaast kan met behulp van het DSS de inhoud van de te nemen vervolgbeslissingen in kaart worden gebracht. Het gaat dan in het bijzonder om de keuze van de contractvorm en de keuze van de aanbestedingsprocedure en de verdere inrichting van die procedure. In deze situatie zijn vooral de hoofdstukken 4 tot en met 12 van het tekstdocument relevant voor de aanbesteder.

Een derde voor de hand liggende mogelijkheid is dat de aanbesteder reeds heeft bepaald welke aanbestedingsprocedure hij gaat hanteren. In die situatie kan het DSS wederom worden gebruikt om de consistentie van die beslissing met de keuzes van de bouworganisatievorm, de vraagspecificatie en de contractvorm inzichtelijk te maken. Hoofdstuk 5 van het tekstdocument kan in dat geval als achtergrondmateriaal worden gebruikt.

Wanneer de aanbestedingsprocedure nog niet is aangekondigd, heeft de aanbesteder nog voldoende ruimte om die procedure in te richten. Zowel het DSS als het tekstdocument kunnen dan behulpzaam zijn bij de beslissingen die daarvoor moeten worden genomen. De aanbesteder zou zich in deze situatie met name moeten richten op de hoofdstukken 6 tot en met 12 van het tekstdocument.

De hoofdstukken 6 tot en met 12 blijven ook relevant wanneer de aanbestedingsprocedure inmiddels is aangekondigd en in gang is gezet. In die fase van het aanbestedingsproces kunnen deze hoofdstukken van het tekstdocument vooral nog ondersteuning bieden bij het toepassen van de gestelde eisen en criteria, het uitwisselen van informatie tijdens de procedure, het in acht nemen van termijnen en het motiveren van beslissingen die tijdens het aanbestedingsproces worden genomen.

Hoe de juiste bouworganisatievorm te kiezen?



1 *Inleiding*

Een van de vele keuzes die een aanbesteder in het kader van het aanbestedingsproces moet maken, heeft betrekking op de bouworganisatievorm. Het doel van dit hoofdstuk is aanbesteders daarbij ondersteuning te bieden. Er wordt inzicht gegeven in de keuzemogelijkheden die er zijn en de verschillende overwegingen waardoor aanbesteders zich bij het maken van hun keuze moeten laten leiden. Sterk aanbevolen wordt dat bij het kiezen van de bouworganisatievorm het DSS als vertrekpunt wordt genomen. Het is belangrijk dat aanbesteders zich realiseren dat de keuze van de bouworganisatievorm niet los kan worden gezien van een aantal andere belangrijke beslissingen die zij in het kader van het aanbestedingsproces moeten nemen.

Toelichting Het gaat hier dan met name om beslissingen met betrekking tot een aantal aspecten die in de volgende hoofdstukken aan de orde komen: de vraagspecificatie (hoofdstuk 3), de contractvorm (hoofdstuk 4), de aanbestedingsprocedure (hoofdstuk 5), informatie-uitwisseling (hoofdstuk 6) en het gunningscriterium (hoofdstuk 8). Anders dan de plaatsing van deze hoofdstukken wellicht suggereert, worden deze beslissingen niet volgorde-lijk in de tijd genomen maar worden zij in onderling verband genomen. Zie hierna ook par. 3.2 alsook hoofdstuk 1, par. 4.1.

Eerst wordt in dit hoofdstuk duidelijk gemaakt wat het begrip bouworganisatievorm precies betekent (paragraaf 2). Daarna wordt ingegaan op de vraag waarom het belangrijk is dat een aanbesteder de keuze van de bouworganisatievorm goed doordenkt en dat hij dat vooral ook doet in relatie tot de andere beslissingen die hij tijdens het aanbestedingsproces moet nemen (paragraaf 3). Hierna komen de juridische randvoorwaarden bij de keuze van een bouworganisatievorm aan de orde (paragraaf 4). Daarna volgt een overzicht van de belangrijkste keuzemogelijkheden die er bestaan (paragraaf 5). Tot slot wordt antwoord gegeven op de vraag hoe een aanbesteder op grond van doelmatigheidsoverwegingen tot de keuze van de meest geschikte bouworganisatievorm komt (paragraaf 6).

2 *Wat is een bouworganisatievorm?*

2.1 **Bouwproces, bouwprocesfuncties en bouworganisatievormen**

In bijlage 1 staat een definitie van het begrip bouwproces. Voor elk bouwproces geldt dat er een aantal taken – ook wel bouwprocesfuncties genoemd – zal moeten worden verricht om het bouwproject tot een goed einde te brengen.

Toelichting Welke bouwprocesfuncties kunnen zoal worden onderscheiden? Allereerst zal iemand het initiatief tot het realiseren van het project moeten nemen. Daarnaast zal het project moeten worden gefinancierd en zal er bouwgrond beschikbaar gesteld moeten worden. Iemand zal het project bovendien moeten ontwerpen en er voor moeten zorgen dat eventuele juridische hindernissen die de uitvoering van het bouwproject in de weg kunnen staan, tijdig worden weggenomen. Het bouwproject zal vervolgens, op basis van het ontwerp, moeten

worden uitgevoerd. Is het project eenmaal voltooid, dan zal het gedurende zijn economische levensduur door iemand moeten worden geëxploiteerd en onderhouden, waarna de hiervoor beschreven cyclus als het ware opnieuw zal kunnen beginnen.

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

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

Aldus beschouwd kunnen er tal van bouworganisatievormen van elkaar worden onderscheiden. De belangrijkste bouworganisatievormen komen hierna nog uitvoerig aan de orde in paragraaf 5.

2.2 Bouworganisatievormen en contractvormen

Van het begrip bouworganisatievorm moet worden onderscheiden het begrip contractvorm dat in hoofdstuk 4 centraal staat. In de bouw worden beide begrippen niet zelden door elkaar heen gebruikt. Daar waar het begrip bouworganisatievorm vooral iets zegt over de wijze waarop de uit te voeren taken in een bouwproces over de verschillende deelnemers aan het bouwproces zijn verdeeld, ziet het begrip contractvorm op de juridische vastlegging van de contractuele afspraken zoals die tussen die deelnemers worden gemaakt, gegeven de gekozen bouworganisatievorm.

Voorbeeld Zoals hierna in par. 5.2.4 zal blijken, is de figuur van het zogenoemde bouwteam een voorbeeld van een *bouworganisatievorm*. De ontwerp- en uitvoeringstaken zijn in die vorm als volgt over de deelnemers aan het bouwproces verdeeld. De aanbesteder laat de ontwerp taak vervullen door een professioneel ontwerper, bijvoorbeeld een architect. Voor de (toekomstige) uitvoering van dat ontwerp heeft de aanbesteder een aannemer op het oog. Om bepaalde voordelen te kunnen behalen, spreken aanbesteder, architect en aannemer onderling af dat de aannemer vanuit zijn uitvoeringsdeskundigheid adviezen aan de architect zal geven tijdens de ontwerp fase. Nadat het ontwerp is voltooid, draagt de aanbesteder de uitvoering daarvan op aan de aannemer.

Bij dit voorbeeld van een bouwteam kan het volgende worden opgemerkt over de aard en de inhoud van de *contractvorm* die daarbij hoort. In het normale

geval sluit de aanbesteder een ontwerpovereenkomst met de architect waarop dan bijvoorbeeld de DNR 2005 van toepassing wordt verklaard. Voor wat betreft de uitvoering van het project zal de aanbesteder een aannemingsovereenkomst met de aannemer sluiten waarop de UAV 1989 van toepassing wordt verklaard. Daarnaast zullen aanbesteder, architect en aannemer een driepartijenovereenkomst sluiten, de zogenoemde bouwteamovereenkomst, bijvoorbeeld met gebruikmaking van het VGBouw Model Bouwteamovereenkomst 1992. In onderling verband bezien regelen de verschillende overeenkomsten dat zowel de architect als de aannemer elk jegens de aanbesteder individueel verantwoordelijk is voor de deugdelijke uitvoering van zijn eigen taak. In de verhouding tot de aannemer is de aanbesteder op zijn beurt juridisch verantwoordelijk voor de wijze waarop de ontwerptaak door de architect is vervuld. Daarenboven geldt dat de aannemer onder omstandigheden juridische medeverantwoordelijkheid jegens de aanbesteder en de architect kan dragen voor de wijze waarop de architect zijn ontwerptaak heeft vervuld. Op die verantwoordelijkheid kan de aannemer bijvoorbeeld worden aangesproken wanneer hij in het kader van zijn adviserende rol een klaarblijkelijke fout van de architect over het hoofd heeft gezien.

Dit zijn de normale uitgangspunten van de *contractvorm* die hoort bij de *bouworganisatievorm* bouwteam. Echter, in afwijking van het voorgaande kunnen de betrokken partijen eventueel afwijkende afspraken maken voor wat betreft de aard en inhoud van de *contractvorm*. Zij kunnen bijvoorbeeld de medeverantwoordelijkheid van de aannemer voor ontwerpfouten van de architect contractueel uitsluiten of, omgekeerd, die medeverantwoordelijkheid tot hoofdregel verheffen. Voor de *bouworganisatievorm* maakt dat echter niets uit: de ontwerp- en de uitvoeringstaak worden elk afzonderlijk nog steeds gescheiden uitgevoerd door de architect respectievelijk de aannemer. Een verandering voor wat betreft de *bouworganisatievorm* treedt pas op wanneer, in het gegeven voorbeeld, de afspraak wordt gemaakt dat de aannemer als lid van het bouwteam een deel van de ontwerptaak volledig voor zijn rekening zal nemen.

Vanzelfsprekend is er nauwe samenhang tussen bouworganisatievorm en contractvorm. Zo moeten vanuit de optiek van doelmatigheid de aard en de inhoud van de contracten consistent zijn met de bouworganisatievorm.

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

Voorbeeld Een aanbesteder die kiest voor de bouworganisatievorm D&B doet er verstandig aan om in het contract de marktpartij juridisch verantwoordelijk te maken voor het ontwerp en de uitvoering. Dat kan door te contracteren op basis van de UAV-GC 2005.

Omgekeerd kan de wens van de aanbesteder om gebruik te maken van een bepaalde contractvorm een van de af te wegen aspecten zijn in het besluitvormingsproces dat uiteindelijk moet leiden tot de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm. Op die aspecten wordt

nog uitvoerig ingegaan in paragraaf 6. De contractvormen komen in hoofdstuk 4 uitvoerig aan de orde.

3 ***Waarom moet de bouworganisatievorm goed zijn doordacht?***

3.1 **De relatie met het bouwproces**

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

Toelichting Zoals in hoofdstuk 1, par. 2.2, al is vastgesteld, heeft een aanbesteder behoefte aan de oplossing van een bepaald probleem. Die behoefte moet tegen zo laag mogelijke totaalkosten worden vervuld door het leveren van een kwalitatief hoogwaardige prestatie met oog voor een optimale levensduur. Met de vervulling van die behoefte wordt ook in een maatschappelijk belang voorzien. De samenleving als geheel profiteert van een verbetering van de kwaliteit en een toename van innovatie in de bouw.

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

Gegeven het resultaat dat de aanbesteder voor ogen heeft en gegeven de accenten die hij heeft gelegd voor de aspecten kwaliteit, kosten en tijd, zal hij voor een bepaalde procesinrichting moeten kiezen waarmee hij het gewenste resultaat kan bereiken.

Toelichting In de kern komt het er dus op neer dat de aanbesteder voor zichzelf helder maakt *wat* hij nu eigenlijk wil bereiken en *hoe* hij dat het beste kan bereiken. Beide vragen kan hij overigens alleen maar goed beantwoorden wanneer hij de belangrijkste randvoorwaarden inzichtelijk heeft waarmee hij in het kader van het bouwproces rekening zal hebben te houden. Met behulp van het DSS kan de aanbesteder meer helderheid voor zichzelf creëren, zowel wat betreft het resultaat dat hij voor ogen heeft, de procesinrichting die daarvoor nodig is alsook de aard en de inhoud van de randvoorwaarden die daarop invloed uitoefenen. Die helderheid krijgt de aanbesteder door antwoord te geven op vragen die uiteindelijk allemaal te herleiden zijn tot de volgende vier kernvragen: (i) 'Wat wil hij?', (ii) 'Wat kan hij?', (iii) 'Wat mag hij?' en (iv) 'Wat vraagt de bouwopgave?' Zie hierna ook par. 6 alsook hoofdstuk 1, par. 4.2.2.

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

Daarmee is duidelijk dat de bouworganisatievorm – als onderdeel van de inrichting van het bouwproces – een belangrijke bepalende factor is voor de uitkomst van dat proces. Het is bovendien duidelijk dat een aanbesteder voor de te hanteren bouworganisatievorm zowel verstandige als minder verstandige keuzes kan maken. Met de ene bouworganisatievorm wordt immers beter tegemoetgekomen aan het resultaat dat hij met het bouwproces wil bereiken, gegeven de accenten die hij heeft gelegd voor de aspecten kwaliteit, kosten en tijd, dan met de andere vorm.

Voorbeeld Een aanbesteder kan er bijvoorbeeld voor kiezen het ontwerp van een ogenschijnlijk eenvoudig project als het realiseren van een fietstunnel in eigen hand te houden. Het is echter de vraag of dat verstandig is wanneer er grote (politieke) tijdsdruk staat op de voltooiing van de fietstunnel. Door juist voor een andere bouworganisatievorm te kiezen, waarbij een aantal te integreren taken door één marktpartij wordt uitgevoerd, zou aanzienlijke tijdswinst kunnen worden geboekt.

De belangen kunnen echter ook anders liggen – bezien vanuit de optiek van het te behalen eindresultaat – waardoor het beter is dat bij hetzelfde type project voor een andere bouworganisatievorm wordt gekozen. Wanneer de aanbesteder bijvoorbeeld zelf een professionele ontwerpafdeling in huis heeft, kan het voor de hand liggen dat die afdeling namens de aanbesteder de ontwerptaak volledig uitvoert. Dit ligt nog meer voor de hand wanneer de te realiseren fietstunnel een standaardproject is waarvan de ontwerpafdeling van de aanbesteder vrij eenvoudig de gedetailleerde technische oplossing kan beschrijven. Als de aanbesteder niet over een eigen afdeling beschikt, dan kan dat wellicht een reden zijn om de ontwerptaak op te dragen aan een externe partij. Dat zou een zelfstandig architect of ingenieur kunnen zijn. Wordt er daarentegen verwacht dat er veel efficiencywinst kan worden behaald op het vlak van de toe te passen uitvoeringsmethodiek, dan ligt het misschien meer voor de hand om (een deel van) de ontwerptaak uit te besteden aan de aannemer.

Het voorgaande laat zien dat de ideale bouworganisatievorm niet bestaat. Het antwoord op de vraag welke bouworganisatievorm het beste past, hangt vooral af van het doel dat de aanbesteder met het bouwproces voor ogen heeft, gegeven de accenten die hij heeft gelegd voor de aspecten kwaliteit, kosten en tijd en hoe hij de verantwoordelijkheid daarvoor wil verdelen over de partijen die in het bouwproces zijn betrokken. Daarnaast hangt dit af van de verdere randvoorwaarden waarmee de aanbesteder rekening heeft te houden bij het inrichten van het bouwproces.

In paragraaf 6 wordt dieper ingegaan op de vraag hoe de behoeften van de aanbesteder, de (grenzen aan de) mogelijkheden die hij heeft om daaraan tegemoet te komen alsook de randvoorwaarden waarmee hij in dat kader rekening moet houden, zich tot elkaar verhouden. Tevens wordt ingegaan op de vraag hoe hij vanuit die onderlinge verhouding tot de keuze van de meest geschikte bouworganisatievorm moet komen. De aanbesteder kan deze vragen beantwoorden met behulp van het DSS.

3.2 De relatie met het aanbestedingsproces

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

Toelichting Die samenhang kwam reeds aan de orde in hoofdstuk 1, par. 4.1. Het gaat dan met name om de samenhang tussen beslissingen die de aanbesteder neemt over de aspecten bouworganisatievorm, vraagspecificatie, contractvorm, aanbestedingsprocedure, geschiktheidseisen, informatie-uitwisseling en gunningscriterium.

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

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

In de volgende hoofdstukken wordt nog verder verduidelijkt waarom het belangrijk is dat de aanbesteder alle beslissingen over de hiervoor vermelde aspecten goed op elkaar afstemt.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

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

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

4.2 Kanttekeningen

4.2.1 Interne beleidsrichtlijnen

Denkbaar is allereerst dat er binnen de organisatie waartoe een aanbesteder behoort interne beleidsrichtlijnen gelden met betrekking tot de keuze van de bouworganisatievorm en/of de wijze waarop zo'n keuze tot stand moet komen. Mogelijk zijn dergelijke richtlijnen zelfs gebaseerd op de inhoud van de Leidraad.

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

Voorbeeld In par. 4.2.3 wordt nog zijdelings ingegaan op het begrip Publiek Private Samenwerking (PPS). Dit is een verzamelbegrip voor tal van manieren waarop de overheid de markt kan benaderen met het oog op de vervulling van de verschillende taken van het bouwproces. De wijze van marktbenadering die de overheid heeft gekozen vertaalt zich vervolgens in de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm en/of contractvorm. De vraag of een project in aanmerking komt voor realisatie door middel van enige vorm van PPS, kan worden beantwoord met behulp van de *Handleiding Publiek Private Comparator* (PPC) die het Ministerie van Financiën heeft opgesteld. Dit beleidsinstrument geeft de gebruiker inzicht in de mogelijke financiële meerwaarde van realisatie van het project door middel van PPS. Die wijze van realiseren wordt vergeleken met een meer traditionele aanpak. Bij alle projecten van rijksvastgoedobjecten boven 25 miljoen euro en bij infrastructuurprojecten groter dan 112,5 miljoen euro wordt standaard een PPC uitgevoerd. Bij de te maken afweging kan ook de *Handleiding Publieke Sector Comparator* (PSC) worden gebruikt die ook door het Ministerie van Financiën is opgesteld. Dat instrument geeft de gebruiker – in aanvulling op de PPC – een beeld van de totale kosten van het project gedurende de gehele levenscyclus.

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

4.2.2 Inbesteding

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

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

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

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

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

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

Toelichting De vraag of en in welke gevallen op een aanbesteder een aanbestedingsplicht rust op grond van de wet- en regelgeving valt buiten het aandachtsgebied van de Leidraad. Zie overigens hoofdstuk 1, par. 2.1.

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

- (1) De aanbestedder oefent op dezelfde wijze toezicht uit op de onderneming als op zijn eigen diensten.
- (2) De onderneming verricht het merendeel van haar werkzaamheden ten behoeve van de aanbestedder.
- (3) Er is geen sprake van private financiering in het vermogen van de betreffende onderneming.

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

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

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

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

Als een overheidsaanbestedder overweegt de uitvoering van een bepaalde taak rechtstreeks op te dragen aan een aan haar gelieerde onderneming, onder de noemer van quasi-inbesteding, wordt die aanbestedder sterk aangeraden eerst te (laten) onderzoeken of dan wordt voldaan aan de hiervoor vermelde voorwaarden.

4.2.3 Oprichting van of deelname in privaatrechtelijke rechtspersoon

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

Toelichting

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

PPS is op zichzelf geen aanduiding voor een bouworganisatievorm, maar moet worden beschouwd als een "juridisch gestructureerde samenwerking tussen overheid en private partijen bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie dan wel de inrichting van gebouwen en exploitatie, anders dan vanuit traditionele rollen van overheid en private partijen". (Bron: A.G. Bregman, R.W.J.J. de Win, *Publiek-private samenwerking bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie*, Deventer: Kluwer 2005, p. 6). Deze omschrijving impliceert dat het ook bij PPS nog altijd mogelijk is dat aanbesteder en marktpartijen ieder afzonderlijk een of meer taken van het bouwproces verrichten.

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

PPS komt niet zo maar uit de lucht vallen. PPS is kabinetsbeleid (zie ook www.ppsbijhetrijk.nl). In de jaarlijkse voortgangsrapportage PPS van het Ministerie van Financiën aan de Tweede Kamer geven de departementen aan op welke wijze zij vorm hebben gegeven aan dit beleid (Bron: *Kamerstukken 2007-2008*, TK 28753, nr. 12).

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

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

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

Toelichting Wanneer de Rijksoverheid een privaatrechtelijke rechtspersoon wil oprichten dan wel daarin wil deelnemen, geldt op grond van art. 34 lid 1 Comptabiliteitswet 2001 een verplichte voorhangprocedure bij het parlement. Op grond van lid 2 van dat artikel moet de Algemene Rekenkamer over een voornemen tot oprichting of deelneming worden geconsulteerd. Als een meerderheid van de Tweede of de Eerste Kamer het wenselijk acht, is op grond van lid 4 van het genoemde artikel daarenboven een afzonderlijke machtigingswet nodig. Alhoewel geen sprake is van een wettelijke verplichting geldt voor de Rijksoverheid bovendien het kader zoals is aangegeven in de nota 'Staatsdeelnemingen-beleid' van het Ministerie van Financiën (Bron: *Kamerstukken 2007-2008*, TK 28165, nr. 69).

Voor gemeenten geldt dat het college van burgemeester en wethouders op grond van art. 160 lid 1 sub e Gemeentewet in beginsel bevoegd is te besluiten tot het oprichten van en het deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen. Lid 2 van dat artikel bepaalt echter dat het college slechts daartoe besluit "indien dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang". Voor het ontwerpbesluit geldt een voorhangprocedure bij de gemeenteraad. Op grond van lid 2 van het artikel geldt daarenboven dat het besluit de goedkeuring moet krijgen van gedeputeerde staten. De Provinciewet regelt het oprichten van en het deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies op een wijze die vergelijkbaar is met de regeling in de Gemeentewet.

Wanneer een *overheidsaanbesteder* het voornemen heeft om een privaatrechtelijke rechtspersoon op te richten of daarin deel te nemen met het oog op de uitvoering en het onderhoud en/of de exploitatie van een bouwproject, wordt sterk aangeraden dat deze eerst onderzoekt of en in hoeverre de hiervoor bedoelde wetgeving grenzen stelt aan zo'n voor-nemen.

4.2.4 Kanttekeningen vanuit de invalshoek van de vraagspecificatie

Zoals in paragraaf 3.2 is opgemerkt, kan de keuze van de bouworganisatievorm niet los worden gezien van de wijze waarop de aanbestedder van plan is om te gaan met een aantal andere belangrijke aspecten van het aanbestedingsproces. Een van die andere aspecten is de vraag-specificatie. Voor een goede afloop van het bouwproces is vereist dat de aanbestedder de

samenhang tussen de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie vooraf goed doordenkt. Zoals nog aan de orde zal komen in hoofdstuk 3, paragraaf 4 moet de aanbestede in dat kader ook letten op de aanbestedingsrechtelijke grenzen die worden gesteld aan de inhoud van de vraagspecificatie. Vanuit die optiek wordt het bijvoorbeeld ontoelaatbaar geacht wanneer de eisen in de vraagspecificatie de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging belemmeren.

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

In dit voorbeeld kiest de aanbestede voor een bouworganisatievorm – bijvoorbeeld DBFMO – die onder andere consistent is met de aard en de inhoud van de opgestelde vraagspecificatie. Hier is het echter niet de keuze van de bouworganisatievorm waarbij (juridische) kanttekeningen kunnen worden geplaatst, maar de vraagspecificatie.

5 Welke keuzemogelijkheden heeft de aanbestede?

5.1 Vertrekpunt

5.1.1 Taken van het bouwproces

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

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

Toelichting In deze Leidraad wordt geen nader onderscheid gemaakt tussen D en E en tussen B en C. 'Design' is meeromvattend dan 'Engineer', maar het gaat uiteindelijk om twee loten van dezelfde stam: het steeds verder concretiseren van eerder geformuleerde en abstractere specificaties. De engineeringfase behelst uiteindelijk het sluitstuk van dat proces voordat tot uitvoering wordt overgegaan. De begrippen B en C zijn inwisselbaar, maar worden in de praktijk afwisselend gebruikt afhankelijk van de vraag of er sprake is van een B&U-project (B) dan wel een GWW-project (C).

In deze Leidraad wordt evenmin aandacht besteed aan de functie T (= 'Transfer') die ziet op de overdracht door de marktpartij aan de aanbestede van het

eigendomsrecht of een ander zakelijk recht op het bouwproject dat de marktpartij eerder van de aanbesteder zal hebben verkregen in het kader van een zogenoemd BOT-contract (Build, Operate, Transfer). Dit fenomeen komt in Nederland nog niet voor. Gebruikmaking van BOT wordt overigens impliciet bepleit in het onlangs verschenen rapport van de Commissie Ruding, opgesteld in opdracht van de Minister van Verkeer en Waterstaat in overleg met de Minister van Financiën, zie: Commissie Private Financiering van Infrastructuur, *Op de goede weg en het juiste spoor*, 2008.

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

Toelichting Aan dat uitgangspunt doet niet af dat het in de praktijk denkbaar is dat een marktpartij een voorstel ontwikkelt voor een te realiseren bouwproject, waarna hij dat voorstel aan een aanbesteder voorlegt. Als in zo'n geval de aanbesteder overgaat tot aanbesteden, kan worden betoogd dat de aanbesteder de regisserende rol van initiatiefnemer op zich neemt. Zie ook hoofdstuk 3, par. 5.2.3.

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

Toelichting Het kan zijn dat de aanbesteder zelf rechthebbende is ten aanzien van die grond. Of een andere deelnemer aan het bouwproces, die een of meer van de opgesomde taken zal vervullen, is rechthebbende. Denkbaar is daarnaast nog dat er een derde rechthebbende is. In de twee laatste gevallen zal de aanbesteder tot afspraken moeten komen met de betrokken deelnemer of derde, zodat de grond feitelijk en juridisch beschikbaar komt ten behoeve van het bouwproces.

De uiteindelijke toedeling van de taak met betrekking tot de grondinbreng is niet van wezenlijke betekenis voor de keuze van de bouworganisatievorm. Die keuze wordt in de praktijk toch vooral bepaald door het antwoord op de vraag of en hoe de aanbesteder de taken (D), (B), (F), (M) en (O) aan de markt zal uitbesteden.

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

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

Het vervullen van deze specifieke taak staat feitelijk gezien in nauw verband met de vervulling van de ontwerpstaak (D) en de uitvoeringstaak (B). In de regel is het zo – en daar wordt in het navolgende dan ook van uitgegaan – dat de taak en de verantwoordelijkheid voor het verkrijgen van de permanente vergunningen en toestemmingen ligt bij diegene bij wie ook de ontwerpstaak berust. De taak en de verantwoordelijkheid voor het verkrijgen van de tijdelijke vergunningen en toestemmingen berust bij diegene die ook de uitvoeringstaak zal vervullen.

5.1.2 Belangrijkste hoofdvormen in beeld

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

- (1) Wie gaat een bepaalde taak vervullen? De aanbesteder? Een marktpartij? Of de aanbesteder en die marktpartij samen?
- (2) Als de aanbesteder twee of meer taken door de markt wenst te laten vervullen, wenst hij dan daarenboven dat die taken door één marktpartij worden vervuld (geïntegreerde bouworganisatievorm)?

Afhankelijk van de antwoorden op deze vragen kunnen de taken (D), (B), (F), (M) en (O) op tal van manieren over de partijen die deelnemen aan een bouwproces worden verdeeld. In de praktijk wordt een beperkt aantal relevante hoofdvormen van elkaar onderscheiden. De volgende opmerkingen hebben tot doel die hoofdvormen wat beter in beeld te brengen voordat zij verder worden geïllustreerd en toegelicht in de paragrafen 5.2, 5.3 en 5.4.

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

Toelichting Denkbaar is dat de uitvoeringstaak in een aantal percelen wordt gesplitst – bijvoorbeeld in een bouwkundig deel en een installatietechnisch deel – en dat de uitvoering van deze percelen aan verschillende nevenaannemers wordt opgedragen. De beslissing tot het opsplitsen van de uitvoeringstaak in een aantal percelen staat los van de keuze van de bouworganisatievorm. Waar het bij die laatste keuze immers om gaat, is dat de aanbesteder de uitvoeringstaak als zodanig aan de markt overlaat. Overwegingen over het al dan niet splitsen van de uitvoeringstaak in afzonderlijke percelen hebben op die keuze over het algemeen geen invloed. Denkbaar is overigens dat het uitsplitsen van de uitvoeringstaak in een aantal percelen zich minder goed verhoudt tot een variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm, zie par.5.3.

Desalniettemin is er wel iets te zeggen over of het in percelen in de markt zetten van de bouwopdracht juridisch en/of doelmatig verantwoord is. Daarop wordt in hoofdstuk 3, par. 4.3.2.2 en par. 5.4 nader ingegaan.

Gesteld dat de aanbesteder er voor zou kiezen alleen de uitvoeringstaak (B) uit te besteden en alle overige taken zelf te verrichten – hetgeen met name in de GWW-sector regelmatig voorkomt – dan komt de traditionele bouworganisatievorm in zijn meest klassieke vorm in beeld. Voor de B&U-sector is deze klassieke variant van de traditionele bouworganisatievorm

overigens minder gebruikelijk voor zover het de ontwerpstaak (D) betreft. De aanbesteder zal die taak bij een B&U-project over het algemeen immers niet zelf verrichten, maar uitbesteden aan een architect. Ook in dat geval is dan nog steeds sprake van de traditionele bouworganisatievorm. Die vorm komt in paragraaf 5.2 uitvoering aan bod.

Toelichting In dat geval geldt daarenboven dat de ontwerpstaak in de regel in een aantal deeltaken wordt opgesplitst. Daarbij worden de afzonderlijke deeltaken door verschillende ontwerpende disciplines verricht: een architect, een installatieadviseur, een akoestisch adviseur, een constructeur, enzovoort. Dat opsplitsen kan zowel plaatsvinden in het kader van een traditionele bouworganisatievorm als in het kader van een van andere bouworganisatievormen. Daarnaast is denkbaar dat de ontwerpstaak zodanig wordt georganiseerd dat twee of meer ontwerpende disciplines integraal met elkaar samenwerken. Een voorbeeld van zo'n samenwerkingsvorm is 'Total Engineering'. De beslissing van een aanbesteder tot het opsplitsen van de ontwerpstaak in een aantal deeltaken of tot het aansturen op een bepaalde vorm van integrale samenwerking tussen ontwerpende disciplines, valt buiten het bestek van deze Leidraad.

Vanuit de traditionele bouworganisatievorm kan vervolgens de stap worden gezet naar een andere hoofdvorm: de geïntegreerde bouworganisatievorm. Bij deze vorm is het zo dat de aanbesteder twee of meer taken van het bouwproces aan een en dezelfde marktpartij overdraagt. De basisvorm van de geïntegreerde bouworganisatievorm zoals die in de Leidraad wordt onderscheiden, is die waarin een marktpartij zowel de ontwerpstaak (D) als de uitvoeringstaak (B) verricht. Vanuit die basisvorm kunnen een aantal varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm worden onderkend, waarbij het takenpakket van de betreffende marktpartij achtereenvolgens wordt uitgebreid met het meerjarig onderhoud en het beheer van het te realiseren project (M), de financiering van het project (F) en uiteindelijk ook de exploitatie van het project (O). De geïntegreerde bouworganisatievorm wordt geïllustreerd en toegelicht in paragraaf 5.3.

Toelichting Het uitbesteden van de exploitatie (O) komt in Nederland bijvoorbeeld voor bij projecten als scholen en gevangenissen. Hierbij omvat (O) met name het leveren van facilitaire diensten zoals schoonmaak en catering. Ook kan worden gedacht aan het aanbieden van volledig gefaciliteerde werkplekken als het om een vastgoedproject gaat. In de GWW-sector komt het fenomeen nog niet voor.

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

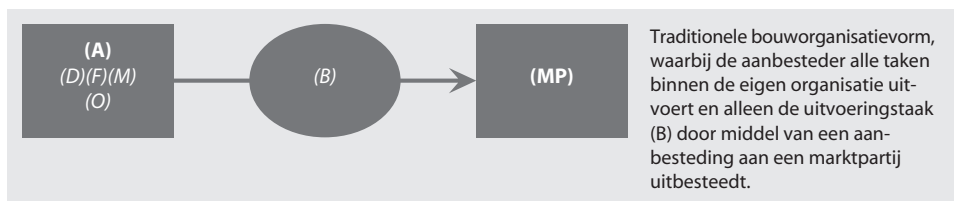
5.2 Traditionele bouworganisatievorm

5.2.1 Korte beschrijving

De traditionele bouworganisatievorm komt in de praktijk in een aantal varianten voor. De eerste is die waarin de aanbesteder alle in paragraaf 5.1.1 opgesomde taken zelf verricht en alleen de uitvoeringstaak aan een aannemer uitbesteedt (paragraaf 5.2.2). Een tweede variant is die waarin de aanbesteder de ontwerptaak door een architect of een raadgevend ingenieur laat vervullen en bovendien het meerjarig onderhoud van het gerealiseerde project aan een (derde) marktpartij overlaat (paragraaf 5.2.3). Een derde variant is die van het zogenoemde bouwteam, waarbij de aannemer die met de uitvoeringstaak is belast een adviserende rol heeft ten aanzien van de ontwerptaak die de architect of raadgevend ingenieur verricht (paragraaf 5.2.4).

5.2.2 Alleen uitvoering uitbesteden

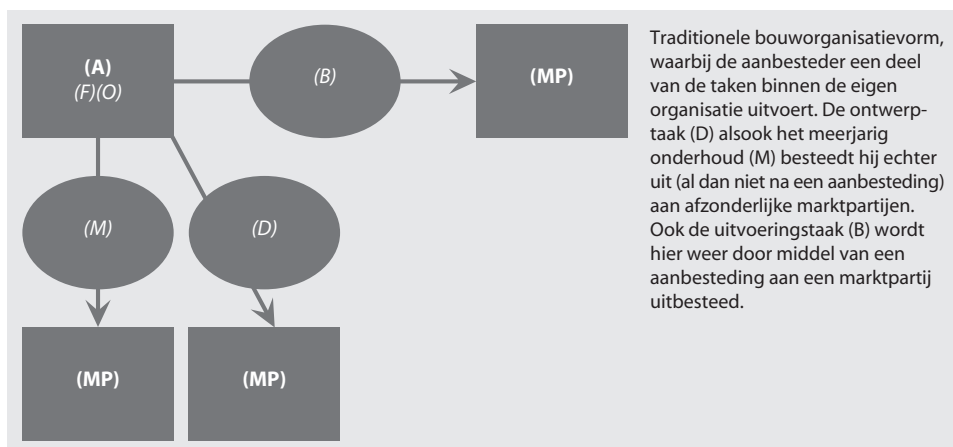
Deze basisvorm van de traditionele bouworganisatievorm is lange tijd toegepast door (middel)grote (semi-)overheidsaanbesteders in de GWW-sector die over eigen ontwerp- en onderhoudsafdelingen beschikken. In de B&U-sector is deze variant nog heel gebruikelijk. In die sector heeft de aanbesteder in de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



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

5.2.3 Ontwerp, uitvoering en meerjarig onderhoud gescheiden uitbesteden

Kenmerkend voor deze variant is dat de aanbesteder verschillende parallelle contracten moet sluiten met evenzoveel bouwprocesdeelnemers. De ontwerptaak besteedt hij uit aan een architect of een raadgevend ingenieur, de uitvoeringstaak aan een aannemer.



Toelichting Zoals reeds is opgemerkt in par. 1.1 van hoofdstuk 1 richt deze Leidraad zich op de aanbesteding van de uitvoeringstaak van de aannemer en niet op de aanbesteding van de ontwerpdienst van de architect of de raadgevend ingenieur. Daarvoor zijn andere leidraden en praktische hulpmiddelen beschikbaar.

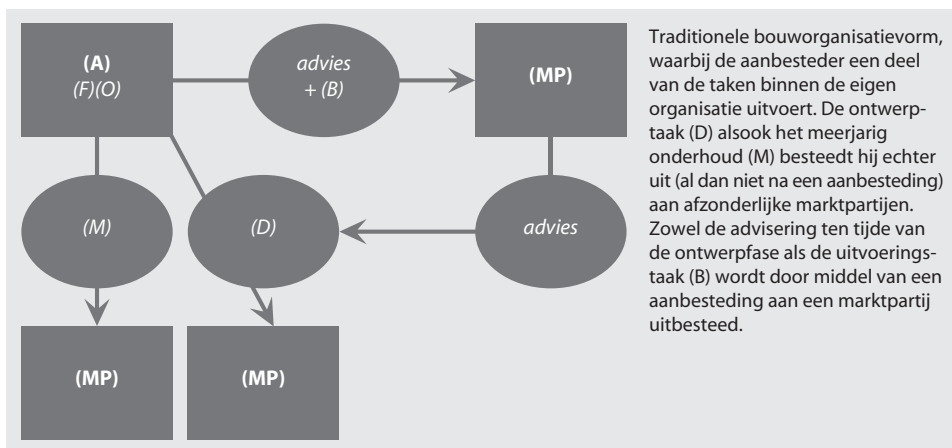
In dit verband kan als voorbeeld worden gewezen op de *Werkmap Europees aanbesteden voor opdrachtgevers* (te downloaden via www.bna.nl) die de Bond van Nederlandse Architecten (BNA) heeft opgesteld. Deze Werkmap is het resultaat van samenwerking tussen overheden en adviseurs, met betrokkenheid van de Rijksbouwmeester, het Instituut voor Bouwrecht en diverse BNA-leden. Daarnaast kan worden gewezen op de publicatie *Een bewuste keus. Richtsnoer voor de selectie van adviseurs, architecten en ingenieurs* die de Organisatie van advies- en ingenieursbureaus (ONRI) heeft opgesteld.

Een van de belangrijkste kwesties waarmee een aanbesteder bij deze bouworganisatievorm te maken krijgt, is de coördinatie van de verschillende disciplines. De aanbesteder besteedt weliswaar de ontwerptaat uit aan een architect of een raadgevend ingenieur, maar hij blijft in relatie tot de aannemer in beginsel juridisch verantwoordelijk voor de deugdelijkheid van het ontwerp. Hij kan echter die verantwoordelijkheid onder omstandigheden weer verleggen naar de ingeschakelde architect of raadgevend ingenieur. Ook hier geldt dat de aannemer juridisch verantwoordelijk kan worden voor het ontwerp – naast de architect of raadgevend ingenieur – wanneer hij onjuistheden in het ontwerp redelijkerwijze had behoren op te merken en hij verzuimd heeft voor die onjuistheden te waarschuwen.

5.2.4 Bouwteam

5.2.4.1 Korte beschrijving

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



Toelichting Zie in dit verband ook het voorbeeld in par. 2.2.

De adviserende betrokkenheid van de aannemer als lid van het bouwteam houdt dus *niet* in dat de ontwerp-taak als het ware door de architect of de raadgevend ingenieur en de aannemer *gezamenlijk* wordt verricht. Dit betekent dat ook de juridische verantwoordelijkheidsverdeling die is uiteengezet in paragraaf 5.2.3 in beginsel gehandhaafd blijft.

Toelichting Denkbaar is overigens nog dat de aannemer als lid van het bouwteam niet alleen de architect of raadgevend ingenieur adviseert bij diens ontwerp-taak, maar dat hij een onderdeel van dat ontwerp vervaardigt en het vervolgens overdraagt aan de architect of raadgevend ingenieur, die het onderdeel vervolgens verwerkt in het totaalontwerp. Deze variant bevindt zich op het grensvlak van de traditionele bouworganisatievorm enerzijds en de geïntegreerde bouworganisatievorm anderzijds. De juridische verantwoordelijkheid van de 'mee-ontwerpende' aannemer neemt bij deze variant wel toe.

Op de aannemer als lid van het bouwteam kan wel een verzwaarde waarschuwingsplicht rusten als gevolg van zijn intensievere betrokkenheid bij de vervulling van de ontwerp-taak door de architect of de raadgevend ingenieur.

5.2.4.2 Aanbesteden van een bouwteam

In de praktijk rijst regelmatig de vraag hoe de prestaties die een aannemer in het kader van een bouwteam zal leveren, precies moeten worden aanbesteed. Daarvoor bestaan namelijk nog geen uitgekristalliseerde oplossingen. In deze paragraaf wordt een mogelijke oplossings-richting aangereikt.

Uit de beschrijving in paragraaf 5.2.4.1 kan worden afgeleid dat de aanbesteder met het sluiten van de bouwteamovereenkomst aan de aannemer een adviesopdracht geeft. Die advies-opdracht zou dus in ieder geval onderwerp van een aanbestedingsprocedure moeten en kunnen zijn. Hier kan dan een normale aanbestedingsprocedure ter zake van een opdracht tot het verrichten van een dienst worden doorlopen.

Toelichting De aanbesteding van diensten is geen onderwerp van deze Leidraad. Hier wordt volstaan met de opmerking dat de aanbesteder de adviesdienst die de aannemer in het kader van het bouwteam moet leveren, kan omschrijven door middel van eisen. Hij kan dat ook doen ten aanzien van de kwalitatieve geschiktheid van die aannemer, vooropgesteld dat de eisen zich dan beperken tot de (advies)dienstverrichting. Er mogen aan de beoogde dienstverrichting dus geen eisen worden gekoppeld die verband houden met de eventuele uitvoering van het beoogde werk door de aannemer. Wat betreft het gunningscriterium kan hier worden gedacht aan het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving, waarbij als nadere criteria – naast de hoogte van het adviesstarief en de omvang van het maximum aantal adviesuren – ook zou kunnen worden gedacht aan belangrijke competenties die nodig zijn voor de uitvoering van de adviesopdracht en die dermate belangrijk worden geacht dat ze onderdeel zijn van de eisen waarin de te leveren adviesdienst staat omschreven. In dit verband zou aansluiting kunnen worden gezocht bij hetgeen aan het einde van par. 4.2.1.2 van hoofdstuk 8 wordt opgemerkt over de nadere criteria die de aanbesteder kan formuleren in het kader van het gunningscriterium van de meest voordelige inschrijving.

Wanneer alleen de adviesdienst wordt aanbesteed en de aannemer op die manier een plaats in het bouwteam verwerft, loopt men aan tegen het volgende probleem. De aanbesteder kan de aannemer als lid van het bouwteam niet een-op-een de opdracht verstrekken tot uitvoering van het werk. Wat natuurlijk wel mogelijk is, is dat de aanbesteder de uitvoering van het werk – nadat het in bouwteamverband is gespecificeerd – via een aanbestedingsprocedure in de markt zet. De aannemer als lid van het bouwteam mag dan gewoon deelnemen aan die procedure, met dien verstande dat de aanbesteder er voor zal hebben te zorgen dat een eventuele informatievoorsprong van die aannemer wordt geneutraliseerd.

Toelichting Zie in dit verband ook hoofdstuk 3, par. 4.2.2.

Voor de aannemer is dit natuurlijk een minder aantrekkelijk scenario. Mogelijk kan het er zelfs toe leiden dat de voordelen die de aanbesteder beoogt te bereiken met zijn keuze voor het bouwteam als bouworganisatievorm onvoldoende uit de verf komen. Het is in beginsel wenselijk dat de aannemer als lid van het bouwteam aanspraak kan maken om als eerste en enige een prijsaanbieding te mogen doen voor de uitvoering van het werk, dat (nog) wordt gespecificeerd in bouwteamverband. Hoe kan dat doel worden bereikt zonder afbreuk te doen aan de overige belangen die in het geding zijn, in het bijzonder het mededingsbelang?

De aanbesteder kan de beoogde uitvoering van het werk meenemen in de aanbesteding van de adviesopdracht. Wat er dan in feite wordt aanbesteed, is de adviesopdracht in combinatie met het recht op uitvoering van het werk. Dat zal niet in alle gevallen even eenvoudig zijn omdat op *dat* moment het werk nog onvoldoende is omschreven in bestekseisen; dat moet immers nog gebeuren in bouwteamverband. Wat in de regel gereed zal (kunnen) zijn, is een vraagspecificatie die is uitgewerkt tot een functioneel programma van eisen of een voorlopig ontwerp en wellicht zelfs tot op het niveau van een definitief ontwerp. De aannemer kan in een gecombineerde aanbesteding op basis van een functioneel programma van eisen nog geen prijs voor de uitvoering van het werk aanbieden. Dat wordt echter al weer wat eenvoudiger

als er een voorlopig dan wel een definitief ontwerp ligt, zeker wanneer dat vergezeld gaat van een materialenlijst.

Ook wanneer de aannemer nog geen prijs voor de uitvoering van het werk kan aanbieden, kan hij zich mogelijk wel al vastleggen op eenheidsprijzen, algemene bouwplaatskosten, risico-opslagen en winstpercentages. Het is dan zaak dat de aanbesteder in dit verband dezelfde in te vullen lijst hanteert voor alle inschrijvers. De concurrentie tussen de inschrijvers vindt dan in feite plaats op basis van een vergelijking van de ingevulde lijsten.

De gecombineerde aanbesteding omvat aldus (i) een adviesopdracht terzake van de uitwerking van een vraagspecificatie – functioneel programma van eisen, voorlopig ontwerp of definitief ontwerp – tot een bestek in bouwteamverband en (ii) het exclusieve recht om een prijsaanbieding te mogen doen voor de uitvoering van het werk op basis van de nog tot een bestek uit te werken vraagspecificatie, onder voorbehoud van overeenstemming over de prijs voor de uitvoering van het werk. Het gaat hier nadrukkelijk om een recht op uitvoering *onder voorbehoud*. Gunning van de gecombineerde opdracht is voor wat betreft de adviesopdracht weliswaar definitief, maar de gunning kan dat nog niet zijn voor de opdracht tot uitvoering van het werk. De aanbesteder moet wat betreft die uitvoering niet op voorhand zijn gebonden aan de aannemer aangezien partijen eerst overeenstemming moeten bereiken over de prijsaanbieding die de aannemer exclusief mag uitbrengen.

Wanneer de aanbesteder deze oplossingsrichting volgt, zijn er overigens nog de nodige aanbestedingsrechtelijke aandachtspunten waarop hij moet letten. Zo zullen tijdens de bouwteamfase waarin de vraagspecificatie tot een bestek wordt uitgewerkt, de kaders van die vraagspecificatie niet mogen worden gewijzigd. Dat geldt ook voor de eenheidsprijzen, risico-opslagen en winstpercentages die de aannemer tijdens de gecombineerde aanbesteding heeft aangeboden.

Toelichting Hier kan worden aangesloten bij hetgeen wordt betoogd in hoofdstuk 3, par. 4.3.3.3 en in hoofdstuk 6, par. 4.3.6.2 en hoofdstuk 9, par. 4.2.4.

De aanbesteder moet ook nog op het volgende bedacht zijn. Hij zal na afronding van de bouwteamfase met de aannemer tot overeenstemming moeten zien te komen over diens prijsaanbieding. De kans is altijd aanwezig dat die overeenstemming niet wordt bereikt. In zo'n geval heeft de aanbesteder aanbestedingsrechtelijk gezien de ruimte om het werk zoals beschreven in het bestek via een normale aanbestedingsprocedure op de markt te zetten. Contractenrechtelijk zal hij er echter verstandig aan doen het risico van eventuele exclusiviteitsclaims van de (teleurgestelde) aannemer uit te sluiten. Die aannemer mag overigens natuurlijk gewoon meedoen aan de 'tweede' aanbestedingsprocedure, met dien verstande dat de aanbesteder er ook dan voor zal hebben te zorgen dat een eventuele informatievoorsprong van die aannemer wordt geneutraliseerd.

5.3 Geïntegreerde bouworganisatievorm

5.3.1 Korte beschrijving

Wanneer de aanbesteder naast de uitvoeringstaak ook andere taken aan een en dezelfde externe partij uitbesteedt, wordt vaak gesproken van 'geïntegreerde bouworganisatievorm'. Die marktpartij voert dan als het ware een aantal taken 'geïntegreerd' uit. Het gaat dan eerst

en vooral om een combinatie van de ontwerp- en de uitvoeringstaak (paragraaf 5.3.2), maar denkbaar is ook dat het verzorgen van het meerjarig onderhoud aan het takenpakket wordt toegevoegd (paragraaf 5.3.3). Het is zelfs mogelijk om in aanvulling daarop het verwerven van de projectfinanciering (paragraaf 5.3.4) en zelfs de exploitatie van het bouwproject geïntegreerd in één hand uit te besteden (paragraaf 5.3.5). De varianten van bouworganisatievormen die aldus kunnen ontstaan, worden in de praktijk met diverse afkortingen aangeduid. De betekenis van deze afkortingen, alsook de wijze waarop zij van andere aanduidingen kunnen worden onderscheiden, komt hierna nog uitvoerig aan bod.

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

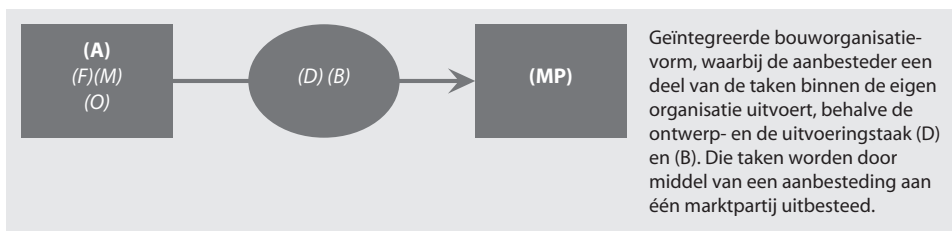
Ook bij de geïntegreerde bouworganisatievorm kan de aanbesteder er overigens voor kiezen de taken die hij niet geïntegreerd wenst uit te besteden zelf te verrichten of te laten vervullen door een andere marktpartij.

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

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

5.3.2 D&B

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



Toelichting Zie in dit verband ook par. 5.1.1. In de Leidraad wordt geen nader onderscheid gemaakt tussen (D) en (E) en tussen (B) en (C) anderzijds. ‘Design’ is meer-omvattend dan ‘Engineer’, maar het gaat uiteindelijk om twee loten van de dezelfde stam: het nader concretiseren van eerder geformuleerde en abstractere specificaties.

De begrippen (B) en (C) zijn inwisselbaar, maar worden in de praktijk afwisselend gebruikt afhankelijk van de vraag of er sprake is van een B&U-project (B) dan wel een GWW-project (C). D&B wordt in de Leidraad dus vereenzelvigd met D&C (Design & Construct) en E&C (Engineer & Construct).

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

Met de integratie van ontwerp en uitvoering kan de aanbesteder verschillende voordelen behalen. Zo kan er meer worden geprofiteerd van het innovatieve vermogen van de markt. Ook is het mogelijk dat de benodigde productietijd wordt versneld. Een ander voordeel is dat coördinatievraagstukken zich minder doen gevoelen dan bij de traditionele bouworganisatievorm mede omdat de daarmee verband houdende verantwoordelijkheid in één hand ligt bij de D&B-aannemer. Kenmerkend voor deze basisvorm van de geïntegreerde bouworganisatievorm, in vergelijking tot de traditionele bouworganisatievorm, is dat de aanbesteder nu in plaats van twee contracten met twee verschillende marktpartijen slechts één contract met een D&B-aannemer sluit. Daaruit vloeit dan tegelijkertijd voort dat die D&B-aannemer nu ook de juridische verantwoordelijkheid draagt voor de deugdelijke vervulling van de ontwerp-taak, terwijl die in de traditionele bouworganisatievorm bij de aanbesteder of bij de architect of raadgevend ingenieur ligt.

Toelichting De D&B-aannemer kan overigens bij de ontwerpwerkzaamheden ook een architect of raadgevend ingenieur inschakelen. Er zijn verschillende samenwerkingsvormen en bijbehorende juridische constructies denkbaar om dat te realiseren.

Meer algemeen is het zo dat binnen D&B (maar ook bij de hierna te noemen andere varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm) gestuurd wordt op integrale productverantwoordelijkheid van de D&B-aannemer.

Toelichting Overigens moet hierbij wel worden gerealiseerd dat de ontwerp-taak bij D&B nooit helemaal alleen door de D&B-aannemer wordt verricht. Het ontwerp-proces kan worden geïllustreerd als een gefaseerd proces van keuzes en beslissingen die eerst tamelijk abstract en functioneel zijn en vervolgens steeds concreter, gedetailleerder en (technisch) meer oplossingsgericht worden. Algemeen aanvaard is dat in dat proces achtereenvolgens de volgende stappen worden gezet: programma van eisen, voorlopig ontwerp, definitief ontwerp, uitvoeringsontwerp, bestek. Bij de geïntegreerde bouworganisatievorm wordt

de vooronderstelling gehanteerd dat de aanbesteder in ieder geval zelf de eerste stap van het ontwerpproces zet – het programma van eisen – en dat hij daarenboven een of meer vervolgstappen van dat proces *kan* zetten. De juridisch-administratieve voorwaarden die voor deze bouworganisatievorm zijn ontwikkeld – de UAV-GC 2005 – voorzien in deze flexibele behoefte. De grens ligt overigens bij het uitvoeringsontwerp. Die stap van het ontwerpproces moet de D&B-aannemer in ieder geval zetten, wil men nog kunnen spreken van een geïntegreerde bouworganisatievorm. Het voorgaande houdt nadrukkelijk niet in dat de aanbesteder en de D&B-aannemer de ontwerpstaak als het ware *gezamenlijk* verrichten. Binnen de geschetste vorm heeft elk een eigen individuele juridische verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid van de werkzaamheden die hij heeft verricht.

Het moge duidelijk zijn dat de aanbesteder ingeval van D&B altijd in een bepaalde mate een deel van de ontwerpwerkzaamheden zal blijven vervullen: de D&B-aannemer moet zijn prestatie immers leveren op basis van een vraagspecificatie.

Toelichting Ook bij het opstellen van die vraagspecificatie door de aanbesteder kan een rol zijn weggelegd voor een architect of raadgevend ingenieur. In zoverre moet dan ook het beeld dat de aanbesteder in plaats van twee contracten met twee verschillende marktpartijen slechts één contract met een D&B-aannemer sluit enigszins worden genuanceerd.

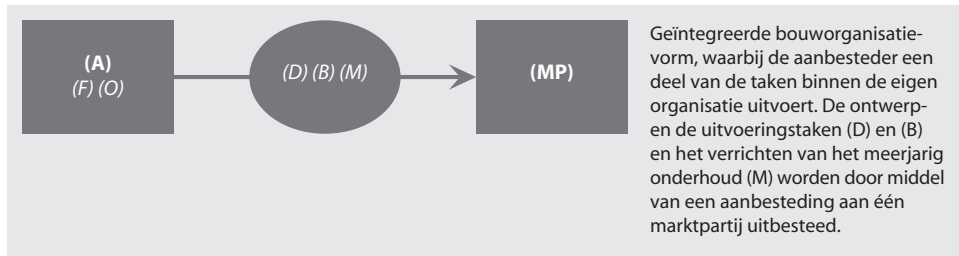
Het voorgaande betekent dat de aanbesteder jegens de D&B-aannemer in beginsel juridisch verantwoordelijk blijft voor de deugdelijkheid van dat gedeelte van de ontwerpwerkzaamheden dat resulteert in de vraagspecificatie, net zoals dat in de traditionele bouworganisatievorm het geval is. Dat betekent echter ook dat die verantwoordelijkheid weer gedeeltelijk of geheel naar de D&B-aannemer verschuift wanneer deze een onjuistheid in de vraagspecificatie redelijkerwijze had behoren op te merken en hij verzuimd heeft voor die onjuistheid te waarschuwen.

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

5.3.3 DBM

Deze variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm staat in de praktijk bekend onder de naam DBM (Design, Build & Maintain). Toevoeging van de meerjarige onderhoudstaak aan de aannemer die ook de ontwerpstaak vervult, heeft als voordeel dat de zogenoemde levenscyclusbenadering als uitgangspunt wordt genomen. Dat kan leiden tot een onderhoudsvriendelijk en efficiënt ontworpen bouwproject. Wanneer de marktpartij niet alleen

het ontwerp en de uitvoering verzorgt, maar ook het meerjarig onderhoud van het door hem te realiseren project, zal hij in de ontwerpfase mogelijk met 'slimme' onderhoudsvriendelijke oplossingen komen.



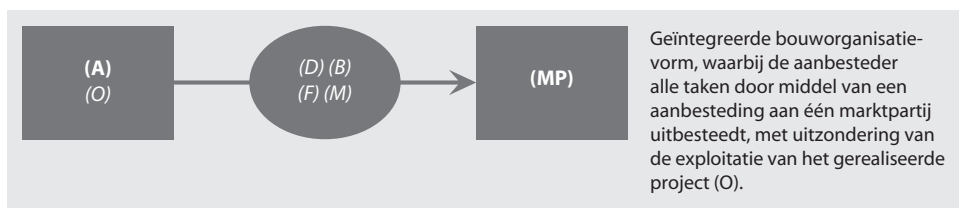
Toelichting Een en ander is overigens ook afhankelijk van het antwoord op de vraag wat de opdracht tot het verrichten van het meerjarig onderhoud in het concrete geval precies omvat. De gedachte is dat het hiervoor beschreven voordeel kan worden behaald wanneer de DBM-aannemer ten minste een keer tijdens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

Bij deze variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm contracteert de aanbesteder met minder marktpartijen dan het geval zou zijn bij een separate uitbesteding van het meerjarig onderhoud. Voor wat betreft de normale juridische verantwoordelijkheidsverdeling die bij deze variant hoort, wordt verwezen naar paragraaf 5.3.2.

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

5.3.4 DBFM

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



Toelichting De verantwoordelijkheid terzake de financiering (F) betreft niet een gewone voorfinanciering van de bouwkosten, waarbij de bouwsom uiteindelijk bij de oplevering door de aanbesteder wordt betaald. Het gaat om een financiering met een veel zelfstandiger karakter. De aanbesteder betaalt namelijk niet voor een gereed product, maar voor de (mate van) beschikbaarheid van het gerealiseerde object gedurende de gehele looptijd van het contract. Die looptijd is meestal aanzienlijk, aangezien deze in belangrijke mate gekoppeld is aan de economische levensduur van het gerealiseerde object. Afhankelijk van de aard van het object varieert de looptijd van DBFM-contracten dikwijls tussen de 15 en 30 jaren. (...). (Bron: Ministerie van Financiën, *DBFM Handboek*, Den Haag 2005, p. 6).

Het gebruik van DBFM kan verschillende voordelen opleveren voor de aanbesteder, maar dat is ook nu weer afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Uiteindelijk gaat het om het verkrijgen van meerwaarde: een beter product/dienst voor dezelfde prijs of een vergelijkbaar product/dienst voor een lagere prijs.

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

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

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

Een ander voordeel van DBFM is dat ook hier kan worden uitgegaan van de zogenoemde levenscyclusbenadering: de private marktpartij is verantwoordelijk voor ontwerp, bouw en onderhoud. Door slim en innovatief te ontwerpen en te bouwen bestaat er een gereede kans

dat er in de onderhoudsperiode minder onderhoud gepleegd moet worden. Dit betekent dat de prestatievergoeding op dat moment niet hoeft te worden verlaagd. Hiermee is overigens niet gezegd dat een vergelijkbaar resultaat niet kan worden bereikt bij een traditionele bouworganisatievorm. Voorwaarde is dan wel dat er sprake is van een goede vraagstelling en bijpassende budgettering .

Een bijkomend voordeel van DBFM op rijksniveau is dat er op de Rijksbegroting niet voor één jaar een enorm bedrag hoeft te worden opgenomen voor de financiering van dat ene infrastructurele project (omdat dat in dat ene jaar moet worden betaald), maar dat een en ander over een periode van 15 tot 30 jaar met een jaarlijkse prestatiebijdrage kan worden uitgesmeerd.

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

Een aanbesteder moet zich overigens wel realiseren dat wanneer hij voor DBFM kiest, de exploitatietask (O) bij hemzelf blijft liggen.

5.3.5 DBFMO

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



Voorbeeld Daarbij kan dan bijvoorbeeld worden gedacht aan schoonmaakwerkzaamheden, catering en beveiligingsdiensten. Voorbeelden van op basis van DBFMO gerealiseerde projecten zijn momenteel vooral projecten van de Rijksgebouwendienst: de renovatie van het Ministerie van Financiën te Den Haag, Belastingdienst Doetinchem, IB-Groep en Belastingdienst Groningen, Uitzetcentrum Rotterdam en Montaigne, justitieel complex Schiphol, penitentiaire inrichting Zaanstad, justitiële inrichting Zaanstad en penitentiaire inrichting Noorderbocht Rotterdam.

Het uitbreiden van het takenpakket van de aannemer met een exploitatiecomponent is een eerste verschil ten opzichte van DBFM. Een tweede verschil is dat als consequentie van de toevoeging van de exploitatie-component (O), de rechtsverhouding tussen aanbesteder en DBFMO-aannemer het karakter kan hebben van een concessieovereenkomst.

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

Bij DBFMO is de aannemer voor de betaling van de hiervoor vermelde diensten afhankelijk van het feitelijke *gebruik* van het gerealiseerde project. Bij DBFM is de aannemer voor de betaling van zijn diensten afhankelijk van de feitelijke *beschikbaarheid* van het gerealiseerde project.

5.4 Alliantie

5.4.1 Korte beschrijving

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

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

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

Voorbeeld Een voorbeeld betreft het project A2 Hooggelegen dat Rijkswaterstaat heeft aanbesteed.

De praktijk gaat er op dit moment van uit dat een alliantie in de vorm van een overeenkomst of een vennootschap kan worden gegoten. Beide varianten worden hierna kort toegelicht.

5.4.2 Contractuele alliantie

De aanbestede en een of meer van de andere aan het bouwproces deelnemende partijen kunnen in een zogenoemde alliantieovereenkomst de afspraak maken dat zij een of meer van de taken van het bouwproces gezamenlijk vervullen en dat zij ook gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor de wijze waarop dat gebeurt.

Toelichting Een aanbestede moet zich echter goed afvragen in welke gevallen een contractuele alliantie nu eigenlijk voordelen heeft ten opzichte van de andere bouworganisatievormen. Medeverantwoordelijkheid nemen voor een taak waarvan op voorhand vaststaat dat de risico's die gepaard gaan met de uitvoering ervan beter alleen door de aannemer kunnen worden beheerst, ligt dan ook niet zo voor de hand.

Partijen worden met de keuze voor de contractuele alliantie samen risicodragers betreffende de gezamenlijke uitvoering van de geïdentificeerde taak. Daarnaast komt het voordeel dat met het vervullen van die taak wordt behaald aan hen beiden toe.

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

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

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

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

5.4.3 Geïstitutionaliseerde alliantie of IPPS

De aanbesteder en de marktpartijen die deelnemen aan het bouwproces kunnen ook een gezamenlijke vennootschap oprichten en daarin deelnemen. Die vennootschap vervult de taken van het bouwproces.

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

Als de alliantie in de vorm van een gezamenlijke vennootschap wordt gegoten, spreekt men in de praktijk ook wel van ‘geïstitutionaliseerde alliantie’, ‘geïstitutionaliseerde PPS’ of ‘PPS-alliantie’.

Zoals reeds is opgemerkt in paragraaf 4.2 moeten *overheidsaanbesteders* zich goed bewust zijn van het bestaan van eventuele wettelijke belemmeringen voor wat betreft het oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen.

6 Wanneer is de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm doelmatig?

6.1 Opmerkingen vooraf

6.1.1 Géén voorkeur voor geïntegreerde bouworganisatievorm

Het doel van deze paragraaf is aanbesteders zich er meer bewust van te maken dat de keuze van de bouworganisatievorm moet worden gebaseerd op rationele afwegingen. Die afwegingen zullen nu eens het gebruik van de traditionele bouworganisatievorm indiceren en dan weer in de richting van de geïntegreerde bouworganisatievorm of de alliantie wijzen.

Het leeuwendeel van deze paragraaf omvat een analyse van die afwegingen. Het zal de lezer opvallen dat bij de weergave van die analyse verhoudingsgewijs veel aandacht is voor de vraag wanneer een bepaalde afweging de keuze van de geïntegreerde bouworganisatievorm indiceert. De belangrijkste reden hiervoor is dat aanbesteders in de bouw de afgelopen twee-

honderd jaar hoofdzakelijk de traditionele bouworganisatievorm hebben gebruikt. Er is dus veel ervaring met die vorm en dat betekent dat er ook veel kennis beschikbaar is met betrekking tot de vraag in welke gevallen de traditionele bouworganisatievorm het beste kan worden gebruikt. Aanbesteders hebben daarentegen veel minder kennis van en ervaring met de geïntegreerde bouworganisatievorm en de alliantie.

Daar komt bij dat uit onderzoek is gebleken dat aanbesteders – onbewust – nog vaak voor de traditionele bouworganisatievorm kiezen in situaties waarin een keuze voor (een variant van) de geïntegreerde bouworganisatievorm – of mogelijk zelfs de alliantie – meer voor de hand zou liggen. De les die hieruit kan worden getrokken, is dat aanbesteders vooral behoefte lijken te hebben aan kennis over de omstandigheden waarin andere vormen dan de traditionele bouworganisatievorm zouden kunnen worden toegepast. Deze Leidraad wil in die behoefte voorzien, zonder daarmee een voorkeur voor het gebruik van die andere vormen uit te spreken. Het is nadrukkelijk niet de bedoeling van de opstellers van deze Leidraad om de geïntegreerde vorm tot norm te verheffen en de traditionele bouworganisatievorm als achterhaald te bestempelen.

Toelichting De keuze voor de bekende weg kan te maken hebben met de inrichting van de organisatie van de aanbesteder en de kennis die in huis is. Een van de drempels kan zijn de onbekendheid met het opstellen van vraagspecificaties en bijbehorende gunningscriteria. De Leidraad kan wellicht op dit punt hulp bieden. Verder kunnen aanbesteders een beroep doen op instanties als PIANOo om hun kennis op dit terrein te vergroten.

Het uitspreken van een voorkeur voor een bepaalde bouworganisatievorm zou bovendien ook onverstandig zijn. Aanbesteders die bijvoorbeeld de geïntegreerde bouworganisatievorm gebruiken, terwijl de omstandigheden van het geval juist het gebruik van de traditionele bouworganisatievorm indiceren, ontnemen zichzelf de kans op het behalen van een zo voordelig mogelijke uitkomst van het bouwproces. Ook het omgekeerde is waar: aanbesteders die kiezen voor de traditionele bouworganisatievorm, terwijl de omstandigheden van het geval juist in de richting van het gebruik van de geïntegreerde bouworganisatievorm of de alliantie wijzen, lopen met hun keuze eveneens kansen mis op het behalen van (financiële) meerwaarde.

6.1.2 Waar het telkens weer om gaat: de omstandigheden van het geval

Er bestaat niet één bouworganisatievorm die een aanbesteder telkens weer uit de kast kan halen, zonder acht te slaan op de specifieke omstandigheden waarin hij verkeert, de behoeften waarin het te realiseren project moet voorzien en de projectomgeving. Het zijn juist de specifieke omstandigheden van een geval die maken welke bouworganisatievorm voor de hand ligt.

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

Bron

In de Leidraad – zowel wat betreft het DSS als dit tekstdocument – is met name gebruikgemaakt van de studie die is uitgevoerd in opdracht van PSI-Bouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005. Een andere publicatie die een handleiding biedt bij het kiezen van een bouworganisatievorm is de SBR-publicatie *Haal het beste uit de bouw! Handleiding voor opdrachtgevers*, Rotterdam 2006.

Dat onderzoek heeft veel bruikbare informatie opgeleverd over de relatie tussen een specifieke (individuele) omstandigheid die zich kan voordoen enerzijds en de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm anderzijds.

Voorbeeld

Als een aanbesteder een professionele ontwerpafdeling in huis heeft, is dat bijvoorbeeld een omstandigheid die – op zichzelf beschouwd – indiceert dat de ontwerptaak door (de ontwerpafdeling van) de aanbesteder zelf wordt verricht. Met name in de GWW-sector komt dit regelmatig voor. Wanneer er echter weinig tot geen beproefde technische oplossingen bestaan waarmee in de bouwbehoefte van de aanbesteder kan worden voorzien, is dat een omstandigheid die – wederom op zichzelf beschouwd – de geïntegreerde bouworganisatievorm indiceert (ontwerp en uitvoering in één hand) zodat gebruik kan worden gemaakt van het innoverende vermogen van de markt. Als een aanbesteder er om hem moverende redenen behoefte aan heeft een sterke sturende rol te spelen tijdens het bouwproces, is dat een omstandigheid die de traditionele bouworganisatievorm indiceert, wanneer men deze omstandigheid los van allerlei andere omstandigheden beschouwt.

Op dit moment is overigens nog onvoldoende duidelijk hoe de ‘denkstap’ naar de keuze van een bepaalde bouworganisatievorm kan worden gemaakt als zich een combinatie van een aantal omstandigheden voordoet die ieder afzonderlijk verschillende bouworganisatievormen indiceren.

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

Toelichting

Een toelichting op de functie en de werking van het DSS staat in hoofdstuk 1, par. 4.2.

Aanbesteders wordt sterk aangeraden het DSS te gebruiken bij het kiezen van de bouworganisatievorm. De gebruiker van het DSS moet aangeven of en in hoeverre hij zich bij het nemen van beslissingen betreffende een aantal materiële aspecten van het aanbestedingsproces – waaronder dus ook de bouworganisatievorm – wil laten leiden door overwegingen die het DSS benoemt.

Toelichting

Het is belangrijk om in te zien dat de overwegingen waarover de gebruiker vanuit het DSS wordt bevraagd, uiteindelijk niet alleen verband houden met de keuze van de bouworganisatievorm, maar ook met de daarmee verband houdende beslissingen die hij moet nemen over de vraagspecificatie, de contractvorm, de aanbestedingsprocedure, de informatie-uitwisseling tijdens

die procedure en het gunningscriterium. Het advies dat de gebruiker vanuit het DSS ontvangt, heeft op al deze onderwerpen betrekking.

In aanvulling op de faciliterende functie van het DSS wordt in de volgende paragrafen meer systematisch inzicht gegeven in het afwegingsproces dat een aanbesteder moet doorlopen bij het kiezen van de juiste bouworganisatievorm. Daarbij wordt dan met name ingegaan op de diverse aspecten waarover aanbesteders zouden moeten nadenken wanneer zij voor die keuze staan. Het gaat hier in feite om de aspecten waarover de aanbesteder vanuit het DSS zal worden bevraagd.

Toelichting Het kan niet genoeg worden herhaald dat de afwegingen van deze aspecten niet statisch zijn. Aanbestedende diensten en hun vaardigheden en opvattingen zijn dynamisch en worden beïnvloed door beleidsontwikkelingen. De gebruiker van de Leidraad moet zich goed realiseren dat wat op het ene moment voor project A een goede afweging is, dat de volgende maand voor project B niet meer behoeft te zijn.

De lezer moet zich bovendien terdege realiseren dat elk aspect op zichzelf genomen een bepaalde bouworganisatievorm kan indiceren. Uiteindelijk moeten alle afgewogen aspecten naast elkaar worden gelegd en moet er op basis van een totaaloverzicht tot de keuze voor de bouworganisatievorm worden gekomen. Dat zal niet altijd eenvoudig zijn, zeker niet wanneer verschillende aspecten verschillende bouworganisatievormen indiceren. De eindafweging moet dan ook niet zozeer op basis van dit tekstdocument worden gemaakt, maar met behulp van het DSS. Hoe het DSS in dat geval werkt, is toegelicht in par. 4.2.2 van hoofdstuk 1.

6.2 Het afwegingsproces

6.2.1 Afwegen gegeven een bepaalde context

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

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

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

6.2.2 Afwegen vanuit verschillende invalshoeken

Binnen de specifieke context waarmee de aanbesteder te maken heeft, kan hij vanuit een aantal invalshoeken de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm maken.

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

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

De invalshoeken van de externe context bij de keuze van de bouworganisatievorm zijn:

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

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

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

Gegeven de specifieke context waarmee een aanbesteder te maken heeft en de context-specifieke invalshoeken van waaruit hij de problematiek kan benaderen, zal hij zijn afwegingen moeten maken om uiteindelijk tot de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm te komen. Dit houdt in dat hij over een aantal aspecten zal moeten nadenken. Uit onderzoek is gebleken welke aspecten dat precies zijn. Een overzicht van de aspecten die vanuit een bepaalde invalshoek moeten worden afgewogen, biedt tabel 1.

De aanbesteder kan bij het gebruik van het DSS zelf wegingsfactoren invoeren en koppelen aan de invalshoeken. Daarmee kan hij een gewicht toekennen aan elk aspect dat hij in zijn afweging wenst te betrekken. Bij het genereren van het advies houdt het DSS vervolgens rekening met die wegingsfactoren.

Toelichting Zie hierover ook de toelichting op de werking van het DSS in hoofdstuk 1, par.4.2.2.

In de volgende paragrafen wordt toegelicht hoe de aspecten ieder afzonderlijk een rol kunnen spelen in het afwegingsproces van de aanbesteder dat uiteindelijk tot de keuze van een bepaalde bouworganisatievorm moet leiden.

6.2.3 Interne context: invalshoeken en af te wegen aspecten

6.2.3.1 Invalshoek: Organisatie

Vanuit de invalshoek organisatie kan de aanbesteder de volgende aspecten afwegen:

- organisatiestructuur;
- organisatiecultuur.

Tabel 1. Context, invalshoeken en af te wegen aspecten.

Interne context		Externe context		Projectcontext	
Invals- hoek	Aspect	Invals- hoek	Aspect	Invals- hoek	Aspect
Organisatie	• Organisatiestructuur • Organisatiecultuur	Markt	• Kennis en ervaring • Capaciteit • Vertrouwen • Bouwcultuur	Geld	• Belonings-systeem • Prijs/kwaliteit-verhouding • Prijszekerheid
Financiën	• Wenselijkheid van private financiering • Toegepaste begrotings-systeem • Lage beheerkosten	Politiek en maatschappij	• Draagvlak voor project • Invloed politieke dynamiek • Invloed besluitvorming • Grondpositie	Tijd	• Fasering • Gewenste doorlooptijd • Tijdzekerheid • Fase waarin project zich bevindt • Gewenste contractduur
Beleid	• Uitbestedingsbeleid • Behoeft stimuleren innovatie • Voorgeschreven producten, leveranciers, adviseurs	Wet- en regelgeving	• Ruimtelijke ordening • Aanbesteding	Kwaliteit	• Kwaliteitsgarantie • Architectonische en ruimtelijke kwaliteit • Belang van onderhoud
Kennis, ervaring en capaciteit	• Werkzaamheden zelf uitvoeren • Werkzaamheden controleren en sturen			Invloed op het project	• Detailniveau vraag-specificatie • Gewenste invloed • Bevoegdheid projectorganisatie
				Complexiteit	• Product • Proces • Gewenste scope • Unicité • Optimalisatie-potentieel
				Risico's	• Risicobeheersing

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

Bron Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

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

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

Toelichting In dat geval moet de aanbesteder kiezen voor (een variant van) de traditionele bouworganisatievorm of voor (een variant van) de geïntegreerde bouworganisatievorm of eventueel voor de alliantie. Welke keuze de aanbesteder uiteindelijk het beste zou kunnen maken, hangt af van afwegingen die hij verder zal maken, vanuit andere invalshoeken. Zie hiervoor ook de belangrijke opmerking aan het einde van par. 6.1.

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

Bron Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

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

6.2.3.2 Invalshoek: Financiën

Vanuit de invalshoek financiën kan de aanbesteder de volgende aspecten afwegen:

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

Bij het aspect wenselijkheid van private financiering speelt het volgende. Voor de investering van een project moet een *overheidsaanbesteder* kiezen tussen private financiering of zelf financieren. Als hij niet over het benodigde kapitaal beschikt of dit niet kan vrijmaken, kan met private financiering het project toch uitgevoerd worden.

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

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

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

Toelichting Ook de contractuele of zelfs geïnstitutionaliseerde alliantie kan mogelijk zijn, afhankelijk van de verdere afwegingen die de aanbesteder maakt vanuit andere invalshoeken. Zie hiervoor ook de belangrijke opmerking aan het einde van par. 6.1.

DBFM of DBFMO kan minder voor de hand liggen wanneer ook het aspect toegepaste begrotingssystematiek binnen de organisatie wordt afgewogen.

Bron

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

Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

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

Toelichting

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

Wanneer de aanbesteder het aspect lage beheerkosten wil afwegen, doet hij er verstandig aan het meerjarig onderhoud en eventueel ook de exploitatie te koppelen aan de uitbesteding van de ontwerp- en de uitvoeringstaken.

Toelichting

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

Het voorgaande houdt in dat de aanbesteder uit een aantal bouworganisatievormen kan kiezen: DBM, DBFM, DBFMO en mogelijk ook alliantie. Een en ander zal afhangen van de afweging van andere aspecten.

6.2.3.3 Invalshoek: Beleid

Vanuit de invalshoek beleid kan de aanbesteder de volgende aspecten afwegen:

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

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

Bron Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

Toelichting Zie in dit verband ook par. 4.2.1. Die interne richtlijnen kunnen overigens niet alleen voorschrijven in welke gevallen voor welke bouworganisatievorm moet worden gekozen, maar kunnen ook voorschriften inhouden voor de methode waarmee de aanbesteder moet kiezen.

Zeker wanneer dergelijk beleid een 'geval-tot-gevalbenadering' toestaat op basis van gerationaliseerde afwegingsaspecten, zoals die welke ook ten grondslag liggen aan het DSS, is dat een goede zaak. Minder wenselijk is het wanneer het uitbestedingsbeleid standaard toepassing van een bepaalde bouworganisatievorm instrueert zonder dat er ruimte bestaat om in het concrete geval af te wegen of die vorm wel het meest geëigend is om tot de gewenste resultaten te komen.

De aanbesteder kan ook het aspect behoefte tot stimulering van innovatie in de markt afwegen.

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

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

Stimuleren van innovatie in de (bouw)markt kan vooral door een vraagspecificatie die de markt voldoende ruimte laat tot het aanbieden van innovatieve oplossingen.

Toelichting Zoals nog wordt uiteengezet in hoofdstuk 3, biedt de aanbesteder die ruimte met name met een vraagspecificatie die uit functionele eisen bestaat.

Wanneer de gebruiker van het DSS aangeeft met name het stimuleren van innovatie een belangrijk aspect te vinden, zal in het advies dat het DSS genereert doorklinken dat hij er dan voor moet kiezen de markt de hiervoor bedoelde ruimte te laten. In het verlengde daarvan zal het DSS aanbevelen een bouworganisatievorm te gebruiken die consistent is met een vraagspecificatie die deze ruimte laat. Dan valt bijvoorbeeld te denken aan D&B of aan een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm, afhankelijk van de afweging

van andere aspecten. Hiermee is overigens niet gezegd dat de traditionele bouworganisatievorm zich niet goed zou lenen voor het stimuleren van innovatie.

Vanuit de invalshoek beleid kan de aanbesteder tot slot ook nog afwegen dat producten, leveranciers of adviseurs zijn voorgeschreven.

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

De vraag of dergelijk beleid niet als strijdig met wet- en regelgeving moet worden beschouwd – zeker wanneer de bouwopdracht wordt aanbesteed op grond van het Europees aanbestedingsrecht – komt nog aan de orde in hoofdstuk 3, paragraaf 4.3.3. De uitvoering van dergelijk beleid leidt in ieder geval tot vraagspecificaties die de oplossingsvrijheid van de aannemer in kwestie beperken. In het verlengde daarvan ligt dan toepassing van D&B of een andere variant van de geïntegreerde bouwcontractvorm wat minder voor de hand en zal de aanbesteder moeten kiezen voor (een variant van) de traditionele bouworganisatievorm. Geheel onmogelijk is de toepassing van D&B in zo'n geval overigens niet.

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

Het volgende voordeel en nadeel zal de aanbesteder moeten afwegen. Een voordeel van het bij een aanbesteding voorschrijven van producten en/of hun leveranciers is dat de aanbesteder daardoor voldoende controle op en zeggenschap over de toepassing van specifieke producten heeft. Een nadeel is dat de aanbesteder met het voorschrijven van producten en/of hun leveranciers ook (juridische) verantwoordelijkheid naar zich toetrekt voor wat betreft de deugdelijkheid en de beschikbaarheid van hetgeen hij heeft voorgeschreven. Die verantwoordelijkheidsverdeling – gebaseerd op de vuistregel 'Wie bepaalt, betaalt' – is vastgelegd in de wet en in de gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden die in de bouw worden gebruikt.

Toelichting Zie voor de gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden hoofdstuk 4, par. 2.

6.2.3.4 Invalshoek: Kennis, ervaring en capaciteit

Vanuit de invalshoek kennis, ervaring en capaciteit kan de aanbesteder de volgende aspecten afwegen:

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

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

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

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

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

Het afwegen van de in de eigen organisatie aanwezige kennis, ervaring en capaciteit kan ook nog aan de orde zijn wanneer de aanbesteder de uitvoering van de ontwerpstaak – anders dan voorheen – wil gaan uitbesteden.

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

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

Toelichting Het is immers denkbaar dat de medewerkers die met deze sturing en controle worden belast in de periode voorafgaande aan de beleidswijziging zelf ('in house') waren belast met de vervulling van de ontwerpstaak. Het risico bestaat dan dat zij – vanuit hun technische achtergrond – onvoldoende in staat zijn zich te richten op het management van het bouwproces en dat zij zich te zeer op de techniek (blijven) richten.

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

Bron Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

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

Toelichting Zie over deze wijze van specificeren ook hoofdstuk 3, par. 5.2 en par. 5.3.

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

Bron Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

6.2.4 Externe context: invalshoeken en af te wegen aspecten

6.2.4.1 Invalshoek: Markt

Vanuit de invalshoek markt kan de aanbesteder de volgende aspecten afwegen:

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

De aspecten kennis en ervaring en capaciteit in de markt zijn om meerdere redenen van cruciaal belang. Het is natuurlijk niet verstandig om bouwopdrachten van een bepaalde aard of omvang in de markt te zetten, terwijl de marktsituatie zodanig is dat de benodigde kennis, ervaring en/of capaciteit voor zo'n opdracht op dat moment ontbreken. Aanbesteders doen er dan ook verstandig aan – als onderdeel van het aanbestedingsproces – informatie daarover eerst boven tafel te krijgen voordat zij onomkeerbare beslissingen nemen. Zij kunnen dat doen door middel van een zogenoemde marktverkenning.

Toelichting Nog even afgezien van de waarde die zo'n marktverkenning kan hebben voor het beantwoorden van de vraag of de markt 'goed' is voor een specifieke bouwopdracht, kan een (grote) aanbesteder die verschillende bouwopdrachten in portefeuille heeft, op basis van die informatie ook beleidsbeslissingen nemen over de spreiding van de aanbesteding van die verschillende opdrachten.

Op basis van de uitkomsten van een marktverkenning kan de aanbesteder vervolgens inschatten of en in welke mate de benodigde proces- en productinhoudelijke kennis, ervaring en capaciteit in de markt aanwezig zijn. Die informatie kan hij dan weer gebruiken bij het beantwoorden van de vraag of het verstandig is de bouwopdracht in een bepaalde bouworganisatievorm te gieten en aldus op de markt te zetten.

Toelichting Met name wanneer er met het oog op het te realiseren project veel kennis en ervaring in de uitvoerende markt aanwezig blijken te zijn, is dat een belang-

rijke indicatie voor het uitbesteden van andere taken dan alleen de uitvoerings-taak, zoals de ontwerp- en de meerjarige onderhoudstaak. In dat geval komt D&B of een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm als mogelijk te selecteren vorm in beeld. Dit is natuurlijk ook nu weer afhankelijk van verdere afwegingen, zie het einde van par. 6.1. Die andere afwegingen kunnen de keuze voor een geïntegreerde bouworganisatievorm eventueel versterken, maar kunnen ook het gebruik van de traditionele bouworganisatie-vorm indiceren.

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

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

Andere afwegingen kunnen in dit geval echter toch het gebruik van D&B of een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm of wellicht zelfs de keuze voor de alliantie rechtvaardigen. Met name wanneer de aanbesteder zich sterk wil laten leiden door de wens tot stimulering van innovatie in de markt, moet in het onderhavige geval juist worden overwogen bepaalde kennis in de markt te laten ontwikkelen.

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

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

Als de aanbesteder onvoldoende vertrouwen heeft in de markt, mede gelet op de cultuur in die markt, maar anderzijds duidelijk is dat de markt over voldoende kennis, ervaring en capaciteit beschikt om het project te realiseren, kan ook worden geopteerd voor de alliantie. Juist door bepaalde taken van het bouwproces niet volledig uit te besteden aan de markt, maar in plaats daarvan er voor te kiezen die taken gezamenlijk met de markt te vervullen, creëert de aanbesteder voor zichzelf de mogelijkheid om zijn vertrouwen in de markt te

laten toenemen zonder dat hij daarbij de oplossingsvrijheid volledig in handen van de markt hoeft te geven. Op die manier wordt bovendien bijgedragen aan het tot stand brengen van een gewenste cultuuromslag.

6.2.4.2 Invalshoek: Politiek en maatschappij

Vanuit de invalshoek politiek en maatschappij kan de aanbesteder de volgende aspecten afwegen:

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

Het afwegen van de aspecten politiek en maatschappelijk draagvlak voor het project en invloed van besluitvorming op het project is vooral van belang wanneer de (eventuele) realisatie van het project raakt aan de belangen van derden en/of van de medewerking van derden-belanghebbenden afhankelijk is.

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

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

Toelichting Op het communicatievlak kan die rol bijvoorbeeld worden toegekend, onafhankelijk overigens van de wijze waarop de taken in het bouwproces over

de betrokken partijen worden verdeeld. Dit betekent dat deze aanbeveling in beginsel binnen elke bouworganisatievorm kan worden geïmplementeerd.

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

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

Dat deze taak tot het beheersen van risico's bij een marktpartij wordt gelegd, behoeft niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat die marktpartij vervolgens ook per definitie verantwoordelijk is voor de gevolgen van zo'n risico wanneer zich dat verwezenlijkt. Dat hangt immers enerzijds af van de wijze waarop de juridische verantwoordelijkheid in het contract is omschreven en anderzijds van de wijze waarop de taak is uitgevoerd. Zie in dit verband bijvoorbeeld par. 10 UAV-GC 2005, waarin 'slechts' een inspanningsverbintenis is vastgelegd.

Vanuit de voorgaande afweging zou de aanbesteder kunnen overwegen te kiezen voor D&B of voor een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm. Hij kan ook kiezen voor een traditionele bouworganisatievorm en daarbij het beheersen van de risico's tot een taak van de architect of de raadgevend ingenieur maken. Zelfs de alliantie kan geëigend zijn, zeker wanneer de aanbesteder op grond van andere afgewogen aspecten heeft besloten om de ontwerptaak gezamenlijk met een van de marktpartijen te gaan vervullen en vanuit die insteek de beheersing van risico's tot een gezamenlijke feitelijke en juridische verantwoordelijkheid wenst te maken.

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

Over het aspect politieke dynamiek en de invloed daarvan op de korte en de lange termijn kan worden opgemerkt dat dit moeilijk door de markt te beheersen is. De aanbesteder moet zich dat realiseren.

Toelichting Politieke besluiten die verband houden met een voorgenomen project zijn over het algemeen slechts beperkt houdbaar. Na verkiezingen verandert immers vaak de kleur en/of de samenstelling van het (coalitie)bestuur. Oorspronkelijk genomen besluiten kunnen dan onder druk komen te staan, zeker wanneer het vorige bestuur het niet heeft aangedurfd besluiten voor de langere

termijn te nemen. Het (nieuwe) bestuur kan zelfs van standpunt veranderen. Zo'n standpuntverandering kan bovendien het resultaat zijn van een politieke compromis dat in het kader van de verkiezingen is gesloten, met de nodige onzekerheden van dien.

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

Bron Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

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

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

Toelichting Zie ook par. 5.1.1. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een andere deelnemer aan het bouwproces of een derde de rechthebbende is. Dan moet de aanbesteder tot afspraken komen met deze betrokken deelnemer of derde zodat de grond feitelijk en juridisch beschikbaar komt ten behoeve van het bouwproces.

Het feit dat afspraken over de grondonbreng eventueel moeten worden gemaakt met een deelnemer aan het bouwproces die de rechthebbende is, is niet van bijzondere invloed op de uiteindelijke keuze van de bouworganisatievorm. Het betekent slechts dat de betreffende marktpartij, naast de andere door hem te verrichten taken, ook het inbrengen van de grond als taak krijgt toebedeeld.

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

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

De aanbesteder kan er voor kiezen ook in deze situatie het verkrijgen van de grond tot taak van de marktpartij te maken. Dit vooropgesteld dat mag worden verwacht dat die marktpartij het aan die taak gekoppelde risico beter kan beheersen dan de aanbesteder dat kan. Van wezenlijke invloed op de keuze van de bouworganisatie is een en ander overigens niet. Dat wordt het pas wanneer de aanbesteder besluit de grondonbreng tot een gezamenlijke taak met de marktpartij te maken. Dan komt de alliantie als toe te passen bouworganisatievorm in beeld.

6.2.4.3 Invalshoek: Wet- en regelgeving

Vanuit de invalshoek wet- en regelgeving kan de aanbestede de volgende aspecten afwegen:

- ruimtelijke ordeningsprocedures;
- aanbestedingsregelgeving.

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

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

Wanneer de aanbestede de uitkomst van dergelijke procedures afwacht alvorens over te gaan tot de feitelijke uitbesteding van taken aan de markt, bestaat de kans dat de keuze voor D&B of een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm minder goed aansluit bij het type vraagspecificatie dat hij als gevolg van de uitkomst van die procedures noodgedwongen in de markt moet zetten. Een variant van de traditionele bouworganisatievorm ligt hier dus meer voor de hand.

Toelichting Hier moet worden opgemerkt dat bij de traditionele vorm wel eens het idee bestaat dat beslissingen kunnen worden uitgesteld zonder dat dit grote gevolgen heeft. Dit komt onder meer doordat men bij de vergaande varianten van de geïntegreerde vorm (bijvoorbeeld DBFMO) als het ware gedwongen wordt vooraf over zaken na te denken. Verder zijn bij de traditionele vorm de kosten van wijzigingen die als gevolg van 'voortschrijdend inzicht' in de loop van de uitvoeringsfase worden doorgevoerd over het algemeen niet transparant. Dit heeft als gevolg dat nogal eens wordt gedacht dat deze vorm meer flexibiliteit biedt dan (een vergaande variant van) de geïntegreerde bouworganisatievorm.

De aanbestede kan echter ook besluiten – zeker bij wat meer omvangrijke en complexe projecten – de feitelijke uitbesteding van taken door middel van een aanbesteding 'naar voren' te halen. Hij kan dit doen door het doorlopen van de ruimtelijke ordeningsprocedures tot onderdeel van het takenpakket van een marktpartij te maken.

Toelichting Zie ook par. 5.1.1 waarin is ingegaan op het wegnemen van mogelijke juridische hindernissen ten aanzien van de uitvoering van het bouwinitiatief als een te onderscheiden taak van het bouwproces. Het vervullen van deze specifieke

taak – althans wanneer het gaat om het doorlopen van ruimtelijke ordeningsprocedures – staat feitelijk gezien in nauw verband met de vervulling van de ontwerptaak.

Hoewel de traditionele bouworganisatievorm dan geschikt is, kan het in sommige omstandigheden verstandiger zijn om te kiezen voor D&B of voor een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm. Afhankelijk van andere overwogen aspecten, kan er wellicht ook voor de alliantie worden gekozen.

Aanbesteders moeten zich in ieder geval goed bewust zijn van de mogelijke consequenties van het sluiten van overeenkomsten op een moment dat ruimtelijke ordeningsprocedures nog niet zijn afgerond en de benodigde vergunningen nog niet zijn verkregen. Geïntegreerde toedeling aan één marktpartij van zowel de ontwerptaak als het afwickelen van ruimtelijke ordeningsprocedures is alleen raadzaam als aan twee voorwaarden wordt voldaan. In de eerste plaats moet voldoende zekerheid bestaan dat de procedures gunstig zullen verlopen en dat verwacht mag worden dat de benodigde vergunningen ook inderdaad zullen worden verkregen. In de tweede plaats moet de marktpartij – gegeven zijn vroege betrokkenheid bij de ruimtelijke ordeningsprocedures – een zodanige invloed op die procedures kunnen uitoefenen dat de vraagspecificatie van de aanbesteder ook na afronding van die procedures nog voldoende mate van oplossingsvrijheid voor de marktpartij biedt.

Voor de afweging van het aspect aanbestedingsregelgeving wordt verwezen naar paragraaf 4.2. Hierin is een aantal kanttekeningen geplaatst bij het uitgangspunt dat een aanbesteder juridisch in beginsel vrij is om te bepalen welke bouworganisatievorm hij zal hanteren.

6.2.5 Projectcontext: invalshoeken en af te wegen aspecten

6.2.5.1 Invalshoek: Geld

Vanuit de invalshoek geld kan de aanbesteder de volgende aspecten afwegen:

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

De beloningssystematiek is de wijze waarop de verrekening plaatsvindt tussen aanbesteder en marktpartij. De aanbesteder moet afwegen welke beloningssystematiek gewenst is.

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

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

Bron Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

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

Ook met de binnen een DBFM gehanteerde beloningssystematiek kunnen wenselijk geachte incentives aan de marktpartij worden uitgedeeld. Er ontstaat een extra incentive om de juiste kwaliteit te leveren bij een vooraf bepaalde prijs door de (private) financieringstaak aan de markt toe te delen en de financiële vergoeding voor het verrichten van de DBFM-taken te koppelen aan een prestatieafhankelijke beloning.

Bron Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

De gewenste 'prijs/kwaliteitverhouding' kan tot verschillende keuzes leiden voor wat betreft de te hanteren bouworganisatievorm. Naarmate de aanbesteder meer taken geïntegreerd uitbesteedt aan één marktpartij, zou dat onder omstandigheden voor de aanbesteder een betere prijs/kwaliteitverhouding kunnen opleveren. Dat zou in theorie dan betekenen dat de keuze veelal op DBFM of DBFMO moet vallen. Echter, de keuze van de bouworganisatievorm hangt af van tal van aspecten; dit uitgangspunt mag dan ook niet verabsoluteerd worden.

Een laatste aspect dat vanuit de invalshoek geld kan worden afgewogen, is het aspect van de gewenste prijszekerheid.

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

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

Toelichting Bij de traditionele bouworganisatievorm valt of staat de gewenste prijszekerheid echter met de volledigheid en de deugdelijkheid van het ontwerp. Het ontwerp vormt namelijk de basis voor de prijscalculatie van de aannemer. Gesteld dat het ontwerp onvolledig of ondeugdelijk is, dan komt dat risico in beginsel voor rekening van de aanbesteder en wordt er afbreuk gedaan aan de gewenste prijszekerheid.

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

Aanbesteders moeten zich wat het voorgaande betreft overigens niet 'rijk' rekenen. In de gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden die worden gebruikt voor D&B en voor andere varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm, wordt wel degelijk aan de D&B-aannemer tegemoet gekomen als zich een risico verwezenlijkt dat redelijkerwijze niet door hem was te voorzien en te beheersen.

Voorbeeld In bijvoorbeeld par. 13 lid 2 UAV-GC 2005 wordt ingegaan op de verantwoordelijkheid van de aannemer voor de afstemming van zijn ontwerpwerkzaamheden op de geotechnische bodemgesteldheid. Een ander voorbeeld is par. 10 lid 4 UAV-GC 2005 betreffende de verantwoordelijkheid voor het uitblijven van planologische vergunningen, in die gevallen waarin dat niet aan de aannemer kan worden toegerekend. Verder bevat par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005 een regeling ten aanzien van onvoorziene omstandigheden die tot kostenverhoging leiden.

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

6.2.5.2 Invalshoek: Tijd

Vanuit de invalshoek tijd moet de aanbesteder de volgende aspecten afwegen:

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

Over het aspect fasering van het project kan het volgende worden opgemerkt. Een project kan uit verschillende deelprojecten bestaan, die op verschillende tijdstippen gerealiseerd moeten worden, waarna per deelproject het meerjarig onderhoud en de exploitatie kan starten. Met name wanneer er onzekerheid over de fasering van deze deelprojecten bestaat, in de zin dat nog niet duidelijk is of en wanneer een deelproject precies zal moeten worden gerealiseerd, dan zal de aanbesteder eerder de behoefte hebben om de coördinatie en de onderlinge afstemming van die deelprojecten zelf in te vullen. De afzonderlijke deelprojecten kunnen

weliswaar in de markt worden gezet met behulp van D&B, doch gebruikmaking van verdergaande varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm wordt dan niet aanbevolen.

De afweging van het aspect gewenste doorlooptijd van het project tot aan oplevering kan verschillende uitkomsten opleveren. Wanneer de feitelijk beschikbare tijd voor de realisatie van het project niet toereikend is, zou de aanbesteder kunnen kiezen voor het geïntegreerd uitbesteden van een aantal taken. Met name bij langlopende projecten kan dan tijdswinst worden behaald.

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

Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

Voor het aspect van de gewenste tijdzekerheid kan tot op zekere hoogte worden aangesloten bij hetgeen in de vorige paragraaf is opgemerkt over het aspect van de prijszekerheid.

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

Wanneer de aanbesteder dit aspect in zijn afwegingen betreft, zal de traditionele bouworganisatievorm meer voor de hand liggen dan de geïntegreerde bouworganisatievorm, met name wanneer er sprake is van een complex project waaraan veel risico's zijn verbonden. Bij D&B kan de aanbesteder het risico dat aan de gewenste tijdzekerheid is gekoppeld naar de marktpartij verleggen. Daarmee wordt weliswaar een incentive aan de marktpartij uitgedeeld om het risico zoveel mogelijk te beheersen, maar wanneer het risico zich toch verwezenlijkt doet dat hoe dan ook afbreuk aan de gewenste tijdzekerheid.

Bij de keuze van de bouworganisatievorm zal de aanbesteder zich ook moeten laten leiden door het antwoord op de vraag in welke fase het project zich precies bevindt.

Toelichting Zie in dit verband ook hoofdstuk 1, par. 5. Daar wordt ingegaan op een aantal voorvragen die de aanbesteder zichzelf zal moeten stellen over een aantal reeds in het aanbestedingsproces genomen beslissingen.

Wanneer het project zich nog in een betrekkelijk vroege fase bevindt, bestaat er voor de aanbesteder binnen de kaders van de verder nog af te wegen aspecten voldoende keuzevrijheid voor de te hanteren bouworganisatievorm. Wanneer het project zich daarentegen in een al wat verder gevorderd stadium bevindt, ligt de stap naar de geïntegreerde bouw-

organisatievorm mogelijk wat minder voor de hand. Dat zal met name het geval zijn wanneer er als gevolg van ontwikkelingen die inmiddels hebben plaatsgevonden, weinig oplossingsvrijheid meer beschikbaar is voor de marktpartij.

Toelichting Voorbeelden van dergelijke ontwikkelingen zijn de hiervoor geschetste ruimtelijke ordeningsprocedures. Deze kunnen invloed op een project uitoefenen.

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

6.2.5.3 Invalshoek: Kwaliteit

Vanuit de invalshoek kwaliteit kan de aanbesteder de volgende aspecten afwegen:

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

Toelichting Wanneer wordt gesproken van kwaliteit, moet men zich realiseren dat dit begrip zich niet beperkt tot de *technische* kwaliteit van een project. De kwaliteit van een project omvat naast de technische waarde immers ook de gebruikswaarde en de belevingswaarde. Bij deze verschillende waarden kunnen steeds andere kwaliteitskenmerken worden gehanteerd.

Gedacht vanuit het aspect kwaliteitsgarantie moet de aanbesteder zich bij het maken van zijn keuze voor de bouworganisatievorm onder andere het volgende realiseren. Bij de traditionele bouworganisatievorm geldt als uitgangspunt dat de aanbesteder de vraag die de markt moet oplossen, specificeert door zijn ambities en doelen ten aanzien van het te realiseren project te formuleren. Een architect of raadgevend ingenieur legt deze door middel van technische eisen in bestek en tekeningen vast.

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

Kwaliteitsgarantie – niet in juridische zin, maar in feitelijke zin – verkrijgt de aanbesteder doordat hij door middel van toezicht kan controleren of het gebouwde aan de vastgelegde technische eisen voldoet.

Kiest de aanbesteder daarentegen voor een variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm, dan zal hij in zijn vraagspecificatie meer de nadruk gaan leggen op functionele eisen

ten aanzien van de kwaliteit die de marktpartij moet leveren, in plaats van op technische specificaties.

Toelichting Zie in dit verband ook hoofdstuk 3, par. 5.

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

Dit kan nog verder worden toegelicht. Kiezen voor (een variant van) de geïntegreerde bouworganisatievorm houdt in dat de D&B-aannemer de verantwoordelijkheid krijgt voor het organiseren van de ontwerpstaak. Vaak zal dat betekenen dat hij een architect of raadgevend ingenieur inschakelt voor de ontwerpwerkzaamheden.

Toelichting Zie in dit verband par. 5.3.2.

De inbreng van de architect of de raadgevend ingenieur in het ontwerpproces *kan* dan onder druk komen te staan met als gevolg vertroebeling van de kwaliteit die de opdrachtgever vraagt (en overigens ook wenst).

Toelichting Dit pleit er overigens voor dat wanneer een D&B-aannemer een architect of raadgevend ingenieur inschakelt, de architectonische kwaliteit tot onderdeel van de gunningscriteria te maken. Zie daarvoor ook hoofdstuk 8, par. 5.2.

Binnen de traditionele bouworganisatievorm biedt een directe relatie met de ontwerpende partij de aanbesteder meer zekerheid voor het waarborgen van de kwaliteit. In vergelijking met de traditionele bouworganisatievorm kan bij de geïntegreerde bouworganisatievorm namelijk de deskundigheid en de inbreng van de ontwerpende partij als gevolg van de ingebouwde tussenschakel – de D&B-aannemer – ondergesneeuwd raken.

Het hiervoor geschetste risico kan zich met name voordoen als de stem van de architect of de raadgevend ingenieur onvoldoende door de aanbesteder wordt gehoord. Aanbesteders moeten zich dan ook realiseren dat wanneer zij kiezen voor de geïntegreerde bouworganisatievorm en toch invloed willen kunnen blijven uitoefenen op de kwaliteit, zij het (communicatie)-proces daarop moeten inrichten.

In de eerste plaats kan de aanbesteder dat doen door de eisen van de vraagspecificatie alsook het aanbestedingsproces zodanig in te richten dat inschrijvers gedurende de aanbestedingsfase worden geprikkeld tot het doen van inschrijvingen waarmee zij zich vastleggen tot het leveren van zo concreet mogelijke hoogwaardige technische oplossingen.

Toelichting Zie daarvoor ook hoofdstuk 3, par. 5.3 en hoofdstuk 8, par. 5.1.

Dit betekent vervolgens dat wanneer de winnende inschrijver bij eventuele tegenvallers keuzes moet maken ten aanzien van de te leveren kwaliteit, hij daarbij niet alleen wordt begrensd door de eisen van de vraagspecificatie, maar ook door de wijze waarop hij zelf heeft aangeboden die eisen te concretiseren.

In de tweede plaats kan aan het volgende worden gedacht. Het zal in de praktijk niet mogelijk zijn dat een D&B-aannemer in zijn inschrijving al in alle technische oplossingen zal kunnen voorzien. Dat is ook niet wenselijk vanuit het belang van beperking van de transactiekosten die door het aanbestedingsproces worden gegenereerd. Dit betekent dat de eisen die de aanbesteder in de vraagspecificatie en ten aanzien van de inschrijving stelt er in zullen moeten voorzien dat de D&B-aannemer ook na de contractsluiting nog de nodige concretiserende ontwerpbeslissingen kan nemen.

Als een aanbesteder het vervolgens belangrijk vindt de vinger aan de pols te kunnen houden voor wat betreft de inhoud van die concretiserende ontwerpbeslissingen, dan kan hij vooraf toetsing- en acceptatiemogelijkheden inbouwen in de vraagspecificatie. De D&B-aannemer moet dan voordat hij een bepaalde concretiserende ontwerpbeslissing daadwerkelijk uitvoert deze eerst ter toetsing en/of acceptatie voorleggen aan de aanbesteder. Het voordeel hiervan is dat de aanbesteder inzicht krijgt in de verschillende oplossingsmogelijkheden die er bestaan. Dat is zeker het geval wanneer het toetsing- en acceptatie-instrument erop is ingericht dat ook alternatieve oplossingen in beeld worden gebracht. Hierbij kan een rol zijn weggelegd voor de ontwerpadviseur van de D&B-aannemer. Gesteld dat de aanbesteder vervolgens toch de voorkeur geeft aan een kwalitatief hoogwaardigere oplossing dan die welke door de D&B-aannemer is voorgesteld, dan kan hij – voor eigen rekening – de aannemer opdragen die hogere kwaliteit alsnog te leveren.

Als het aspect architectonische en ruimtelijke kwaliteit een belangrijk aspect voor de aanbesteder is, dan kan dit een reden zijn om te kiezen voor een variant van de traditionele bouworganisatievorm.

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

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

Toelichting Zie daarover ook hoofdstuk 8, par. 4.2 en par. 5.2. De aanbestedder moet dan kiezen voor het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving en de architectonische en ruimtelijke kwaliteit van het te realiseren project tot een belangrijk subcriterium maken.

Wanneer het onderhoud van het te realiseren project een belangrijk aspect voor de aanbestedder is bij de keuze van de bouworganisatievorm, dan zegt dat iets over de gewenste kwaliteit en duurzaamheid van dat project. Hier kan voor de aanbestedder een reden liggen om het meerjarig onderhoud samen met het ontwerp en de uitvoering in één hand uit te besteden (DBM). Het voordeel van een dergelijke integratie van taken is in de regel een milieu- en onderhoudsvriendelijker en efficiënter ontworpen bouwproject. Echter, bij het maken van zo'n keuze zullen natuurlijk ook andere aspecten moeten worden afgewogen. Meegenomen moet bijvoorbeeld worden of de aanbestedder zelf over een dienst beschikt die het onderhoud van het project kan verzorgen. Een ander aspect dat in dit verband kan worden genoemd, is het reeds behandelde aspect van de gewenste contractduur.

6.2.5.4 Invalshoek: Invloed op het project

Vanuit de invalshoek invloed op het project kan de aanbestedder de volgende aspecten afwegen:

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

Het detailniveau van de vraagspecificatie en de gewenste invloed op het project zijn twee belangrijke aspecten bij de keuze van de bouworganisatievorm. Hiervoor werd al opgemerkt dat het onder omstandigheden verstandig kan zijn om de eisen in de vraagspecificatie zoveel mogelijk functioneel te omschrijven – en dus af te zien van gedetailleerde technische eisen – om tot de beste prijs/kwaliteitverhouding voor de aanbestedder te komen. De aanbestedder laat aan de markt dan een ruime mate van oplossingsvrijheid. Dit heeft als consequentie dat zijn invloed op het project minder zal zijn dan bij gedetailleerde technische eisen het geval zal zijn. Een keuze voor D&B of een andere variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm ligt bij functionele eisen voor de hand, afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval. Het operationaliseren van die keuze is niet zonder problemen, zeker niet wanneer de betrokken partijen gewend zijn om vooral te werken binnen de kaders en in de cultuur van de traditionele bouworganisatievorm.

Toelichting Het gaat erom de functionele specificaties zodanig te formuleren dat de D&B-aannemer niet te veel beperkt wordt in zijn oplossingsruimte en er voldoende optimalisatie- en innovatiepotentieel in de opdracht blijft bestaan. Vaak echter blijkt de oplossingsruimte voor een D&B-aannemer beperkt omdat uitbesteding door de aanbestedder pas plaatsvindt na de door hemzelf afgeronde definitieve ontwerpfase (zie hierover ook par. 5.3.2). De achterliggende redenen daarvoor blijken vooral verband te houden met onzekerheden die inherent zijn aan de DO-fase (zowel technisch-inhoudelijk als ten aanzien van besluitvorming), waardoor het moeilijk is om op een eerder moment risico's in te schatten en daarmee de financiële randvoorwaarden vast te stellen of een aanbiedingsprijs af te geven. Deze problematiek wordt versterkt doordat zowel de aan-

besteder als de D&B-aannemer moeite hebben met een grote mate van vrijheid in de functionele vraagspecificatie. De aanbesteder denkt dat hij de D&B-aannemer niet meer voldoende kan bijsturen en de D&B-aannemer heeft behoefte aan commitment (bijvoorbeeld bestuurlijk) van de aanbesteder en wil een bepaalde mate van verantwoordelijkheid bij de laatste laten liggen.

Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

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

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

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

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

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

Het aspect bevoegdheid van de projectorganisatie binnen de eigen organisatie moet de aanbesteder afwegen in samenhang met het belang dat hij eventueel hecht aan het aspect van de gewenste tijdzekerheid. Met name wanneer de projectorganisatie aan de zijde van de aanbesteder onvoldoende mandaat krijgt van haar moederorganisatie, in de zin dat de projectorganisatie veelvuldig tot interne en tijdrovende terugkoppelingen moet overgaan, neemt het risico van vertraging in de voortgang van het project toe.

6.2.5.5 Invalshoek: Complexiteit

Vanuit de invalshoek complexiteit kan de aanbesteder de volgende aspecten afwegen:

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

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

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

Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

Voorbeeld In Nederland is voor het boren van diverse tunnels afgestapt van de traditionele bouworganisatievorm omdat bij deze projecten – voor Nederland althans – innovatieve boortechnieken werden toegepast waarvoor geen standaardontwerpen bestonden. Omdat hierdoor meer werd gevraagd van het ontwerpproces en er een sterke samenhang met het uitvoeringsproces bestond, lag een geïntegreerde bouworganisatievorm – in dit geval D&B – voor de hand.

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

Bron Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

Bij een hoge mate van procescomplexiteit zou een keuze voor de traditionele bouworganisatievorm op het eerste gezicht voor de hand liggen. Dit met name omdat het wenselijk is dat over-

heidsaanbesteders vanuit hun publieke verantwoordelijkheid meer direct invloed houden op het te realiseren project. Aan de andere kant is het echter zo dat met een traditionele bouworganisatievorm juist de mogelijkheid wordt beperkt dat marktpartijen vanuit hun ervaring en expertise een bijdrage leveren aan het beheersen van bepaalde procesrisico's. Een verstandige tussenoplossing kan dan een alliantie zijn.

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

Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

Wat het aspect (gewenste) scope van het project betreft, kan vooral worden gewezen op de mogelijke schaalvoordelen die de aanbesteder kan bereiken.

Voorbeeld Schaalvoordelen kunnen bijvoorbeeld worden bereikt door gelijksoortige opdrachten samen te voegen (in de praktijk ook wel aangeduid als clusteren, zie hoofdstuk 3, par. 4.3.2.2), bijvoorbeeld gebiedsgerichte onderhoudscontracten. Het voordeel hiervan is dat versnippering van onderhoudscontracten in een netwerkstructuur wordt tegengegaan en daarmee een toename van interfacerisico's wordt voorkomen. Schaalvoordelen kunnen verder worden bereikt door projectfasen te integreren (D, B, M en F), door het vergroten van de financiële schaal (combineren van infrastructuurinvesteringen met de opbrengsten uit vastgoedontwikkeling) of door het zogenoemde 'portfolio aanbesteden'. Wanneer een opdrachtgever meerdere opdrachten voor een langere periode in een portfolio aanbesteedt, heeft hij meer zekerheid over zijn orderportefeuille, kan hij werkcapaciteit efficiënt inzetten en kan de continuïteit van zijn bedrijfsvoering beter worden gewaarborgd. Als voorbeeld kan worden genoemd het tegelijk aanbesteden van een groot aantal spoorwegovergangen in dezelfde regio.

Bij deze voorbeelden van schaalvoordelen kunnen synergievoordelen optreden met als gevolg dat de totale kosten van een project (transactiekosten en kosten voor ontwerp, bouw, financiering, beheer en onderhoud) worden verlaagd.

Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

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

Toelichting De aanbesteder moet ook eventuele aanbestedingsrechtelijke bezwaren in zijn afwegingen betrekken. Zie in dit verband in algemene zin par. 6.2.4.3 en in het bijzonder hoofdstuk 3, par. 4.3.2 inzake disproportionele vraagspecificaties.

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

Voorbeeld Bij zeer grote projecten kan opdeling in kleinere deelprojecten als voordeel hebben dat het project hanteerbaar en bestuurbaar wordt.

Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

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

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

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

Afhankelijk van het antwoord op de vraag of een project over optimalisatiepotentieel beschikt, kunnen verschillende bouworganisatievormen in beeld komen. Allereerst is het zo dat bij de traditionele bouworganisatievorm de aanbesteder het ontwerp zou kunnen optimaliseren door middel van 'value engineering'. Wanneer er (daarnaast) echter ook mogelijkheden zijn voor de marktpartij om vanuit zijn specifieke kennis het ontwerp te optimaliseren en daarmee de prijs/kwaliteitverhouding van het project te doen stijgen, ligt het weer meer voor de hand die partij eerder in het proces te betrekken en komt een variant van de geïntegreerde bouwcontractvorm in beeld.

Toelichting Hierbij kan met name worden gedacht aan D&B. De integratie van ontwerp en bouw met beheer en onderhoud – DBM, DBFM of DBFMO – is met name interessant wanneer er veel optimalisatiepotentieel aanwezig is in de exploitatiefase. Dan kan de levenscyclusbenadering worden toegepast, waarbij dan bij het maken van ontwerpkeuzes en keuzes voor kapitaalinvesteringen meer rekening wordt gehouden met de operationele kosten in de beheerfase.

Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

Bij standaardprojecten ligt het wat minder voor de hand – althans niet vanuit het perspectief van optimalisatiepotentieel – om gebruik te maken van een andere bouworganisatievorm dan de traditionele. Dergelijke projecten zijn technisch niet complex en er bestaat over het algemeen uitgebreide ervaring mee.

6.2.5.6 Invalshoek: Risico's

Vanuit de invalshoek risico's kan de aanbesteder het belangrijke aspect risicobeheersing afwegen. Risico's kunnen zich in alle fasen van het bouwproces voordoen en een aanbesteder zal zich van geval tot geval moeten afvragen welke risicoallocatie hij vanuit het oogpunt van risicobeheersing het meest wenselijk vindt.

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

Zie: PSIBouw, *Overwegingen bij uitbestedingsstrategieën*, Gouda 2005.

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

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

Het principe laat overigens onverlet dat een overheidsaanbesteder vanuit zijn maatschappelijke verantwoordelijkheid sommige risico's het liefst zelf zal willen beheersen, ook wanneer toedeling van het risico aan de markt op grond van het hiervoor vermelde principe meer

voor de hand ligt. Ook het omgekeerde is denkbaar, namelijk dat de aanbesteder risico's aan de markt toedeelt – vooropgesteld overigens dat de markt die ook daadwerkelijk kan beheersen – omdat hij graag 'ontzorgd' wil worden, niettegenstaande het feit dat de aanbesteder zelf uitstekend in staat is het betreffende risico te beheersen en te dragen. De aanbesteder moet zich dan wel realiseren dat een dergelijke risicoverschuiving suboptimaal is vanuit het perspectief van kostenefficiency en geen 'value for money' oplevert.

Hoe de vraag te specificeren?

3

1 Inleiding

Een belangrijke onderdeel van een aanbestedingsproces is de vraagspecificatie. Het doel van dit hoofdstuk is aanbesteders te helpen bij het nemen van de beslissingen omtrent de vraagspecificatie. Eerst wordt aangegeven wat precies wordt bedoeld met het begrip vraagspecificatie (paragraaf 2). Daarna zal worden ingegaan op de vraag waarom het belangrijk is dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over verschillende aspecten die verband houden met de vraagspecificatie (paragraaf 3). Vervolgens komt een aantal juridische randvoorwaarden aan bod waarmee een aanbesteder mogelijk rekening moet houden wanneer hij beslissingen neemt in de context van de vraagspecificatie (paragraaf 4). Gegeven die juridische randvoorwaarden wordt tot slot nog ingegaan op de vraag tot welk detailniveau de aanbesteder de eisen het beste kan specificeren vanuit het oogpunt van doelmatigheid (paragraaf 5).

2 Wat is een vraagspecificatie?

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

De aanbesteder formuleert de vraagspecificatie door de op te lossen vraag te omschrijven aan de hand van eisen. Dat kan hij overigens op verschillende manieren doen: in de vorm van een programma van eisen, een voorlopig ontwerp, een definitief ontwerp, een uitvoeringsontwerp of in de vorm van een bestek. De aanbesteder kan de vraagspecificatie laten formuleren door een architect of een raadgevend ingenieur. Wanneer het om een B&U-project gaat, is dat vrij gebruikelijk.

Toelichting Het formuleren van de vraagspecificatie is een stap die de aanbesteder moet zetten, ongeacht of hij kiest voor de traditionele of de geïntegreerde bouworganisatievorm dan wel voor de alliantie. Zie in dit verband ook de toelichting op het verloop van een ontwerpproces in hoofdstuk 2, par. 5.3.2. Het karakter en de inhoud van de vraagspecificatie hangt echter wel samen met de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm.

De eisen van de vraagspecificatie vormen vervolgens de basis van de inschrijvingen die door inschrijvers worden ingediend.

Toelichting Vanuit dit (aanbestedingsrechtelijk) perspectief staat het begrip vraagspecificatie op één lijn met het begrip bestek zoals dat wordt gebruikt in de Europese aanbestedingsrichtlijnen, het Bao en het Bass en in art. 1.1.1 sub d ARW 2005. Het begrip eisen staat vervolgens op één lijn met het begrip technische

specificaties zoals dat wordt gebruikt in art. 23 Algemene Richtlijn en in art. 1 sub II Bao en in art. 1.1.1 sub aa ARW 2005.

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

Eisen kunnen gedetailleerd zijn, in de zin dat ze tot in detail beschrijven waaraan (onderdelen van) de prestatie die de aannemer levert, moet voldoen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een traditionele bouworganisatievorm wanneer aanbesteder en aannemer met elkaar contracteren op basis van een STABU- of RAW-bestek.

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

Eisen behoeven overigens niet altijd technisch gedetailleerd te zijn. In een vraagspecificatie kunnen eisen ook in functionele termen zijn beschreven. Ze geven dan aan welke eisen aan het functioneren van (de verschillende onderdelen van) het bouwwerk worden gesteld. Met een dergelijke vraagspecificatie wordt aan de aannemer een bepaalde mate van oplossingsvrijheid en daarmee ook een bepaalde mate van ontwerpverantwoordelijkheid gegeven.

Toelichting Dit is in de kern de gedachte achter geïntegreerde bouwcontracten waarop de UAV-GC 2005 van toepassing wordt verklaard. Hierbij wordt, behalve de uitvoeringsverantwoordelijkheid, ook de ontwerpverantwoordelijkheid geheel of gedeeltelijk bij de ontwerpende aannemer gelegd. Om deze reden zal de vraagspecificatie bij voorkeur zo min mogelijk technische eisen bevatten, omdat die veelal voortkomen uit een ontwerpproces. In de vraagspecificatie worden de eisen daarom zoveel mogelijk in functionele termen beschreven. Er worden echter in de vraagspecificatie ook vaak eisen opgenomen die veel gedetailleerder beschrijven waaraan de te leveren prestatie moet voldoen. Deze eisen beschrijven vaak de constructie, de techniek of de materialen. Hiermee neemt de aanbesteder een deel van de ontwerpverantwoordelijkheid weer terug. Om de markt zoveel mogelijk oplossingsruimte te geven wordt het gebruik van gedetailleerde eisen op een laag niveau zoveel mogelijk beperkt. Hierdoor wordt de aanwezige kennis maximaal benut om aldus tot de meest optimale oplossing te komen.

Niet alle vraagspecificaties in de bouw zijn dus hetzelfde. In de kern komen de verschillen er op neer dat een marktpartij door de wijze waarop de eisen in de vraagspecificatie zijn geformuleerd meer dan wel minder oplossingsvrijheid heeft.

3 *Waarom moet de vraagspecificatie goed zijn doordacht?*

In paragraaf 3.1 van hoofdstuk 2 is al opgemerkt dat het in elk bouwproces uiteindelijk telkens weer draait om het bereiken van het resultaat dat de aanbesteder met dat proces voor ogen heeft.

Toelichting Daar is opgemerkt dat het resultaat op hoofdlijnen kan worden omschreven in termen van kwaliteit, kosten en tijd en dat een aanbesteder wat deze aspecten betreft de accenten telkens weer anders legt.

Gegeven dat resultaat en de accenten die de aanbesteder wil leggen, zal hij voor een bepaalde procesinrichting moeten kiezen. Een belangrijke keuze daarbij is die van de bouworganisatievorm.

Toelichting Vragen die de aanbesteder moet beantwoorden voor het kiezen van de procesinrichting zijn bijvoorbeeld welke taken van het bouwproces hij zelf wil, kan en mag vervullen, en welke taken hij aan een of meer marktpartijen wil, kan en mag uitbesteden. In wezen gaat het hier dan om de keuze van de bouworganisatievorm, zie par. 2.1 en par. 3.1 van hoofdstuk 2.

De bouworganisatievorm zegt iets over de aard en de omvang van de taken van de verschillende partijen die aan het bouwproces deelnemen. De aard en de inhoud van de vraagspecificatie moeten in het verlengde liggen van die bouworganisatievorm.

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

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

Toelichting Zie hoofdstuk 1, par. 4.1 en hoofdstuk 2, par. 3.2, waarin is gewezen op de samenhang tussen beslissingen die de aanbesteder in de aanbestedingsfase neemt over de bouworganisatievorm, vraagspecificatie, contractvorm, aanbestedingsprocedure, informatie-uitwisseling en gunningscriterium. In de hoofdstukken waarin deze aspecten aan de orde komen wordt nader op die onderling consistente afstemming ingegaan.

Voorbeeld Een aanbesteder die bijvoorbeeld inzet op duurzaam inkopen, zal in de vraagspecificatie eisen opnemen waaraan het bouwproces en/of het te realiseren project moet voldoen. Die eisen zijn dan mede gebaseerd op milieu- en sociale aspecten waaraan de aanbesteder belang hecht. Het zou dan van consistentie getuigen wanneer hij op basis van diezelfde aspecten óók eisen stelt aan de hand waarvan hij de kwalitatieve geschiktheid van zijn beoogde wederpartij beoordeelt.

Voorbeeld Een voorbeeld van een inconsistente afstemming van beslissingen is bijvoorbeeld het formuleren van een subcriterium als onderdeel van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, zonder dat dit subcriterium enige relatie vertoont met een in de vraagspecificatie opgenomen eis. Zie hoofdstuk 8, par. 4.2.1.2, par. 5.1 en par. 5.2.1.

Verder is een goed doordachte vraagspecificatie ook op zichzelf genomen een belangrijk onderdeel van de procesinrichting waarmee de aanbesteder het beoogde resultaat wil verwezenlijken.

Toelichting Onderzoek heeft uitgewezen dat aanbesteders zich niet altijd realiseren dat ze er vaak beter aan doen de vraag die ze in de markt zetten zodanig te specificeren dat daarmee zoveel mogelijk oplossingsvrijheid voor de markt ontstaat. Hierdoor kan de markt meerwaarde leveren. Dit heeft als gevolg dat tal van belangen nog beter kunnen worden gediend, zie par. 6.1 van hoofdstuk 2. Opgemerkt moet worden dat de oplossingsvrijheid die de aanbesteder aan de markt wil laten, van invloed is op de uiteindelijke keuze van de bouworganisatievorm. Zie in dat verband ook par. 6.2.5.4 van hoofdstuk 2, meer in het bijzonder het aspect 'detailniveau van de vraagspecificatie'.

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

Toelichting Een adequate omschrijving van de vraagspecificatie is overigens ook van belang omdat de aanbesteder bij gebreke daaraan mogelijk wordt beknot in zijn mogelijkheden om het nadeel dat hij daardoor eventueel lijdt te verhalen op de marktpartij aan wie hij de uitvoering van de opdracht heeft opgedragen.

Nog een reden om vooraf goed na te denken over de vraagspecificatie, vormt het aanbestedingsrecht. Onduidelijke, disproportionele of zelfs discriminerende eisen in een vraagspecificatie kunnen strijdigheid opleveren met de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit en daardoor onderwerp van een juridische procedure worden.

Toelichting In par. 4 wordt meer ingegaan op de juridische randvoorwaarden die een aanbesteder in het kader van de vraagspecificatie in acht moet nemen.

Een extra reden die in dit verband nog kan worden vermeld, is dat het in de regel juridisch niet is toegestaan om in de loop van een aanbestedingsprocedure eenmaal bekendgemaakte eisen aan te passen, ongeacht of daar vanuit het oogpunt van doelmatigheid iets voor te zeggen zou zijn. Daarnaast getuigt aanpassen niet van professionaliteit.

4 ***Wat zijn de juridische randvoorwaarden?***

4.1 **Detailniveau van de vraagspecificatie is juridisch vrijgelaten**

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

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

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

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

Overigens is het mogelijk dat de organisatie van de aanbesteder een bepaald detailniveau van de eisen in de vraagspecificatie verbiedt of juist dwingend voorschrijft.

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

4.2.1 Opmerkingen vooraf

Een vraag met grote praktische relevantie is of het juridisch toelaatbaar is om marktpartijen bij het formuleren van de vraagspecificatie te betrekken. Het spanningsveld dat zich hier doet gevoelen moge duidelijk zijn.

Toelichting Aan de ene kant heeft een aanbesteder er uit het oogpunt van doelmatigheid belang bij dat hij zich bij de voorbereiding van een aanbesteding kan oriënteren op datgene wat de markt te bieden heeft. Hij zal contact willen hebben met marktpartijen die mogelijk overwegen deel te nemen aan de aanbesteding die wordt voorbereid. Een instrument dat een aanbesteder in dat kader bijvoorbeeld kan gebruiken, is de zogenoemde marktconsultatie. Daarop wordt meer uitvoerig ingegaan in hoofdstuk 6, par. 4.2.2 en par. 5.2.

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

Het uitgangspunt is dat oriënterende contacten tussen aanbesteders en marktpartijen in de voorbereiding van een aanbesteding niet als regel verboden zijn. Aanbesteders moeten zich breed kunnen oriënteren op datgene wat de markt aan potentiële oplossingen te bieden heeft. Marktpartijen hebben er belang bij aanbesteders in een zo vroeg mogelijk stadium attent te maken op oplossingen die de aanbesteder mogelijk zouden kunnen interesseren.

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

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

Er zijn echter twee situaties die nadere aandacht vragen omdat daarin mogelijk geen sprake meer is van een oriënterend contact. De eerste situatie is die waarin een marktpartij direct dan wel indirect als adviseur in de voorbereiding van de aanbesteding betrokken is geweest

bij het formuleren van de vraagspecificatie en vervolgens als inschrijver aan de aanbesteding deelneemt (paragraaf 4.2.2). De tweede situatie is die waarin een marktpartij op eigen initiatief een voorstel aan de aanbesteder doet voor de oplossing van een specifiek probleem dat op het beleidsterrein van de betreffende aanbesteder ligt (paragraaf 4.2.3). In beide gevallen kan de betrokkenheid van de marktpartij problematisch zijn vanuit de optiek van het aanbestedingsrecht.

4.2.2 Aanbesteder betreft inschrijver als adviseur bij de vraagspecificatie

Mag een marktpartij als inschrijver aan een aanbesteding deelnemen als hij direct dan wel indirect als adviseur betrokken is geweest bij het formuleren van de vraagspecificatie van die aanbesteding?

Voor de beantwoording van deze vraag moet worden gewezen op considerans nr. 8 van de Algemene Richtlijn als de aanbestedingsprocedure plaatsvindt op grond van een verplichting die voortvloeit uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

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

De consideransen in de Europese aanbestedingsrichtlijnen bevatten geen juridisch bindende voorschriften. Het begrip technische dialoog komt niet terug in de bepalingen van de richtlijnen zelf. Dit betekent dat de kwestie waar het hier om gaat, niet voldoende adequaat is geregeld in de richtlijnen. Die leemte moet worden ingevuld aan de hand van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht. Daarbij geldt dan het uitgangspunt uit de vorige paragraaf dat oriënterende contacten tussen aanbesteders en marktpartijen in de voorbereiding van een aanbesteding in het algemeen niet zijn verboden.

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

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

Bron “Van (...) oriënterende contacten dient te worden onderscheiden de daadwerkelijke betrokkenheid van aanbieders bij het opstellen van de (technische) specificaties (...) voor een aan te besteden opdracht. Een dergelijke betrokkenheid geeft de aanbieder in de regel een voorsprong op zijn concurrenten, doordat hij de vraagstelling van de aanbieder direct kan beïnvloeden. Een categorisch verbod van betrokkenheid van aanbieders bij het opstellen van

technische specificaties achten wij echter disproportioneel. De gelijke behandeling van inschrijvers komt met name dan in gevaar wanneer de technische specificaties worden toegeschreven naar de producten/diensten van de betrokken aanbieder.”

Uit: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 402-403.

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

Bron Zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 402 e.v. Ook de aanbesteder zelf mag niet het standpunt innemen dat een inschrijver om die reden per definitie moet worden uitgesloten. Zie in dit verband het arrest van het Hof van Justitie EG in de gevoegde zaken C-21/03 en C-34/03 (Fabricom) van 3 maart 2005. Uit het arrest volgt dat zo’n inschrijver in staat moet worden gesteld aan te tonen dat de mededinging niet is verstoord als gevolg van zijn betrokkenheid bij het opstellen van de vraagspecificatie.

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

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

Uit: RvA 14 oktober 1997, *BR* 1998, p. 347, nt. Van Wassenauer.

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

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

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

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

Het voorgaande geldt ook als een marktpartij slechts indirect als adviseur betrokken is geweest bij het formuleren van de vraagspecificatie van de aanbesteder.

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

Vennootschapsrechtelijke banden tussen een adviseur van de aanbesteder en een marktpartij die meedoet aan de aanbesteding waarover de adviseur heeft geadviseerd, hoeft op zichzelf niet problematisch te zijn. In het gegeven voorbeeld is het bestaan van die vennootschapsrechtelijke banden irrelevant. Waar het om gaat is dat de adviseur zelf niet meedoet aan de uiteindelijke aanbestedingsprocedure, maar bewerkstelligt dat een andere partij een informatievoorsprong verkrijgt die aanbestedingsrechtelijk problematisch is.

Het komt uiteindelijk dus aan op de beoordeling van de betrokkenheid van de marktpartij bij het formuleren van de vraagspecificatie. Als er sprake is van een ongeoorloofde betrokkenheid gelden dezelfde bewijsregels als die welke hiervoor werden vermeld. Een aanbesteder doet er overigens wel verstandig aan om in geval van vennootschapsrechtelijke banden met de ingeschakelde adviseur een schriftelijke geheimhoudingsovereenkomst te sluiten over zijn werkzaamheden met betrekking tot de voorbereiding van de aanbesteding.

4.2.3 Eigen Initiatief

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

Bron

“Het Ministerie van VROM zal belang kunnen hebben bij Eigen Initiatieven op het gebied van huisvesting, landinrichting, en de oplossing van milieuproblemen. Gemeenten kunnen belang hebben bij Eigen Initiatieven met betrekking tot oplossing van verkeershinder of parkeerproblematiek, ontwikkeling van gebieden, woningbouw, revitalisering van bedrijfsterreinen en stedelijke herstructurering. Waterschappen kunnen Eigen Initiatieven verwachten met betrekking tot de beheersing van waterkwaliteit, c.q. waterkwantiteit. Provincies zouden met betrekking tot hun takenpakket Eigen Initiatieven in ontvangst kunnen nemen, enzovoorts.”

Uit: *Unsolicited Proposals. Handleiding voor Eigen Initiatieven in de bouw in het (semi-)publieke domein*, Gouda: Regieraad Bouw 2006, p. 13-14.

Voorbeeld

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

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

Bron

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

Op basis van het voorgaande moge duidelijk zijn dat een dergelijk plan niet het karakter heeft van een vraagspecificatie. Zo'n plan vormt geen schakel in een normaal ontwerpproces dat start met het opstellen van functionele specificaties en dat eindigt met een uitvoeringsgereed ontwerp waarin de technische specificaties zijn vervat. Het plan kan hoogstens het vertrekpunt vormen voor het starten van een proces dat dan kan uitmonden in een vraagspecificatie van de aanbesteder.

Vanuit aanbestedingsrechtelijke optiek kan dan de vraag worden gesteld of de indiener van een Eigen Initiatief in zo'n geval de enige gesprekspartner van de aanbesteder mag zijn. Hiermee wordt bedoeld op de mogelijkheid dat partijen met elkaar een overeenkomst sluiten over de realisatie van het project waarin het plan voorziet zonder dat daaraan een aanbestedingsprocedure te pas komt.

Het aanbestedingsrecht verhindert niet dat een aanbesteder ongevraagd kennis neemt van in Eigen Initiatieven vervatte ideeën en plannen van marktpartijen. De aanbesteder mag tevens dergelijke ideeën en plannen als vertrekpunt nemen bij het beschrijven van zijn behoefte aan de oplossing van een bepaald probleem in een vraagspecificatie. Met inachtneming van het Europees en nationaal aanbestedingsrecht mag de aanbesteder de separate

opdracht tot het opstellen van die vraagspecificatie aan de indiener van het Eigen Initiatief gunnen of de indiener op andere wijze bij het opstellen van de vraagspecificatie betrekken.

Toelichting Wanneer de indiener van het Eigen Initiatief vervolgens ook wil deelnemen aan de aanbesteding voor de opdracht op basis van de inmiddels geformuleerde vraagspecificatie, worden de aanbevelingen die in par. 4.2.2 zijn gedaan weer relevant. Immers, de betrokkenheid van de indiener bij het formuleren van de vraagspecificatie heeft hem mogelijk een ongeoorloofde kennisvoorsprong opgeleverd.

Ervan uitgaande dat het plan in het Eigen Initiatief het voorstel voor de realisatie van een project betreft dat normaliter zou moeten worden aanbesteed, betekent het voorgaande dat de aanbesteder niet mag overgaan tot enkelvoudige gunning van dat project aan de indiener van het Eigen Initiatief.

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

4.3 Aanbestedingsrechtelijke grenzen aan de inhoud van de vraagspecificatie

4.3.1 Opmerkingen vooraf

De regels van het aanbestedingsrecht stellen belangrijke grenzen aan de vrijheid om de eisen in de vraagspecificatie naar eigen inzicht te formuleren. Bij een verplichte Europese aanbesteding is in dit verband de belangrijkste bepaling art. 23 lid 2 van de Algemene Richtlijn. Op grond van deze bepaling is de aanbesteder verplicht de eisen in de vraagspecificatie zodanig te formuleren dat:

- (i) De eisen niet tot gevolg hebben dat de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging ongerechtvaardigd wordt belemmerd, en
- (ii) de eisen de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure gelijke toegang bieden.

Hieruit blijkt dat de vrijheid van de aanbesteder is beperkt met het oog op het dienen van een tweeledig doel. Het eerste vereiste ziet vooral op de proportionaliteit van de gestelde eisen. De aanbesteder kan immers met het stellen van bepaalde (disproportionele) eisen op voorhand de deelname aan de aanbesteding door een bepaald deel van de markt uitschakelen. Dit komt aan de orde in paragraaf 4.3.2. Het tweede vereiste is, nog meer dan het eerste, een uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling. Het is erop gericht te voorkomen dat een bepaalde marktpartij als gevolg van de wijze waarop de aanbesteder de vraagspecificatie heeft geformuleerd, wordt bevoordeeld ten opzichte van andere marktpartijen die eveneens in de aanbestede opdracht zijn geïnteresseerd. Dit komt aan de orde in paragraaf 4.3.3.

4.3.2 Eisen moeten proportioneel zijn

4.3.2.1 Algemeen

De aanbesteder is verplicht de eisen in de vraagspecificatie zodanig te formuleren dat ze niet tot gevolg hebben dat de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging wordt belemmerd.

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

Dat de eisen in de vraagspecificatie niet tot een ongeoorloofde beperking van de mededinging mogen leiden, houdt in dat de eisen proportioneel moeten zijn. Het proportionaliteitsbeginsel is – anders dan het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel – niet gecodificeerd in een van de artikelen van de Algemene Richtlijn. Het beginsel wordt indirect wel vermeld in considerans 2 van de Algemene Richtlijn:

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

Het proportionaliteitsbeginsel is vooral relevant in het kader van de technische en economische minimeisen waaraan gegadigden moeten voldoen om voor gunning van de aanbestede opdracht in aanmerking te komen.

Toelichting Die eisen moeten in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp en de omvang van de opdracht. Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 7, par. 4.2.2.

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

Toelichting Dit is gebaseerd op art. 23 lid 2 van de Algemene Richtlijn, art. 23 lid 2 Bao en art. 2.5.1, art. 3.5.1, art. 4.6.1, art. 5.6.1 en art. 6.3.1 ARW 2005.

Expliciet is wat dat betreft art. 13 lid 1 en lid 2 sub a van de in 2008 verworpen ontwerp-Aanbestedingswet:

- “1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf neemt het beginsel van proportionaliteit in acht.
2. Ter uitvoering van het eerste lid stelt hij in ieder geval enkel eisen, voorwaarden en criteria die gerelateerd zijn aan en noodzakelijk zijn gelet op het doel, de aard en het voorwerp van de overheidsopdracht, (...), in het bijzonder bij het stellen van:
 - a. technische eisen aan het voorwerp van een overheidsopdracht (...).”

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

4.3.2.2 *Splitsen in percelen en clusteren van opdrachten*

Dat een aanbesteder met de wijze waarop hij zijn vraag specificeert invloed kan uitoefenen op de interesse van de markt, blijkt in het bijzonder wanneer de fenomenen 'splitsen in percelen' en 'clusteren van opdrachten' onder de loep worden genomen. Voor beide fenomenen geldt dat zij aanbestedingsrechtelijk aan banden zijn gelegd, voor een belangrijk deel tegen de achtergrond van het proportionaliteitsbeginsel.

Deze fenomenen moeten overigens goed van elkaar worden onderscheiden. Wanneer wordt gesproken van 'splitsen in percelen', dan geldt als object van zo'n eventuele splitsing het (begrip) 'werk' in de zin van de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving. Een 'werk' is "het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen".

Bron Zie art. 1 lid 2 sub b Algemene Richtlijn en Richtlijn Nutssectoren. In dezelfde zin art. 1 sub g Bao en Bass. Zie ook art. 1.1.1 sub cc ARW 2005.

De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving verbiedt het splitsen van een werk in percelen wanneer met die splitsing het ontduiken van een aanbestedingsplicht van het werk als geheel wordt beoogd.

Bron Zie art. 9 lid 3 e.v. Algemene Richtlijn en art. 17 lid 2 e.v. Richtlijn Nutssectoren. In dezelfde zin art. 9 lid 4 e.v. Bao en art. 14 lid 4 e.v. Bass.

Een gedetailleerde behandeling van deze bepalingen valt buiten het bestek van deze Leidraad. De Leidraad neemt immers als uitgangspunt de – al dan niet uit een wettelijke verplichting voortvloeiende – positieve beslissing van een aanbesteder om een aanbestedingsprocedure toe te passen bij het aanbesteden van een bouwopdracht. Deze bepalingen verbieden het om een werk, dat een waarde vertegenwoordigt die boven het van toepassing zijnde drempelbedrag ligt, door opsplitsing daarvan in afzonderlijke percelen (gedeeltelijk) te onttrekken aan een eventuele aanbestedingsplicht. Denkbaar is immers dat na de opsplitsing in percelen de waarde van een of meer van die percelen onder het relevante drempelbedrag ligt.

Echter, buiten dit geval, mag een aanbesteder een werk in percelen splitsen en deze op basis van afzonderlijke vraagspecificaties door een of meer aanbestedingen in de markt zetten.

Voorbeeld Het meest voor de hand liggende voorbeeld is natuurlijk de splitsing van een B&U-werk in een bouwkundig en een installatietechnisch deel.

Dat laat onverlet dat er vanuit doelmatigheidsoptiek natuurlijk voor- en nadelen kleven aan het al dan niet splitsen van een 'werk' in percelen. Op die voor- en nadelen wordt nader ingegaan in paragraaf 5.4.

Het is belangrijk om in te zien dat het splitsen van een werk in percelen enerzijds en het clusteren van opdrachten anderzijds geen (volledige) spiegelbeelden van elkaar zijn. Als vertrekpunt geldt dat van 'clusteren' sprake is wanneer een aanbesteder een aantal door de

markt te leveren prestaties samenvoegt en die als één opdracht in de markt zet, terwijl hij die prestaties ook als afzonderlijke opdrachten had kunnen aanbesteden.

Voorbeeld In het verlengde van het vorige voorbeeld: een aanbesteder wenst in plaats van één B&U-werk maar liefst vijf werken als één opdracht in de markt te zetten.

Splitsen in percelen en clusteren van opdrachten kan in dit voorbeeld ook samengaan. De aanbesteder splitst de vijf B&U-werken allemaal in een bouwkundig en in een installatietechnisch perceel. Vervolgens clustert hij de vijf bouwkundige percelen tot één opdracht en doet hij hetzelfde voor de vijf installatietechnische percelen.

Of en in welke gevallen het doelmatig is om twee of meer te leveren prestaties samen te voegen tot één opdracht, komt aan de orde in paragraaf 5.4. Eerst wordt ingegaan op de juridische toelaatbaarheid van clusteren.

Clusteren van opdrachten is een wijds begrip waaronder verschillende feitelijke situaties schuil gaan. De belangrijkste verschijningsvorm van clustering is die waarin een aanbesteder twee of meer *gelijksortige* prestaties als één opdracht in de markt zet. Deze verschijningsvorm doet zich met name voor in de sfeer van het onderhoud. De beslissing om een aantal opdrachten van dezelfde aard te clusteren kan bijvoorbeeld zijn ingegeven door de wens om schaalvoordelen te bereiken.

Toelichting Zie hierover ook hoofdstuk 2, par. 6.2.5.5.

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

De consequentie van het clusteren van een aantal gelijksoortige opdrachten tot één opdracht, is dat ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf daardoor mogelijk niet aan de aanbesteding (kunnen) deelnemen omdat zij daarvoor over onvoldoende *capaciteit* beschikken. Een daarmee verband houdende consequentie kan dan zijn dat de marktpartijen die wél aan de aanbesteding deelnemen allemaal uit hetzelfde, beperkte marktsegment van *grote* ondernemingen afkomstig zijn. Dat maakt de (eisen van de) vraagspecificatie waarmee de aanbesteder die opdracht in de markt zet echter nog niet per definitie disproportioneel. Het behalen van schaalvoordelen is een legitiem doel dat een aanbesteder door middel van clustering van gelijksoortige opdrachten mag proberen te bereiken. Van disproportionaliteit zal pas sprake zijn wanneer voldoende mededinging niet langer meer is gewaarborgd in de zin dat onvoldoende marktpartijen in staat zijn om aan de aanbesteding deel te nemen.

Toelichting Hier kan in feite worden teruggevallen op de algemene regel aan het einde van par. 4.3.2.1: een aanbesteder moet ervoor waken om in zijn vraagspecificatie een eis op te nemen waaraan slechts door een zeer beperkt aantal in de opdracht geïnteresseerde marktpartijen kan worden voldaan.

Een aanbestedder zou ook kunnen besluiten tot het clusteren van *ongelijksoortige* prestaties. Er zijn drie verschijningsvormen die in dit verband kunnen worden vermeld. Twee daarvan zijn eerder aan de orde geweest.

Allereerst is dat de situatie waarbij een aanbestedder twee of meer taken van het bouwproces – bijvoorbeeld het ontwerp (D) en de uitvoering (B) van een bouwwerk – als één geïntegreerde bouwopdracht in de markt zet. Die vorm van ‘clustering’ – het gaat dan in feite over de keuze van de bouworganisatievorm – is reeds uitvoerig aan bod gekomen in hoofdstuk 2. Daar bleek dat er weinig tot geen juridische beperkingen aan de keuze van deze bouworganisatievorm worden gesteld.

Toelichting Zie hoofdstuk 2, par. 4.

Een tweede verschijningsvorm van clustering van *ongelijksoortige* prestaties, is in feite het spiegelbeeld van het hiervoor behandelde splitsen van een werk in percelen. Wat een aanbestedder dan in feite doet, is dat hij twee of meer percelen waaruit een werk kan bestaan, als één opdracht in de markt zet.

Toelichting Zie eerder in deze paragraaf de definitie van het begrip werk in de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving.

De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving staat toe dat een werk als een geheel op de markt wordt gezet. Dat geldt ook voor wat betreft de clustering van twee of meer tot een werk behorende percelen. Echter, ook in dit geval kan de consequentie zijn dat ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf mogelijk niet aan de aanbesteding (kunnen) deelnemen omdat zij daarvoor onvoldoende *gespecialiseerd* zijn. Een daarmee verband houdende consequentie kan dan zijn dat de marktpartijen die wél aan de aanbesteding deelnemen allemaal uit hetzelfde, beperkte marktsegment van *gespecialiseerde* ondernemingen afkomstig zijn. Ook nu maakt dat de (eisen van de) vraagspecificatie waarmee de aanbestedder die opdracht in de markt zet nog niet per definitie disproportioneel. Van disproportionaliteit zal pas sprake zijn wanneer de mededinging niet langer meer is gewaarborgd in de zin dat onvoldoende marktpartijen in staat zijn om aan de aanbesteding deel te nemen.

Toelichting Ook hier kan dan in feite worden teruggevallen op de algemene regel aan het eind van par. 4.3.2.1.

Een derde verschijningsvorm van clustering van *ongelijksoortige* prestaties doet zich voor wanneer de aanbestedder een aantal prestaties als één opdracht in de markt zet, terwijl die prestaties niet alleen ongelijksoortig zijn, maar daarenboven ook geen enkele economische of technische samenhang met elkaar vertonen.

Toelichting Die technische en economische samenhang bestaat dus wel in de twee andere verschijningsvormen van clustering van ongelijksoortige prestaties.

Voorbeeld Een gemeente is van plan om – op verschillende locaties in de stad – een rotonde, een vervanging van een riolering en een nieuwe hefbrug over het kanaal dat door de gemeente stroomt te laten realiseren. De gemeente be-

steedt deze afzonderlijke projecten aan als één opdracht. Hier is sprake van oneigenlijke clustering.

Tenzij de aanbestedder in een dergelijk geval kan aangeven wat het gerechtvaardigde voordeel is dat hij via deze wijze van clusteren beoogt te behalen, zullen marktpartijen die niet over alle voor zo'n opdracht benodigde specialisaties beschikken een dergelijke gang van zaken met succes ter discussie kunnen stellen. Het argument is dan dat het op deze wijze in de markt zetten van de vraagspecificatie strijdig is met het proportionaliteitsbeginsel en om die reden tot een ontoelaatbare beperking van de mededinging zal leiden. In beginsel valt immers niet in te zien welke schaalvoordelen de aanbestedder hoopt te behalen met deze wijze van aanbesteden.

4.3.3 Eisen moeten gelijke kans waarborgen

4.3.3.1 Inleiding

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

Bron

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

Voorbeeld

Een aanbestedder die graag duurzaam wil aanbesteden, mag geen eisen stellen aan de transportafstand van bouw materiaal en -materieel. Dergelijke eisen zijn immers discriminerend. Hij kan echter wel (milieu-)eisen stellen aan de voertuigen die bij de aanvoer van het materiaal of materieel worden ingezet. Ook is het mogelijk om eisen te stellen aan het maximum aantal transportkilometers dat mag worden afgelegd binnen het gebied waar de bouwopdracht moet worden uitgevoerd.

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

4.3.3.2 Opstellen van de vraagspecificatie

Het bieden van gelijke kansen aan alle marktpartijen die in de opdracht zijn geïnteresseerd wordt allereerst relevant op het moment waarop de vraagspecificatie wordt opgesteld. Het Europees aanbestedingsrecht bevat gedetailleerde bepalingen die er allemaal op zijn gericht de aanbestedder te bewegen tot het objectief en eenduidig omschrijven van de eisen in de vraagspecificatie.

Als de aanbesteder ervoor kiest de eisen in de vraagspecificatie anders te omschrijven dan in termen van functionele specificaties, dan moet hij in dat geval verwijzen naar, in afnemende volgorde van voorkeur:

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

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

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

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

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

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

De aanbesteder kan de vraagspecificatie ook opstellen met behulp van de methode van functioneel specificeren.

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

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

Het is ook toegestaan dat de aanbesteder ervoor kiest in de vraagspecificatie functionele eisen op te nemen en dat hij daarbij verwijst naar de hiervoor vermelde specificaties (natio-

nale normen waarin Europese normen zijn omgezet, Europese technische goedkeuringen, enzovoort).

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

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

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

Als in een vraagspecificatie functionele eisen zijn opgenomen, dan mag een aanbesteder een inschrijving niet afwijzen wanneer die inschrijving beantwoordt aan:

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

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

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

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

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

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

Bron

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

Aanbesteders hebben dus slechts bij hoge uitzondering de mogelijkheid om naar een bepaald merk of fabricaat te verwijzen. Dit moet dan wel vergezeld gaan van de aanduiding 'of gelijkwaardig'. Dit wil niet zeggen dat door een dergelijke toevoeging de verwijzing naar een bepaald merk of fabricaat per definitie is toegestaan. Verwijzing naar een merk of fabricaat met toevoeging van de aanduiding 'of gelijkwaardig' is alleen in uitzonderlijke gevallen toegestaan wanneer het gaat om technisch gecompliceerde prestaties en de aanbesteder zelf niet de vereiste specialistische kennis in huis heeft om die prestaties anders te omschrijven dan door te verwijzen naar een bepaald merk of fabricaat.

4.3.3.3 Aanpassen van de vraagspecificatie

Ook nadat de vraagspecificatie eenmaal is bekendgemaakt, zal de aanbesteder zich het belang van het bieden van gelijke kansen in de context van de vraagspecificatie moeten blijven realiseren.

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

Voorbeeld

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

Een wijziging – van welke aard dan ook – is ook niet geoorloofd wanneer deze wordt geëffectueerd nadat de aanbesteder kennis heeft genomen van de inschrijvingen.

Bron

"Door de besteksvoorschriften te wijzigen en aldus een tweede ronde uit te lokken, nadat inschrijvers van elkaars aanbiedingen hebben kennis genomen, is de aanbesteder in staat inschrijvers tegen elkaar uit te spelen."

Uit: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 474.

Als de aanbesteder nog géén kennis heeft genomen van de inschrijvingen, kan een wezenlijke wijziging onder omstandigheden als ongeoorloofd worden beschouwd. Gesteld immers dat die wezenlijke wijziging reeds vanaf het begin in de vraagspecificatie had gestaan, dan was de samenstelling van de groep van marktpartijen die dan aan de aanbesteding zou deelnemen mogelijk anders geweest. Dit betekent dat de aanbesteder ingeval van een wezenlijke wijziging van de vraagspecificatie zal moeten besluiten tot het houden van een heraanbesteding.

5 Doelmatig vraagspecificeren

5.1 Opmerkingen vooraf

Binnen de juridische randvoorwaarden uit de vorige paragraaf is de aanbesteder vrij om te bepalen welke eisen hij wenst op te nemen in de vraagspecificatie. Dat geldt ook voor de methode waarmee hij de eisen specificeert, alsook het detailniveau waarop de eisen moeten zijn gespecificeerd. Daarmee is echter nog niet de vraag beantwoord, tot welk detailniveau de eisen vanuit het oogpunt van doelmatigheid het beste zouden *kunnen* zijn gespecificeerd. Alvorens die vraag in paragraaf 5.3 te beantwoorden, zal in paragraaf 5.2 eerst worden ingegaan op de methoden van vraagspecificeren die zouden kunnen worden gebruikt. In paragraaf 5.4 worden een aantal aanbevelingen gedaan met betrekking tot het splitsen en het clusteren van opdrachten(specificaties). In paragraaf 5.5 wordt ingegaan op duurzaam aanbesteden. In paragraaf 5.6 wordt tot slot nog kort aandacht besteed aan de vraag hoe een aanbesteder vanuit doelmatigheidsoptiek het beste kan omgaan met de juridische risico's die kleven aan het betrekken van een potentiële deelnemer aan de aanbestedingsprocedure bij het opstellen van de vraagspecificatie.

5.2 Methoden van vraagspecificeren

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

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

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

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

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

Het ontwerpen van een gebouw, infrastructureel project of technische installatie met behulp van Systems Engineering omvat weliswaar de methode van functioneel of oplossingsvrij specificeren, maar is meer dan dat. Het specificeren van de eisen verloopt namelijk parallel met het uitwerken daarvan in ontwerpoplossingen. De functionele specificatie wordt daarbij op een steeds gedetailleerder niveau uitgewerkt, in wisselwerking met het zich ontwikkelende ontwerp.

Bron

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

Uit het voorgaande volgt dat bij ontwerpen volgens Systems Engineering het specificeren steeds in relatie met het ontwerpproces gebeurt en geen afzonderlijke fase is. In de praktijk ziet dat er momenteel als volgt uit.

De aanbesteder beschrijft, wanneer hij streeft naar een oplossingsvrije specificatie, wat een gebouw, infrastructureel werk of installatie moet 'doen' om te voldoen aan het gebruik dat met het object wordt beoogd. 'Hoe' dat object vervolgens precies moet worden gerealiseerd, wordt bij de toepassing van de methode niet beschreven. De aanbesteder beschrijft slechts 'welke functies' moeten worden gerealiseerd en aan welke eisen zij moeten voldoen en laat de wijze waarop dat moet gebeuren – de oplossing – zoveel mogelijk vrij in de vraagspecificatie waarmee hij uiteindelijk de markt benadert.

Een specificatie is daarom op elk detail(aggregatie)niveau opgebouwd uit functies en een samenstel van vijf typen eisen:

- **Functie-eisen:** eisen die beschrijven wat het object moet doen in en in welke omstandigheden.
- **Objecteisen:** vaak eisen van technische aard die gesteld worden aan het specifieke object.
- **Aspecteisen:** eisen die nodig zijn om tot een bepaalde kwaliteit of gebruikerstevredenheid te komen. Deze worden in een later stadium vertaald in (deel)functies en onderliggende objecten.
- **Raakvlakkeisen:** eisen aan inhoudelijke verbanden tussen verschillende onderdelen in het project of zijn omgeving.
- **Proceseisen:** eisen die worden gesteld aan het proces dat leidt tot de output.

Toelichting

Dit overzicht is het resultaat van een ontwikkeling die nog volop gaande is. Vormgevingseisen lijken in het overzicht niet vertegenwoordigd te zijn, maar zij zijn een onderdeel van de zogenoemde aspecteisen.

Het gewenste niveau van specificeren is van te voren moeilijk te bepalen. Dit wordt bepaald door twee tegengestelde wensen van de aanbesteder: enerzijds zoveel mogelijk oplossingsvrijheid en de daarmee verband houdende ontwerpverantwoordelijkheid aan de marktpartij geven en anderzijds de wens zelf – hetzij alleen, hetzij door middel van een adviseur zoals een architect of een raadgevend ingenieur – ontwerpbeslissingen te kunnen nemen om risico's en falen uit te sluiten of te beperken.

Wanneer een gestructureerd en systematisch specificatieproces wordt gevolgd, zal tijdens dat proces veelal blijken tot welk niveau een eis moet worden uitgewerkt. Zo'n systematisch specificatieproces bestaat uit een aanpak die in projectmanagementmethoden veel gebruikt wordt: decomponeren.

Toelichting Dit is het opdelen van het project in steeds kleiner wordende onderdelen. Het totale project en elk onderdeel daarvan wordt apart beschreven in een specificatie. De vraagspecificatie omvat dan de verzameling van meerdere specificaties die in totaliteit de gehele te leveren prestatie beschrijven.

Het kan zijn dat wanneer dit proces van decomponeren systematisch en gestructureerd volgens de principes van Systems Engineering doorlopen wordt, men er gaandeweg achter komt dat er zwaarwegende redenen zijn (veelal risico-overwegingen) om het bouwobject toch verder uit te werken naar een gedetailleerd niveau dat vervolgens op basis van een traditioneel bestek wordt aanbesteed.

Toelichting Bij een traditioneel bestek hoort de toepassing van de traditionele bouworganisatievorm. Wanneer een aanbesteder zijn vraagspecificatie in de vorm van een technische gedetailleerd bestek opstelt, betekent dat overigens niet dat ook de functie-eisen die daaraan ten grondslag liggen altijd expliciet zullen zijn omschreven.

Wanneer de aanbesteder besluit zijn vraagspecificatie door middel van een bestek op te stellen, dan beschrijft hij in detail 'hoe' (de afzonderlijke onderdelen van) het 'wat' – het te bouwen object – moet worden gebouwd of aangelegd. Deze wijze van specificeren is uit de aard der zaak niet 'oplossingsvrij' aangezien de te hanteren technische oplossing – het 'hoe' – nu juist besloten ligt in de beschreven technische specificaties.

Wanneer de aanbesteder een technische specificatie opstelt, kan hij dat alleen doen op basis van een bepaalde visie ten aanzien van 'wat' er moet worden gerealiseerd. Omschrijven 'hoe' iets technisch moet worden gebouwd of aangelegd, veronderstelt immers dat er een beeld bestaat met betrekking tot hetgeen er aan functie(s) moet worden gerealiseerd. In feite vormen functiespecificaties de eerste stap van het ontwerpproces, terwijl de technische specificaties – ook wel 'uitvoeringsgereed ontwerp' genaamd – als de laatste stap van dat proces kunnen worden gezien. Het gebruik van de principes van Systems Engineering tijdens het specificeren staat dus los van de te hanteren contractkeuze.

5.3 Aansluiting zoeken bij overwegingen die tot keuze bouworganisatievorm leiden

De vraag tot welk detailniveau de eisen vanuit het oogpunt van doelmatigheid het beste zouden *kunnen* zijn gespecificeerd, kan in feite worden geherformuleerd tot de vraag welke mate van oplossingsvrijheid de aanbesteder de markt uiteindelijk wenst te bieden.

Toelichting Zie in dit verband met name ook par. 2 van dit hoofdstuk.

Bij het beantwoorden van die laatste vraag zal de aanbesteder zich uit het oogpunt van doelmatigheid in belangrijke mate kunnen laten leiden door dezelfde overwegingen als die

waardoor hij zich laat leiden bij het maken van zijn keuze voor de toe te passen bouworganisatievorm. Dit komt doordat de bouworganisatievorm en de mate van oplossingsvrijheid die middels de vraagspecificatie aan de markt wordt geboden niet alleen sterk in elkaars verlengde liggen, maar ook sterk met elkaar verweven zijn.

Toelichting Zie in dit verband ook par. 3 van dit hoofdstuk. Een aanbesteder kiest de voor hem meest geschikte bouworganisatievorm aan de hand van tal van omstandigheden. Welke omstandigheden dat precies zijn en hoe een aanbesteder in dat verband het beste te werk kan gaan, is uitvoerig behandeld in hoofdstuk 2, par. 6. Die omstandigheden zien onder andere ook op de vraag welke mate van oplossingsvrijheid de aanbesteder de markt wil, kan en mag geven.

Het voorgaande komt ook tot uitdrukking in het DSS. De gebruiker van het DSS wordt zowel geadviseerd over de bouworganisatievorm die voor een bepaald geval het beste kan worden gebruikt, als over het detailniveau waarop de eisen in de vraagspecificatie moeten zijn uitgewerkt voordat die vraagspecificatie door een aanbesteding in de markt wordt gezet.

Het voorgaande betekent bijvoorbeeld dat wanneer de traditionele bouworganisatievorm gepast is, de eisen tot een technisch gedetailleerd niveau zullen moeten worden gespecificeerd.

Voorbeeld Zo'n eis kan er dan bijvoorbeeld als volgt uitzien:

42.12.02 Uitvoeren bekisting.

01 Triplex voor de bekisting van in het zicht blijvende betonoppervlakken moet zijn voorzien van een onbeschadigd, kantig en vlak oppervlak van kunststof.

02 Alle uitwendige hoeken van betonconstructies voorzien van een vellingkant.

De aanbesteder kan zijn voordeel doen met het gegeven dat technische specificaties in de bouwpraktijk in sterke mate zijn gestandaardiseerd. In de eerste plaats is er de RAW-systematiek, die de standaard is voor het opstellen van bestekken in de grond-, water- en wegenbouw. Deze systematiek wordt beheerd en onderhouden door CROW. De woning- en utiliteitsbouw kent de gestandaardiseerde STABU-bestekssystematiek.

Voorbeeld Dat ziet er dan bijvoorbeeld als volgt uit:

BESTEK- POST- NUMMER	CATALOGUSNUMMER HOOFD- CODE 1 2 3 4 5 6	OMSCHRIJVING	EEN- HEID	HOOFDELIJKE VERBUCHING	HOOFDELIJKE TEK- NISCHEID
2070		Afwerken			
207010	220421	Profilen van oppervlakken. Profilen bij de op post 202020 ontgraven grond. Voor profiel zie tekening ZAO-240-70/08C004 blad 1 sim 4 rijk B Grondsoort: Klei en samenhangende grond Gerekend is met een waterstand N.A.P. +8,65 m Vrijkomende grond verwerken volgens posten 204020, 204030 en 204040. Taludlengte gemiddeld 5,60 m Toegestane positieve en negatieve afwijking 0,03 m	m2	42.020,00	V

Als een aanbesteder bij de traditionele bouworganisatievorm gebruikmaakt van de gestandaardiseerde besteksystematiek, dan kan hij de markt toch de ruimte bieden tot het leveren van meerwaarde ten opzichte van de voorgeschreven oplossingen in de vraagspecificatie. Hij doet dat door inschrijvers toe te staan in hun inschrijving met variantoplossingen te komen ten opzichte van de voorgeschreven oplossingen. Dit heeft dan wel een consequentie voor het te hanteren gunningscriterium. Dat zal dan het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving moeten zijn.

Toelichting Zie hierover hoofdstuk 8, par. 4.1 in verband met par. 5.1.

Een andere consequentie die kleeft aan het toestaan van variantoplossingen, is dat de juridische verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid van die oplossingen in het vage kan blijven. Die verantwoordelijkheid moet daarom contractueel goed worden geregeld.

Toelichting Het is namelijk niet per definitie zo dat de 'winnende' inschrijver die verantwoordelijkheid met het enkel voorstellen van de oplossing automatisch naar zich toetrekt. Het zal uiteindelijk aankomen op de specifieke omstandigheden van het geval. Hierbij is het met name ook relevant of en in hoeverre de inschrijver op grond van de pre-contractuele gedragingen van de aanbesteder er gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat de aanbesteder zich het voorstel 'eigen' heeft gemaakt. Partijen doen er daarom verstandig aan de verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid van een variantoplossing expliciet in het contract te regelen.

Bij de geïntegreerde bouworganisatievorm moeten de eisen in de op te lossen vraag gespecificeerd zijn tot een niveau dat varieert tussen een functioneel programma van eisen enerzijds en een definitief ontwerp anderzijds.

Toelichting De gehanteerde begrippen zijn ontleend aan de UAV-GC 2005 die van toepassing kunnen worden verklaard op contracten die aanbesteders sluiten met D&B- en DBM-aannemers. De begrippen refereren aan de volgende tussenstappen die – in de terminologie van de UAV-GC 2005 – in een ontwerpproces worden gezet: programma van eisen, voorlopig ontwerp, definitief ontwerp. De aanbesteder zet de vraagspecificatie in de markt wanneer het ontwerpproces tot één van deze fases is gevorderd. Hierna is het aan de marktpartij om – na contractering – dat ontwerpproces verder te vervolgen totdat het niveau van het uitvoeringsgereed ontwerp is bereikt.

Volgens de principes van Systems Engineering is de specificatie voorschrijvend aan het ontwerp. Een systeemspecificatie leidt tot een systeemontwerp waaruit weer eisen worden afgeleid voor specificaties van de subsystemen die op hun beurt weer leiden tot ontwerpen van de subsystemen, enzovoort.

Volgens Systems Engineering wordt de specificatie aanbesteed en leidt de vraag tot een aangeboden oplossing, die kan bestaan uit (delen van) het ontwerp. De vraagspecificatie bestaat dientengevolge uit de vastgestelde specificaties waarbij de vraag op een hoger niveau is gespecificeerd.

5.4 Splitsen in percelen en clusteren van opdrachten

In paragraaf 4.3.2.2 zijn een aantal opmerkingen gemaakt over de juridische toelaatbaarheid van het splitsen van een werk in percelen en het clusteren van een aantal te leveren prestaties tot één opdracht. Gegeven de juridische ruimte die er is, rijst de vraag wanneer splitsen of clusteren al dan niet doelmatig is.

Toelichting Zie hierover ook het Werkdocument van de Europese Commissie van 25 juni 2008, Europese code van best practices ter vergemakkelijking van de toegang van het MKB tot overheidsopdrachten, SEC(2008) 2193, p. 8 e.v.

Op de vraag of het doelmatig is om een werk in percelen te splitsen of niet, kan geen eenduidig antwoord worden gegeven. Aanbesteders zullen zich moeten realiseren dat splitsen zowel voor- als nadelen heeft. Zij zullen van geval tot geval die voor- en nadelen moeten waarderen en vervolgens tot een keuze moeten komen. Aan welke voor- en nadelen moet met name worden gedacht?

Het uit elkaar splitsen van percelen houdt in dat verschillende specialismen uit elkaar worden gehaald. Het voordeel hiervan is dat gespecialiseerde ondernemingen de mogelijkheid hebben om zelfstandig als hoofdaannemer dat deel van het werk uit te voeren dat bij hun discipline past. Ondernemingen geven over het algemeen de voorkeur aan een positie als hoofdaannemer boven die van onderaannemer. De reden is dat zij dan in een betere – want rechtstreekse – rechtsverhouding tot de aanbesteder komen te staan. Door te splitsen kan bovendien de mededinging worden bevorderd. De ervaring leert daarnaast dat het vaak de kleinere gespecialiseerde ondernemingen zijn die innovatieve producten en diensten op de markt brengen en dat zij dat met name zullen doen wanneer zij in een rechtstreekse rechtsverhouding tot de aanbesteder komen te staan.

Voorbeeld Voor het bouw- en woonrijp maken van een woonwijk moeten naast de gebruikelijke civieltechnische werkzaamheden zoals grondverzet, riolering en verharding ook bodemsaneringwerkzaamheden worden uitgevoerd. Door deze werkzaamheden te splitsen in twee percelen waarbij het ook mogelijk is om op het totaal (in massa) in te schrijven, zal de mededinging worden bevorderd. Ook wordt de kans verkleind dat een wegenbouwaannemer wordt gecontracteerd met een hoog risicobedrag voor de bodemsanering in zijn aannemingssom, terwijl hij die werkzaamheden vervolgens in onderaanneming laat uitvoeren.

Een nadeel van het splitsen van een 'werk' in percelen is natuurlijk dat er meer dan één aanbestedingsprocedure zal moeten worden georganiseerd waardoor de transactiekosten toenemen. Splitsing leidt er bovendien toe dat de aanbesteder met twee of meer nevenaannemers contracten zal moeten sluiten en dat de uitvoering van die contracten afstemmingsrisico's in het leven roept waarvan de gevolgen in beginsel voor zijn rekening komen. Om die risico's te beheersen, zal de aanbesteder rekening moeten houden met het leveren van extra inspanningen met betrekking tot administratie, toezicht en communicatie. Met die nadelen wordt de aanbesteder niet geconfronteerd wanneer hij een 'werk' niet in percelen splitst, maar als één opdracht op de markt zet.

Wanneer een aanbesteder twee of meer gelijksoortige prestaties geclusterd aanbesteedt, worden niet alle hiervoor vermelde nadelen automatisch in voordelen omgezet. Natuurlijk bespaart de aanbesteder op de transactiekosten die kleven aan het organiseren van meer dan één aanbestedingsprocedure. Maar van afstemmingsrisico's is bij het gesplitst uitbesteden van *gelijksoortige* prestaties geen sprake. Daarin kan dus geen doelmatigheidsargument worden gevonden om gelijksoortige prestaties te clusteren. Het belangrijkste argument voor het clusteren van gelijksoortige prestaties tot één opdracht is natuurlijk dat daarmee schaalvoordelen kunnen worden bereikt.

Toelichting Zie eerder ook al hoofdstuk 2, par. 6.2.5.5.

Zeker wanneer de aanbesteder de marktpartijen toestaat om ingeval van een geclusterde opdracht de omvang van de te leveren prestatie zelf te bepalen, kan tot een optimale schaalgrootte worden gekomen. Het mededingingseffect zorgt er dan voor dat het eventuele voordeel van die schaalgrootte naar de aanbesteder gaat. Een verkleining van de schaalgrootte creëert een ruimere markt, waardoor het aantal potentiële inschrijvers en dus de concurrentie toeneemt. Dat heeft weer voordelen voor het midden- en kleinbedrijf, dat zo meer kansen op opdrachten krijgt waardoor ook meer ervaring kan worden opgedaan. Die ervaring kan weer positief bijdragen aan het vergroten van de kans op het verwerven van grotere opdrachten in de toekomst.

Voorbeeld Het onderhoud aan elementenverharding in een grote gemeente kan als één grote opdracht op de markt worden gebracht. Kleinere, lokale stratenmakers-bedrijven zijn vaak echter uitstekend in staat om zelfstandig delen hiervan uit te voeren. Zij zijn vaak flexibeler dan grote wegebouwaannemers en kunnen het werk veelal tegen concurrerende prijzen uitvoeren. De ideale omvang van zo'n opdracht kan bijvoorbeeld worden bepaald door de grenzen van een wijk. Door de mogelijkheid te bieden op één of meer opdrachten (wijken) in te schrijven, bepaalt de markt de optimale schaalgrootte.

Een marktverkenning kan natuurlijk uitwijzen dat er sprake is van een beperkte totaalcapaciteit voor de uitvoering van de geclusterde opdracht. Dan is het clusteren van te veel gelijksoortige prestaties minder verstandig en kan de aanbesteder beter een aantal 'kleinere' opdrachten in de markt zetten. Dat is ook het verstandigst wanneer de marktverkenning uitwijst dat ondernemingen gezamenlijk weliswaar over voldoende capaciteit beschikken, maar iedere onderneming afzonderlijk feitelijk te klein is voor het totaal van de opdracht. Door in zo'n geval in plaats van één grote opdracht een aantal kleinere opdrachten in de markt te zetten, verkleint de aanbesteder bovendien de kans dat een onderneming capaciteit via combinatievorming of via onderaanneming moet inhuren en vergroot hij de mededinging.

Voorbeeld Bij een servicebestek voor gladheidbestrijding komt het vaak voor dat er op enig moment veel materieel nodig is. Het is economisch niet aantrekkelijk om te verlangen van één aannemer dat deze verschillende voertuigen op afroep beschikbaar houdt. Door de korte responstijden is onderaanneming geen aantrekkelijke optie. In zo'n situatie biedt het in de markt zetten van een aantal kleinere opdrachten uitkomst. De opdrachten kunnen dan bijvoorbeeld naar strooiroute van elkaar worden onderscheiden.

5.5 Duurzaam aanbesteden

Aanbesteders die met hun aanbestedingsprocedures willen inzetten op het realiseren van milieu- en sociale doelstellingen – duurzaam aanbesteden – zijn voor wat betreft het formuleren en het toepassen van de (duurzaamheids)eisen in hun vraagspecificaties eveneens gebonden aan de juridische randvoorwaarden van paragraaf 4. Er bestaan inmiddels praktische instrumenten en standaarden die zij in dat verband kunnen gebruiken.

Toelichting Basisinformatie over dit onderwerp is te vinden op de Metrokaart van PIANOo (www.metrokaart.pianoo.nl) onder 'Hoe specificeer ik mijn vraag?' Een overzicht van relevante minimumeisen voor het Programma van Eisen is te vinden in paragraaf 3.2.2 van alle zogenoemde 'Criteriadocumenten' van Duurzaam Inkopen op www.minvrom.nl/duurzaaminkopen of op www.senternovem.nl/duurzaaminkopen, inclusief een toelichting en informatie over het beoordelen van de eisen.

In paragraaf 4.3.3.2 is ook duidelijk gemaakt dat op grond van het gelijkheidsbeginsel het niet mogelijk is bepaalde keurmerken te eisen, noch nationale (zoals bijvoorbeeld 'Nordic Swan' of 'Blaue Engel'), noch internationale (zoals 'EU Ecolabel') zonder daarbij te vermelden dat gelijksoortige keurmerken ook zijn toegestaan. Voor het gemak van aanbesteders zijn in de Criteriadocumenten van Duurzaam Inkopen de belangrijkste gemeenschappelijke duurzaamheidsaspecten en duurzaamheidselementen uit deze keurmerken in eisen overgenomen en worden de keurmerken zelf in de bewijsmiddelen genoemd.

Toelichting Als in de bewijsmiddelen een norm of keurmerk wordt genoemd, moet een gegadigde of inschrijver altijd de mogelijkheid worden geboden een gelijkwaardige oplossing aan te bieden. Bij het noemen van een norm of keurmerk wordt in de Criteriadocumenten daarom steeds de term 'of daaraan gelijkwaardig gebruikt'. De bewijslast van gelijkwaardigheid ligt bij de gegadigde of de inschrijver, de controleplicht bij de aanbesteder.

5.6 Inschrijver als adviseur betrekken bij de vraagspecificatie

In paragraaf 4.2.2 is ingegaan op het betrekken van een marktpartij als adviseur bij het opstellen van de vraagspecificatie. Om het beste met de juridische risico's die daaraan kleven om te gaan, wordt aanbevolen dat aanbesteders zoveel mogelijk de richtlijnen en maatregelen volgen uit de Nota 'Scheiding van belang, beleid tegen belangenverstrengeling bij aanbestedingen'.

Toelichting Deze nota heeft Rijkswaterstaat sinds 1 januari 2008 van kracht verklaard op haar eigen aanbestedingsbeleid. De nota is voor andere aanbesteders dus geen bindend document.

De nota kan ook voor andere aanbesteders dan Rijkswaterstaat nuttig zijn omdat daarin staat aangegeven in welke gevallen de hiervoor bedoelde betrokkenheid kan leiden tot belangenverstrengeling en welke maatregelen getroffen kunnen worden om dit te voorkomen.

Voorbeeld Rijkswaterstaat stelt marktpartijen in de gelegenheid om een 'Belangen-beschermingsplan' dat op hun eigen organisatie is toegesneden ter goedkeuring bij Rijkswaterstaat in te dienen. Als een marktpartij, die wil deelnemen aan zowel de voorbereidingsfase als aan de daarop volgende aanbestedingsprocedure, tijdig om goedkeuring verzoekt en zij die krijgt, heeft zij daarmee de zekerheid dat Rijkswaterstaat haar niet van deelname aan de aanbestedingsprocedure zal uitsluiten.

Welke contractvorm te gebruiken?

4

1 Inleiding

Het uitgangspunt van dit hoofdstuk is dat een aanbesteder een aantal onderling op elkaar afgestemde beslissingen neemt over de te hanteren bouworganisatievorm en vraagspecificatie. Hij zal in dat kader ook een keuze moeten maken voor de bijbehorende contractvorm, in het bijzonder voor de juridisch-administratieve voorwaarden die hij van toepassing wil verklaren op het contract dat hij wil afsluiten met de inschrijver die aan het einde van de aanbestedingsprocedure als beste uit de bus komt. Welke contractvorm hij het beste kan kiezen, is afhankelijk van tal van omstandigheden.

Dit hoofdstuk heeft tot doel aanbesteders te helpen bij het kiezen van de contractvorm die het beste past bij de gegeven omstandigheden. In de eerste plaats wordt aangegeven wat precies wordt bedoeld met het begrip contractvorm (paragraaf 2). Vervolgens komt de vraag aan de orde waarom het belangrijk is dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over de te hanteren contractvorm (paragraaf 3). Daarna zal worden ingegaan op de juridische randvoorwaarden die een aanbesteder in acht moet nemen wanneer hij op het punt staat voor een bepaalde contractvorm te kiezen (paragraaf 4). Gegeven die juridische randvoorwaarden, wordt tot slot ingegaan op de vraag welke contractvorm een aanbesteder het beste vanuit het oogpunt van doelmatigheid kan gebruiken (paragraaf 5).

2 Wat is een contractvorm?

Het begrip contractvorm kwam eerder al kort aan de orde in hoofdstuk 2, waarin het werd onderscheiden van het begrip bouworganisatievorm.

Toelichting Zie hoofdstuk 2, par. 2.2.

De bouworganisatievorm geeft aan op welke wijze de taken die tijdens het bouwproces worden uitgevoerd over de verschillende deelnemers aan het bouwproces zijn verdeeld. De contractvorm betreft de juridische vastlegging van de contractuele afspraken die tussen die deelnemers zijn gemaakt.

Voorbeeld In hoofdstuk 2, par. 2.2, is het voorbeeld gegeven van het zogenoemde bouwteam als voorbeeld van een *bouworganisatievorm*. De ontwerp- en de uitvoeringstaken zijn in die vorm als volgt over de deelnemers aan het bouwproces verdeeld. De aanbesteder laat de ontwerptaak vervullen door een professioneel ontwerper, bijvoorbeeld een architect of een raadgevend ingenieur. Voor de (toekomstige) uitvoering van dat ontwerp heeft de aanbesteder een aannemer op het oog. Teneinde bepaalde voordelen te kunnen behalen, spreken aanbesteder, architect en aannemer onderling af dat de aannemer vanuit diens uitvoeringsdeskundigheid adviezen aan de architect zal geven tijdens de ontwerpfase. Nadat het ontwerp is voltooid, draagt de aanbesteder de uitvoering daarvan op aan de aannemer.

Bij dit voorbeeld van een bouwteam kan het volgende worden opgemerkt over de aard en de inhoud van de *contractvorm* die daarbij hoort. Wat hierna volgt geldt voor de normale gevallen waarin de betrokken partijen geen bijzondere afspraken hebben gemaakt. In die gevallen sluit de aanbesteder een ontwerp-overeenkomst met de architect waarop dan bijvoorbeeld de SR 1997 of de DNR 2005 van toepassing wordt verklaard. Voor de uitvoering van het project zal de aanbesteder een aannemingsovereenkomst met de aannemer sluiten waarop de UAV 1989 van toepassing wordt verklaard. Daarnaast zullen de aanbesteder, de architect en de aannemer een driepartijenovereenkomst sluiten, de zogenoemde bouwteamovereenkomst, bijvoorbeeld met gebruikmaking van het VGBouw Model Bouwteamovereenkomst 1992. In onderling verband bezien regelen de verschillende overeenkomsten dat zowel de architect als de aannemer elk jegens de aanbesteder individueel verantwoordelijk is voor de deugdelijke uitvoering van zijn eigen taak. In de verhouding tot de aannemer is de aanbesteder op zijn beurt juridisch verantwoordelijk voor de wijze waarop de ontwerptaak door de architect is vervuld. Daarenboven geldt dat de aannemer onder omstandigheden juridische medeverantwoordelijkheid jegens de aanbesteder en de architect kan dragen voor de wijze waarop de architect zijn ontwerptaak heeft vervuld. Op die verantwoordelijkheid kan de aannemer bijvoorbeeld worden aangesproken wanneer hij in het kader van zijn adviserende rol een klaarblijkelijke fout van de architect over het hoofd heeft gezien.

Dit zijn normale uitgangspunten van de *contractvorm* die hoort bij de *bouworganisatievorm* bouwteam. Echter, in afwijking van het voorgaande kunnen de betrokken partijen eventueel afwijkende afspraken maken voor wat betreft de aard en de inhoud van de *contractvorm*. Zij kunnen bijvoorbeeld de medeverantwoordelijkheid van de aannemer voor ontwerpfouten van de architect contractueel uitsluiten of, omgekeerd, die medeverantwoordelijkheid tot hoofdregel verheffen. Voor de *bouworganisatievorm* maakt dat echter niets uit: de ontwerp- en de uitvoeringstaak worden elk afzonderlijk nog steeds gescheiden uitgevoerd door de architect respectievelijk de aannemer. Een verandering voor wat betreft de *bouworganisatievorm* treedt pas op wanneer, in het gegeven voorbeeld, de afspraak wordt gemaakt dat de aannemer als lid van het bouwteam een deel van de ontwerptaak volledig voor zijn rekening zal nemen.

In het kader van de Leidraad gaat de aandacht met name uit naar dat deel van de contractvorm waarop een aanbesteder direct invloed kan uitoefenen: de aard en de inhoud van het contract dat hij wil sluiten met de inschrijver van wie de inschrijving aan het einde van de aanbestedingsprocedure als beste uit de bus komt.

Toelichting Het is overigens denkbaar dat een aanbesteder voor een bouworganisatievorm kiest met een bijbehorende contractvorm waarin hij rechtstreeks contracteert met meer dan één deelnemer aan het bouwproces. In dat geval kan hij direct invloed uitoefenen op de aard en de inhoud van al die contracten. Te denken valt aan de variant van de traditionele bouworganisatievorm die in hoofdstuk 2, par. 5.2.3 is behandeld en waarin de aanbesteder de ontwerp-, de uitvoerings-, en de meerjarige onderhoudstaak gescheiden uitbesteedt.

Doordat een aanbesteder direct invloed kan uitoefenen op de aard en de inhoud van het contract dat hij wil sluiten met de 'laagste' inschrijver, kan hij overigens ook *indirect* invloed uitoefenen op de aard en de inhoud van de contracten die de inschrijver op zijn beurt weer zal sluiten met andere deelnemers aan het bouwproces, zoals adviseurs, leveranciers en onderaannemers. De inschrijver zal de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's die de aanbesteder heeft bepaald immers moeten 'doorvertalen' in die andere contracten. Soms zal de wijze waarop die doorvertaling moet plaatsvinden zelfs door de aanbesteder tot in detail kunnen zijn gedicteerd. In zoverre heeft de aanbesteder een belangrijke bepalende rol als het gaat om de aard en de inhoud van – en ook de samenhang tussen – de totaliteit van contracten die binnen een contractvorm als geheel worden gesloten tussen de verschillende deelnemers aan een bouwproces.

Het contract dat een aanbesteder van plan is te sluiten met de winnende inschrijver behelst in de regel zowel technische als juridisch-administratieve voorwaarden.

Toelichting Het begrip technische voorwaarden wordt vooral gebruikt om een onderscheid te kunnen maken met de juridisch-administratieve voorwaarden, die hierna aan de orde komen. Bij technische voorwaarden wordt in feite gedoeld op de eisen die zijn opgenomen in de vraagspecificatie. In hoofdstuk 3 is daarop meer uitvoerig ingegaan. In essentie wordt aan de hand van die eisen gespecificeerd 'wat' er volgens het contract moet worden gebouwd, geïnstalleerd of aangelegd. Afhankelijk van de mate van oplossingsvrijheid die de aanbesteder in dat kader aan zijn wederpartij heeft geboden, kan in die eisen bovendien zijn bepaald 'hoe' dat precies moet gebeuren.

De juridisch-administratieve voorwaarden van het contract kunnen worden beschouwd als het verdere kader van afspraken waarbinnen de eisen – technische voorwaarden – van de vraagspecificatie moeten worden opgelost. Zulke contractvoorwaarden beschrijven als het ware in niet-technische zin wat de belangrijkste verplichtingen en verantwoordelijkheden van partijen zijn.

Voorbeeld § 6 lid 1 UAV 1989 – "De aannemer is verplicht het werk uit te voeren naar de bepalingen van de overeenkomst zonder aanspraak op verrekening, bijbetaling of schadevergoeding te kunnen doen gelden dan in de gevallen, waarin dat bepaaldelijk voorgeschreven of kennelijk bedoeld is. Hij is verplicht al datgene te verrichten, wat naar de aard van de overeenkomst door de wet, de billijkheid of het gebruik wordt gevorderd of tot een behoorlijke aanwending der bouwstoffen behoort."

In de contractvoorwaarden kan ook nader zijn bepaald welke garanties de marktpartij moet geven, hoe de geschillenregeling luidt en hoe een bepaalde procedure moet verlopen tijdens de uitvoering van het contract.

Voorbeeld § 23 lid 1 UAV-GC 2005 – “De in deze paragraaf omschreven acceptatieprocedure is van toepassing op de Acceptatie van de in het acceptatieplan vastgelegde Documenten, zelfstandige hulppersonen, Werkzaamheden en resultaten van Werkzaamheden, alsmede op de Acceptatie van de in § 15 lid 3 genoemde Wijzigingen waartoe de Opdrachtnemer het initiatief neemt.”

Belangrijk is ook dat in de contractvoorwaarden is bepaald wie voor welke risico's instaat wanneer deze zich onverhoopt tijdens de uitvoering van het contract zouden manifesteren.

Voorbeeld Gelet op de aard van een DBFM(O) overeenkomst, waarbij de marktpartij verantwoordelijk is voor het ontwerp, de bouw, de financiering en het langdurig onderhoud, gaan de Rijksbrede Model DBFM(O) Overeenkomsten uit van de regeling dat alle risico's bij de marktpartij liggen, tenzij er expliciet bepaalde risico's in de overeenkomst bij de aanbesteder zijn gelegd.

De juridisch-administratieve voorwaarden kunnen net als de technische voorwaarden – de eisen – onderdeel zijn van de vraagspecificatie, doch dat behoeft niet altijd het geval te zijn.

Toelichting Juridisch relevant is dat laatste overigens niet, aangezien de contractvoorwaarden hoe dan ook onderdeel vormen van het contract dat tussen partijen is gesloten en in die zin dus voor beide partijen bindend zijn.

Een helder onderscheid tussen technische en juridisch-administratieve voorwaarden valt in de praktijk overigens niet altijd te maken, getuige het feit dat een bepaald aspect nu eens in de technische voorwaarden en dan weer in de juridisch-administratieve voorwaarden is geregeld. Om dezelfde reden als die welke hiervoor werd aangegeven, is het hier bedoelde onderscheid juridisch gezien niet zo relevant.

Een illustratie van het niet altijd even heldere onderscheid betreft bijvoorbeeld de procedure die partijen met elkaar afspreken over de kwaliteitsborging. Soms is die procedure geregeld in de technische voorwaarden, soms in de juridisch-administratieve voorwaarden.

Zowel technische als juridisch-administratieve voorwaarden kunnen nader worden onderscheiden in gestandaardiseerde en projectspecifieke voorwaarden. Gestandaardiseerde voorwaarden zijn ontwikkeld met het oog op toepassing op toekomstige te sluiten overeenkomsten.

Voorbeeld Gestandaardiseerde technische voorwaarden zijn bijvoorbeeld terug te vinden in het standaard RAW -bestek en in de STABU-bestekssystematiek.

De bekendste gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden die in de bouw worden gehanteerd, zijn ontwikkeld door vertegenwoordigers van (organisaties van) opdrachtgevers en marktpartijen gezamenlijk.

Voorbeeld Zie bijvoorbeeld SR 1988, UAV 1989, UAV-TI 1992, AVA 1992, UAV-GC 2005, Modelovereenkomst van Onderaanneming 1993 met voorwaarden van onderaanneming, Model Verbouwingsovereenkomst 1998 met Algemene Voorwaarden voor Verbouwingen 1998 en de Toelichting Verbouwingsovereenkomst 1998 en Leverings- en betalingsvoorwaarden consumentenwerk installerende bedrijven.

Er wordt in de bouw echter ook veelvuldig gebruikgemaakt van gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden die eenzijdig zijn ontwikkeld door (een organisatie van) opdrachtgever(s) of (een organisatie van) marktpartij(en).

Voorbeeld Gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden die eenzijdig door organisaties van marktpartijen zijn opgesteld, zijn: SR 1997, RVOI 2001, DNR 2005, ALIB 2007 en Model Bouwteamovereenkomst 1992. Voorbeelden van gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden die eenzijdig door de overheid zijn opgesteld, zijn: ARVODI 2008 en de Rijksbrede Model DBFM(O) Overeenkomsten.

De aanduiding eenzijdig brengt hier alleen tot uitdrukking dat de contractvoorwaarden zijn ontwikkeld zonder dat over de inhoud daarvan is meebeslist door (organisaties van) de wederpartij van de gebruiker van de voorwaarden. Het begrip moet in deze context dus niet normatief worden opgevat.

Projectspecifieke juridisch-administratieve voorwaarden zijn voorwaarden die allereerst zijn bedoeld voor eenmalig gebruik in de zin dat zij speciaal zijn ontwikkeld voor toepassing op een specifiek contract voor de realisatie van een specifiek project. Zij worden vaak gebruikt in samenhang met bestaande gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden. Het doel van de projectspecifieke contractvoorwaarden is dan – voor het specifieke project – een aanvulling en/of afwijking te geven op de gestandaardiseerde contractvoorwaarden.

Projectspecifieke aanvullingen en/of afwijkingen kunnen een gestandaardiseerd karakter krijgen wanneer ze op de reguliere gestandaardiseerde contractvoorwaarden 'standaard' worden toegepast bij de realisatie van toekomstige projecten.

Voorbeeld Nadat de UAV-GC 2005 door alle betrokken partijen was vastgesteld, heeft RWS besloten om de zogenaamde "Annex XII" vast te stellen. Hiermee wijkt RWS bij contractering – waarbij gebruik wordt gemaakt van de UAV-GC 2005 – af van de inhoud van bepaalde paragrafen van de UAV-GC 2005.

3 **Waarom moet de contractvorm goed zijn doordacht?**

Een aanbesteder heeft met een bouwproces het bereiken van een bepaald resultaat voor ogen. Dat resultaat kan worden omschreven in termen van kwaliteit, kosten en tijd, waarbij het ene aspect soms wat belangrijker voor de aanbesteder zal zijn dan het andere, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Toelichting Zie hierover met name par. 4.1 van hoofdstuk 1 en ook par. 3.1 van hoofdstuk 2.

Vanuit het beoogde resultaat alsook de accenten die hij zal willen leggen wat betreft de aspecten kwaliteit, kosten en tijd, zal de aanbesteder voor een bepaalde inrichting van het totale bouwproces moeten kiezen. Eerder werd al duidelijk dat in dat verband met name goed zal moeten worden nagedacht over de keuze van de bouworganisatievorm.

Toelichting Zie hierover met name par. 2.1 en par. 3.1 van hoofdstuk 2.

De bouworganisatievorm zegt namelijk iets over de verdeling, de aard en de omvang van de taken van de verschillende partijen die aan het bouwproces zullen gaan deelnemen. Die taakvervulling kan op heel veel verschillende manieren worden georganiseerd. Het is belangrijk dat de aanbesteder de taken invult vanuit de doelstellingen die hij met het bouwproces wenst te bereiken. Bovendien moet de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm goed worden afgestemd op de keuzes die worden gemaakt in het kader van de vraagspecificatie.

Toelichting Zie hierover met name par. 3 van hoofdstuk 3. Vraagspecificatie en bouworganisatievorm liggen in elkaars verlengde. Vraagspecificaties verschillen van elkaar voor wat betreft de mate van oplossingsvrijheid die zij aan de markt bieden. Dat betekent dat elke vraagspecificatie een weerspiegeling moet zijn van de aard en de omvang van de invloed op het bouwproces, zoals de aanbesteder voor zichzelf en voor de door hem ingeschakelde marktpartijen ziet weggelegd, getuige zijn keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm. Invloed op het bouwproces en oplossingsvrijheid zijn wat dat betreft inwisselbare begrippen.

In feite kan de contractvorm aan het hierboven genoemde keuzepalet worden toegevoegd. De invloed op het bouwproces met bijbehorende oplossingsvrijheid die aan de markt is geboden, moet immers op een consistente manier zijn juridische vertaling vinden in de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's.

Voorbeeld Het is niet consistent wanneer een aanbesteder kiest voor een variant van de traditionele bouworganisatievorm, in dat kader een bestek met louter gedetailleerde technische eisen in de markt zet zonder noemenswaardige oplossingsvrijheid voor de markt, om vervolgens de UAV-GC 2005 – met bijbehorende ontwerpaansprakelijkheid voor de markt – van toepassing te verklaren op het contract.

Een aanbesteder moet de contractvorm – en dan met name de aard en inhoud van de contractvoorwaarden – niet alleen goed doordenken vanuit de gewenste consistentie met de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie. Hij moet dat ook doen vanuit het perspectief van beslissingen die hij moet nemen over een aantal andere belangrijke aspecten van het aanbestedingsproces.

Toelichting Zie hoofdstuk 1, par. 4.1 en hoofdstuk 2, par. 3.2, waarin is gewezen op de samenhang tussen beslissingen die de aanbesteder in de aanbestedingsfase neemt over de aspecten bouworganisatievorm, vraagspecificatie, contractvorm, aanbestedingsprocedure, informatie-uitwisseling en gunningscriterium. In de hoofdstukken waarin deze aspecten aan de orde komen wordt nader op die onderling consistente afstemming ingegaan.

Een voorbeeld van een inconsistente afstemming is het formuleren van een kwalitatieve geschiktheidseis over de ervaring van een gegadigde of inschrijver met kwaliteitsborging op het punt van ontwerprisico's, terwijl uit de contractvorm – in het bijzonder de van toepassing verklaarde juridisch-administratieve voorwaarden – blijkt dat de aansprakelijkheid van de toekomstige aannemer voor dergelijke risico's volledig is uitgesloten.

Los hiervan is een goed doordachte contractvorm ook op zichzelf een belangrijk onderdeel van de procesinrichting die een aanbesteder kiest vanuit de optiek van het beoogde resultaat.

In de eerste plaats omdat de keuze voor een bepaalde contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's zich in de regel bedrijfseconomisch zal vertalen in de hoogte van de inschrijvingen. Wanneer er meer verantwoordelijkheden en risico's bij de markt worden gelegd dan vanuit het perspectief van de oplossingsruimte die aan de markt is geboden voor de hand ligt, zou zich wel eens de situatie kunnen voordoen dat de aanbesteder uiteindelijk betaalt voor waarde die niet wordt gecreëerd.

Voorbeeld In het kader van de voorgenomen uitvoering van de aanleg van een provinciale weg kiest de aanbesteder voor de traditionele bouworganisatievorm. De vraagspecificatie heeft de aanbesteder gedetailleerd laten uitwerken tot op besteksniveau. In dat bestek zijn technische keuzes gemaakt voor wat betreft de afstemming tussen het ontwerp en de geotechnische bodemgesteldheid. De aanbesteder is van plan om op de aannemingsovereenkomst met de uitvoerend wegenbouwer de UAV 1989 van toepassing te verklaren. In § 5 lid 2 UAV 1989 is onder andere bepaald: "De opdrachtgever draagt de verantwoordelijkheid voor de door of namens hem voorgeschreven constructies en werkwijzen, daaronder begrepen de invloed die daarop door de bodemgesteldheid wordt uitgeoefend (...)." De aanbesteder wijzigt die bepaling echter als volgt: "De aannemer draagt de verantwoordelijkheid voor de door of namens de opdrachtgever voorgeschreven constructies en werkwijzen, daaronder begrepen de invloed die daarop door de bodemgesteldheid wordt uitgeoefend (...)."

In dit voorbeeld impliceert de aanpassing van § 5 lid 2 UAV 1989 in feite een verplaatsing van een bepaald risico van de aanbesteder naar de aannemer. Dat leidt tot een andere juridische risicoverdeling dan die welke geëigend zou zijn op basis van de gekozen bouworganisatievorm en vraagspecificatie. Die gewijzigde risicoverdeling is zodanig dat de aannemer met een risico wordt belast dat niet dan wel onvoldoende door hem zal kunnen worden beheerst. Dat risico zal hij dus moeten afdekken in zijn inschrijving. Uitgaande van de veronderstelling dat alle aan de aanbesteding deelnemende marktpartijen dat zullen doen, leidt de geschetste gang van zaken tot hogere prijsaanbiedingen dan wanneer de aanbesteder niet zou zijn overgegaan tot het wijzigen van § 5 lid 2 UAV 1989. Die hogere prijsaanbiedingen zijn op zich niet problematisch als het risico waarvoor de gewijzigde bepaling een voorziening treft zich vervolgens ook daadwerkelijk voordoet. Zou de aanbesteder § 5 lid 2 UAV 1989 immers ongewijzigd hebben gelaten, dan zouden de kosten die gemoeid zijn met het beheersen van het risico immers hoe dan ook door hem gedragen moeten worden. Het bezwaar schuilt echter in het geval waarin het in § 5 lid 2 UAV 1989 geschetste risico zich uiteindelijk *niet* voordoet. Het moge duidelijk zijn dat de aanbesteder in zo'n geval beter af is met een ongewijzigde § 5 lid 2 UAV 1989.

In het voorafgaande is uitgegaan van de veronderstelling dat alle aan de aanbesteding deelnemende marktpartijen de gewijzigde risicoverdeling, zoals die volgt uit aanpassing van § 5 lid 2 UAV 1989, in hun inschrijvingen zullen afdekken door middel van een risico-opslag. Niet uitgesloten is echter dat sommige aannemers dat om hen moverende redenen niet zullen doen. De aanbesteder loopt in dat geval het risico uiteindelijk te contracteren met een aannemer die in zijn inschrijving geen rekening heeft gehouden met het risico dat aan hem op grond van de gewijzigde § 5 lid 2 UAV 1989 is toebedeeld. Eventuele bezwaren die hieraan kleven, zullen zich vervolgens niet zozeer tijdens de aanbestedingsfase, maar tijdens de uitvoering van het project voordoen. Als het (niet afgedekte) risico zich dan immers verwezenlijkt, zal de aannemer met meerkosten worden geconfronteerd waarvoor hij geen voorziening heeft getroffen. Niet uitgesloten is dat hij alsnog zal proberen die meerkosten af te wentelen op de aanbesteder, bijvoorbeeld door de juridische houdbaarheid van de gewijzigde § 5 lid 2 UAV 1989 civielrechtelijk ter discussie te stellen (zie daarvoor par 4.2.3). Ook al zou dat geen soelaas bieden, de geschetste gang van zaken is ook vanuit het oogpunt van doelmatigheid onwenselijk. Contractuele geschillen leiden in de regel tot een verhoging van de transactiekosten die met de realisatie van het project gemoeid zijn.

In de tweede plaats is een goed doordachte contractvorm van belang omdat de aanbesteder met de keuze voor een bepaalde contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's zijn toekomstige verhaalsmogelijkheden bepaalt. Wanneer de aanbesteder minder verantwoordelijkheden en risico's bij de markt legt dan voor de hand ligt gegeven de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm en vraagspecificatie, dan kan dat ertoe leiden dat hij uiteindelijk zelf moet betalen voor risico's die eigenlijk bij zijn wederpartij zouden moeten liggen.

Voorbeeld Een dergelijke discussie kan zich voordoen bij aanbesteders die overwegen om in alliantie met een marktpartij een project te realiseren. In het afwegingskader om tot een alliantie over te gaan, is de vraag relevant of de risico's door de aanbesteder of door de beide partijen gezamenlijk te beheersen zijn.

Daarmee is overigens niet gezegd dat het bieden van een ruime mate van oplossingsvrijheid aan de markt zich altijd moet vertalen in een ruime contractuele toedeling van verantwoordelijkheden en risico's. Het hangt er uiteindelijk van af welk doel de aanbesteder met het bouwproces wenst te bereiken en waaraan hij in dat kader het meeste belang hecht.

Voorbeeld Wanneer een aanbesteder het belangrijk vindt dat innovatie vanuit de markt wordt bevorderd, ligt het voor de hand een ruime mate van oplossingsvrijheid aan de markt te bieden. Daar lijkt dan op het eerste gezicht een vergaande contractuele toedeling aan de markt van verantwoordelijkheden en risico's bij te horen. Een aanbesteder moet zich echter realiseren dat daarmee de kans bestaat dat alsnog de rem op het innovatieve vermogen van de markt wordt gezet.

Afgezien van de hiervoor vermelde overwegingen zal een aanbesteder er ook goed aan doen de te hanteren contractvorm vooraf te doordenken vanuit juridisch perspectief.

Toelichting In par. 4 wordt meer uitvoerig ingegaan op de juridische randvoorwaarden die een aanbesteder in het kader van de contractvorm in acht moet nemen.

Beslissingen die een aanbesteder neemt over de te hanteren contractvorm kunnen in de aanbestedingsfase mogelijk op aanbestedingsrechtelijke bezwaren stuiten, bijvoorbeeld omdat een aanbesteder disproportionele contractvoorwaarden van toepassing verklaart. Ook in een later stadium van het bouwproces kan eventueel op grond van met name het contractenrecht nog ten nadele van de aanbesteder tegen dergelijke contractvoorwaarden worden opgetreden. Dergelijke geschillen genereren onnodig(e) transactiekosten en kunnen er bovendien toe leiden dat de realisatie van het project als geheel onnodig wordt vertraagd.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

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

Een aanbesteder is in beginsel vrij om te bepalen welke contractvorm hij zal gaan hanteren. Daarmee wordt bedoeld dat er geen wet- en regelgeving bestaat die de aanbesteder belemmert bij het nemen van beslissingen over de aard en de inhoud van – en de samenhang tussen – de verschillende contracten die tussen die deelnemers aan het bouwproces worden gesloten. Hierbij moeten echter wel enkele kanttekeningen worden geplaatst.

4.2 Kanttekeningen

4.2.1 Interne beleidsrichtlijnen

De aanbestedder kan bij zijn keuze – met name voor de juridisch-administratieve voorwaarden die hij van toepassing wenst te verklaren – worden belemmerd door interne beleidsrichtlijnen die het (ongewijzigd) toepassen van bepaalde contractvoorwaarden verbieden.

Toelichting Deze interne richtlijnen kunnen bijvoorbeeld bepalen aan welke criteria moet zijn voldaan om gebruik te mogen maken van gestandaardiseerde voorwaarden. Hierbij kan het dan zowel gaan om ‘eigen’ voorwaarden van de organisatie als om andere gestandaardiseerde voorwaarden. Gesteld dat aan die criteria is voldaan, dan kunnen de beleidsrichtlijnen daarenboven bepalen welke gestandaardiseerde voorwaarden wel en niet mogen worden gehanteerd – en in welke gevallen dat (niet) mag – alsook wanneer dergelijk gebruik alleen maar is toegestaan onder de voorwaarde dat dit gebeurt in combinatie met aanvullende projectspecifieke voorwaarden. Daarbij kan dan ook weer een onderscheid worden gemaakt tussen aanvullende projectspecifieke voorwaarden met een ‘standaard’ karakter, in de zin dat zij als aanvulling kunnen worden gebruikt bij meerdere projecten, en projectspecifieke voorwaarden die zijn opgesteld of nog moeten worden opgesteld voor het project in kwestie. Zie in dit verband ook par. 2 hierboven.

Nadrukkelijk wordt aanbevolen dat aanbesteders nagaan of zij bij hun keuze voor een bepaalde contractvorm rekening moeten houden met eventuele interne beleidsrichtlijnen.

4.2.2 Aanbestedingsrechtelijke grenzen

Beslissingen met betrekking tot de te hanteren contractvorm kunnen op bezwaren stuiten vanuit aanbestedingsrechtelijke optiek. Meer specifiek gaat het dan om het van toepassing verklaren van onevenwichtige juridisch-administratieve voorwaarden op het contract.

Toelichting Van onevenwichtigheid kan sprake zijn als zonder goede grond wordt afgeweken van een of meer grondprincipes van het (bouw)contractenrecht. Die principes komen erop neer dat een marktpartij de juridische verantwoordelijkheid draagt voor de gevolgen van beslissingen die zij zelf in het bouwproces heeft kunnen nemen. De aanbestedder is op zijn beurt verantwoordelijk voor de gevolgen van zijn eigen beslissingen. Er kan daarbij overigens ook van medeverantwoordelijkheid van de marktpartij sprake zijn als de marktpartij de aanbestedder had behoren te behoeden voor die gevolgen. Een ander grondprincipe is dat van buitenaf komende risico's moeten worden neergelegd bij die partij die deze risico's het beste kan beheersen.

Wanneer van een of meer van deze principes wordt afgeweken, kan er sprake zijn van onevenwichtigheid in de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's. Of dat in het concrete geval ook inderdaad zo is, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval.

Er kan op twee niveaus sprake zijn van een onevenwichtigheid. Het eerste niveau is als de van toepassing verklaarde juridisch administratieve voorwaarden zich als geheel niet goed verhouden tot de gekozen bouworganisatievorm en de daarmee verband houdende vraagspecificatie. Een voorbeeld is wanneer de aanbesteder een variant van de traditionele bouworganisatievorm toepast, de vraagspecificatie tot op besteksniveau is uitgewerkt en niet of nauwelijks oplossingsvrijheid aan de markt biedt en de aanbesteder vervolgens laat weten de UAV-GC 2005 in plaats van de UAV 1989 van toepassing te zullen verklaren op het contract. In dit voorbeeld is de keuze van een bepaalde set van standaardvoorwaarden als geheel genomen inconsistent met een aantal andere keuzes die in het aanbestedingsproces zijn gemaakt. Hier is sprake van afwijken van de grondprincipes 'over de volle linie'.

Een onevenwichtigheid kan zich ook op een ander niveau voordoen. Een voorbeeld is dat de aanbesteder wel standaardvoorwaarden van toepassing verklaart die consistent zijn met de gekozen bouworganisatievorm en de vraagspecificatie. In het gegeven voorbeeld zou dat de UAV 1989 zijn. Echter, hij verklaart daarbij in aanvulling op en in afwijking van de UAV 1989 een aantal projectspecifieke contractvoorwaarden van toepassing. Deze houden slechts op onderdelen een afwijking van de grondprincipes in.

Het hanteren van onevenwichtige contractvoorwaarden kan tot gevolg hebben dat daarmee de mededinging op ongeoorloofde wijze wordt beperkt.

Bron Zie: *Public procurement for Research and Innovation*, Expert Group Report for the European Commission (Directorate-General for Research), september 2005, met name hoofdstuk 6.2 van het rapport. De onderzoekscommissie wijst er op dat het gebruik van onevenwichtige voorwaarden een concurrentie- en innovatiebeperkend effect kan hebben.

De situatie die zich dan voordoet, kan in feite worden vergeleken met de in hoofdstuk 3, paragraaf 4.3.2.1 beschreven situatie dat de aanbesteder in zijn vraagspecificatie zulke disproporionele eisen opneemt dat slechts een (te) klein aantal marktpartijen aan die eisen kan voldoen. Waar het hier uiteindelijk om gaat, is of de van toepassing verklaarde juridisch-administratieve voorwaarden voldoen aan het aanbestedingsrechtelijk beginsel van proportionaliteit.

Voorbeeld Dit voorbeeld ligt in de sfeer van verschuiving van verantwoordelijkheden in afwijking van de wet en/of veelvuldig in de bouw toegepaste gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden. Een gemeente besteedt de uitvoering van de bouw van een nieuw stadhuis aan. De aanbesteder heeft geopteerd voor een variant van de traditionele bouworganisatievorm. De vraagspecificatie is gedetailleerd uitgewerkt tot op besteksniveau. In dat bestek zijn technische keuzes gemaakt voor wat betreft de afstemming tussen het ontwerp en de geotechnische bodemgesteldheid. Een van de juridisch-administratieve voorwaarden die de aannemer van toepassing verklaart, is als volgt geformuleerd: "De aannemer draagt de verantwoordelijkheid voor de door

of namens de opdrachtgever voorgeschreven constructies en werkwijzen, daaronder begrepen de invloed die daarop door de bodemgesteldheid wordt uitgeoefend.”

Een dergelijke juridisch-administratieve voorwaarde wijkt af van de ‘normale’ regelingen die staan in art. 7:760 leden 2 en 3 Burgerlijk Wetboek en in § 5 lid 2 UAV 1989. Omdat deze regelingen echter niet van dwingend recht zijn – hetgeen inhoudt dat partijen daar in hun overeenkomst van mogen afwijken – is het civielrechtelijk niet verboden een voorwaarde te stellen zoals is gebeurd in het gegeven voorbeeld. Echter, het is wel denkbaar dat zo’n voorwaarde slechts door een zeer beperkt aantal in de opdracht geïnteresseerde marktpartijen kan worden nageleefd en dat er als gevolg daarvan (te) weinig marktpartijen op de aanbesteding afkomen. Het stellen van zo’n voorwaarde kan dus een ongeoorloofd mededingingsbeperkend effect hebben.

Voorbeeld

Een ander voorbeeld van mogelijk onevenwichtige contractvoorwaarden ligt in de sfeer van de contractuele regeling van intellectuele eigendomsrechten op ideeën die de winnende inschrijver mogelijk genereert gedurende de uitvoering van de overeenkomst. Dit is met name relevant in het kader van die bouworganisatievormen waarbij een contractpartij – als gevolg van de ruimte die er in de vraagspecificatie bestaat – ook inderdaad in de positie is om ideeën te genereren die onderwerp kunnen zijn van een intellectueel eigendomsrecht: (varianten van) de geïntegreerde bouworganisatievorm en de alliantie.

De belangrijkste regeling van deze kwestie is § 40 UAV-GC 2005. Deze regeling is afgeleid van de regeling van intellectuele eigendomsrechten in andere gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden – de SR 1997 en de RVOI 2001 – die vervolgens weer zijn overgenomen en samengevoegd in de artt. 45 t/m 48 DNR 2005. De inhoud van deze regelingen is primair afgestemd op bescherming van de belangen van de marktpartij die bij de overeenkomst is betrokken. Ook voorzien de bepalingen er in dat een opdrachtgever – met instemming van de marktpartij – ideeën waarop intellectuele eigendomsrechten van de marktpartij rusten, kan (her)gebruiken. Aanbesteders wijken nog wel eens van deze regelingen af. Een bekend voorbeeld is de standaardafwijking die Rijkswaterstaat bij toepassing van de UAV-GC 2005 hanteert in de zogenoemde Annex XII. Met die afwijking heeft de aanbesteder voor hergebruik van ideeën van de marktpartij niet langer meer de instemming van die marktpartij nodig.

Of een dergelijke afwijking de regeling van § 40 UAV-GC 2005 onevenwichtig maakt, is overigens de vraag. Overheidsopdrachtgevers zijn niet betrokken geweest bij de totstandkoming van de SR 1997, de RVOI 2001 en de DNR 2005. Zij waren wel betrokken bij de totstandkoming van de UAV-GC 2005, maar namen over de gewenste inhoud van de regeling van § 40 UAV-GC 2005 een minderheidstandpunt in.

In dit verband kan bovendien op recente ontwikkelingen in de GWW-sector worden gewezen. Binnen die sector is een werkcommissie bezig met het formuleren van voorstellen ter uitwerking van het op 1 november 2007 gesloten zogenoemde 'Convenant van Maarssen'. Ondertekenaars van dat convenant zijn: RWS, Bouwend Nederland, ONRI, CROW en Octrooiencentrum Nederland. De achtergrond van dit convenant is de wens van betrokken partijen om te komen tot doorbreking van de al langer bestaande hiervoor geschetste (ongewenste) situatie waarin een aantal ogenschijnlijk tegenstrijdige belangen met elkaar wedijveren. Bouwbedrijven (en ingenieursbureaus), zo is de gedachte, zouden een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan innovatie. Echter, om innovatief te kunnen zijn en te blijven, hebben ze een redelijk rendement alsook bescherming van hun intellectueel eigendom nodig. Tegelijkertijd wil de overheid als opdrachtgever niet afhankelijk zijn van één leverancier met een kennismonopolie, maar binnen bepaalde randvoorwaarden vrij kunnen beschikken over intellectuele eigendomsrechten van marktpartijen. De ondertekenaars van het convenant zoeken de oplossing van het geschetste dilemma in een systeem van open licenties waarbij bedrijven hun octrooien, modelrechten of auteursrechten in licentie aan elkaar of aan de Nederlandse overheid beschikbaar stellen tegen een redelijke vergoeding. Een werkcommissie is op dit moment bezig dit systeem uit te werken in nadere regels die op termijn mogelijk consequenties kunnen hebben voor de regeling in § 40 UAV-GC 2005 en aanverwante regelingen.

Met het voorgaande is zeker niet gezegd dat elke door een aanbesteder geformuleerde juridisch-administratieve voorwaarde die de marktwerking op de een of andere manier beperkt, per definitie aanbestedingsrechtelijk ontoelaatbaar zou zijn. Als er immers voldoende marktpartijen aan de aanbestedingsprocedure deelnemen en de mededinging haar werk ten volle kan doen, zal de betreffende voorwaarde in beginsel niet op aanbestedingsrechtelijke bezwaren behoeven te stuiten.

Toelichting Het voorgaande geldt ook wanneer als gevolg van de handelwijze van de aanbesteder een bepaald deel van de markt als het ware buiten spel wordt gehouden. Denkbaar is bijvoorbeeld dat er op zich voldoende marktpartijen bereid zijn om in te schrijven, ondanks het feit dat de aanbesteder met zijn juridisch-administratieve voorwaarden op onderdelen afwijkt van de grondprincipes. Het maakt dan vervolgens voor de discussie niet uit dat die marktpartijen als gevolg van de gestelde voorwaarden allemaal uit hetzelfde, beperkte marktsegment van grote en financieel draagkrachtige ondernemingen afkomstig zijn en dat kleinere en financieel minder draagkrachtige marktpartijen niet aan de aanbestedingsprocedure deelnemen. Het beperkt houden van de markt via de band van de eisen in de vraagspecificatie en/of de inhoud van juridisch-administratieve voorwaarden is aanbestedingsrechtelijk niet verboden, zo lang er maar sprake blijft van voldoende mededinging. Het wordt pas anders wanneer de aanbesteder de markt probeert te beperken via het stellen van disproportionele kwalitatieve geschiktheidseisen die geen redelijk verband meer houden met de te leveren prestatie (zie hoofdstuk 7).

Aanbesteders moeten zich overigens realiseren dat het sterk afhankelijk zal zijn van de (economische) marktsituatie of inschrijvers zich door bepaalde juridisch-administratieve voorwaarden laten afschrikken van deelname aan een aanbestedingsprocedure.

4.2.3 Risico van contractenrechtelijk ingrijpen achteraf

In de vorige paragraaf ging het om de mogelijke aanbestedingsrechtelijke implicaties van onevenwichtige juridisch-administratieve voorwaarden. Onevenwichtige contractvoorwaarden – in de zin dat zonder goede reden wordt afgeweken van een aantal (bouw)contractenrechtelijke grondprincipes – kunnen de aanbesteder ook anderszins in een juridische procedure doen belanden.

Een inschrijver die met een aanbesteder contracteert op basis van vermeend onevenwichtige juridisch-administratieve voorwaarden, zou na contractsluiting de rechter kunnen vragen een of meer van die voorwaarden uit het contract te schrappen op grond van de zogenoemde beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Bron Art. 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek – “Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”

Onder welke omstandigheden een dergelijke vordering bij de rechter kans van slagen heeft, is op grond van de stand van de jurisprudentie op dit moment nog moeilijk te voorspellen. De zeer beperkte (lagere) jurisprudentie die er nu ligt, gaat er voorsnog van uit dat aanbesteders over de nodige speelruimte beschikken voor wat betreft de invulling van de juridisch-administratieve voorwaarden. Aanbesteders wordt desalniettemin geadviseerd alert te zijn op het eventuele risico van rechterlijk ingrijpen achteraf.

Toelichting Over het algemeen zijn rechters zeer terughoudend met het schrappen van bepalingen uit contracten die tot stand zijn gekomen tussen professionele partijen. Het contractenrecht zoals dat in de wet is geregeld, kent voor contracten die tussen professionele partijen worden gesloten namelijk weinig tot geen dwingendrechtelijke bepalingen. Professionele partijen hebben de vrijheid om – binnen de grenzen van de wet, openbare orde en goede zeden – hun contractuele rechtsverhouding naar eigen inzichten in te richten. Rechters gaan niet graag op de stoel van professionele partijen zitten, omdat die over het algemeen immers uitstekend voor zichzelf (hebben) kunnen spreken (op het moment van contractsluiting).

Het argument dat een marktpartij in de context van een aanbesteding echter zou kunnen aanvoeren, wanneer hij zich beroept op de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid, is dat de mogelijk onevenwichtige juridisch-administratieve voorwaarden eenzijdig door de aanbesteder zijn opgelegd, zonder dat de marktpartij daarover onderhandelingsmogelijkheden had. Zoals in hoofdstuk 9 blijkt, stelt het aanbestedingsrecht immers grenzen aan die onderhandelingsmogelijkheden. Een tegenargument van de aanbesteder zou vervolgens kunnen zijn dat de marktpartij vrijwillig heeft ingeschreven en

het contract – met inbegrip van de van toepassing verklaarde juridisch-administratieve voorwaarden – in vrijheid is aangegaan.

In dit verband moet overigens worden herhaald wat in paragraaf 2 is opgemerkt, namelijk dat een aantal van de gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden die in de bouw worden gehanteerd, zijn ontwikkeld door vertegenwoordigers van (organisaties van) opdrachtgevers en marktpartijen gezamenlijk.

Voorbeeld Zie bijvoorbeeld SR 1988, UAV 1989, UAV-TI 1992, AVA 1992, UAV-GC 2005, Modelovereenkomst van Onderaanneming 1993 met voorwaarden van onderaanneming, Model Verbouwingsovereenkomst 1998 met Algemene Voorwaarden voor Verbouwingen 1998 en de Toelichting Verbouwingsovereenkomst 1998 en Leverings- en betalingsvoorwaarden consumentenwerk installerende bedrijven.

Aangenomen mag worden dat wanneer deze gestandaardiseerde voorwaarden ongewijzigd worden gehanteerd in de context waarvoor ze zijn bedoeld – lees: dat ze van toepassing worden verklaard in samenhang met een consistente keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm met bijbehorende vraagspecificatie – een beroep van een marktpartij op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid geen kans van slagen zal hebben. Bij het opstellen van deze gestandaardiseerde voorwaarden is namelijk over het algemeen goed rekening gehouden met bezwaren die eventueel op grond van wet- en regelgeving, maar ook op grond van ontwikkelingen in de jurisprudentie, zouden kunnen rijzen ten aanzien van de inhoud van die voorwaarden.

5 Wanneer is een contractvorm doelmatig?

5.1 Vertrekpunt

Binnen de juridische randvoorwaarden uit de vorige paragraaf is de aanbesteder vrij om te bepalen welke contractvorm hij zal hanteren. Dat geldt in het bijzonder voor de aard en de inhoud van de juridisch-administratieve voorwaarden die hij van toepassing wil verklaren op het contract dat hij wil gaan sluiten met de inschrijver die aan het einde van de aanbestedingsprocedure als beste uit de bus komt. De volgende paragrafen gaan in op de vraag welke contractvorm wanneer doelmatig is en door welke overwegingen een aanbesteder zich bij zijn keuze het beste kan laten leiden.

5.2 Gestandaardiseerde en/of projectspecifieke contractvoorwaarden?

In paragraaf 2 is gewezen op het onderscheid dat kan worden gemaakt tussen gestandaardiseerde en projectspecifieke juridisch-administratieve voorwaarden. De vraag kan worden gesteld in hoeverre dat onderscheid een rol dient te spelen bij het kiezen van contractvoorwaarden vanuit de optiek van doelmatigheid.

Toelichting Is het bijvoorbeeld beter om in een bepaald geval gestandaardiseerde in plaats van projectspecifieke contractvoorwaarden van toepassing te verklaren? Of omgekeerd? Of wellicht beide, in de zin dat projectspecifieke contractvoor-

waarden van toepassing worden verklaard in aanvulling op gestandaardiseerde voorwaarden?

Het voordeel van het gebruik van gestandaardiseerde contractvoorwaarden is dat zij over het algemeen zijn ontwikkeld – en zich nog steeds ontwikkelen – via een voortdurend proces van ‘trial and error’. Er is in de loop der jaren veel kennis en ervaring opgedaan met dergelijke voorwaarden en zij hebben over het algemeen hun nut meer dan voldoende bewezen. Dat pleit er voor om zoveel mogelijk gebruik te maken van gestandaardiseerde voorwaarden, tenzij er een goede grond is aan te voeren om dat niet te doen. Een afwijkende gedragslijn leidt meestal tot hogere transactiekosten, aangezien men nalaat te profiteren van reeds gepleegde investeringen.

Toelichting Het voorgaande geldt zowel voor gestandaardiseerde contractvoorwaarden die zijn ontwikkeld door vertegenwoordigers van (organisaties van) opdrachtgevers en marktpartijen gezamenlijk, als voor contractvoorwaarden die eenzijdig zijn ontwikkeld door een (organisatie van) opdrachtgever(s) of door een (organisatie van) marktpartij(en). Zie over dit onderscheid ook par. 2.

Een goede reden om, als aanvulling of als afwijking of als vervanging, gebruik te maken van projectspecifieke contractvoorwaarden, is dat de gestandaardiseerde voorwaarden soms tekortschieten. De praktijk kan nu eenmaal niet altijd zonder projectspecifieke contractvoorwaarden.

Toelichting Die praktische behoefte is in feite tweeledig. In de eerste plaats is het zo dat gestandaardiseerde contractvoorwaarden noodzakelijkerwijs een bepaalde mate van abstractie kennen en niet met alle specifieke omstandigheden van een geval rekening kunnen houden. Alleen daarom al is het wenselijk om (aanvullende) projectspecifieke juridisch-administratieve voorwaarden te kunnen hanteren. In de tweede plaats is het zo dat voor bepaalde situaties helemaal geen op die situaties toegesneden gestandaardiseerde voorwaarden bestaan. Dan moeten er dus projectspecifieke voorwaarden worden gebruikt.

Voorbeeld De UAV-GC 2005 zijn gestandaardiseerde contractvoorwaarden die zijn vastgesteld op een tamelijk abstract niveau. Met behulp van een projectspecifieke invulling van de bijbehorende Model Basisovereenkomst, kunnen de UAV-GC 2005 als het ware worden afgestemd op de projectspecifieke omstandigheden.

Voorbeeld Bij de bouworganisatievorm alliantie heeft de aanbesteder het probleem dat voor de daarbij behorende contractvorm nog geen gestandaardiseerde contractvoorwaarden zijn ontwikkeld, zie hoofdstuk 2, par. 4. Hij zal dus moeten terugvallen op (het ontwikkelen van) projectspecifieke voorwaarden.

Projectspectifieke contractvoorwaarden worden meestal eenzijdig door of namens de aanbesteder ontwikkeld.

Toelichting Dat zal alleen anders zijn wanneer de aanbesteder de kaders van die projectspecifieke contractvoorwaarden slechts op hoofdlijnen formuleert en hij de

deelnemende marktpartijen vervolgens de gelegenheid biedt om in hun inschrijving zelf aan te geven hoe zij de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's projectspecifiek zouden willen invullen. Op deze manier stelt de aanbesteder de inschrijvers in staat ook op het vlak van de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's met elkaar te concurreren. Zie hierna ook par. 5.5.

Dat brengt vervolgens de vraag in beeld of en in hoeverre het voor de doelmatigheid van de keuze van bepaalde contractvoorwaarden een factor van betekenis is dat die voorwaarden – hetzij gestandaardiseerde, hetzij projectspecifieke – eenzijdig door de aanbesteder zijn opgesteld.

5.3 Eenzijdig of in overleg vastgestelde contractvoorwaarden?

In paragraaf 2 is er reeds op gewezen dat met de aanduiding 'eenzijdig vastgestelde contractvoorwaarden' alleen wordt bedoeld dat dergelijke contractvoorwaarden zijn ontwikkeld zonder dat over de inhoud daarvan is meebeslist door (organisaties van) de wederpartij van de gebruiker van de voorwaarden. Daarmee is dus niet gezegd dat de inhoudelijke kwaliteit van eenzijdig vastgestelde contractvoorwaarden negatief zou afwijken van gezamenlijk vastgestelde contractvoorwaarden.

Toelichting Een aanbesteder moet zich echter wel realiseren dat het feit dat contractvoorwaarden eenzijdig door of namens hem zijn opgesteld, een factor van betekenis kan zijn bij de inhoudelijke beoordeling van die voorwaarden door de rechter op basis van de zogenoemde beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zie daarover par. 4.2.3.

Het voorgaande laat echter onverlet dat er belangrijke voordelen kleven aan het gebruik van in gezamenlijk overleg vastgestelde contractvoorwaarden. In de eerste plaats zullen dergelijke voorwaarden meestal zijn ontwikkeld binnen een breed verband van experts die afkomstig zijn uit organisaties van (overheids)opdrachtgevers en marktpartijen.

Voorbeeld De totstandkoming van de UAV-GC 2005 is in dit verband een goede illustratie.

Verwacht mag worden dat als gevolg van die brede betrokkenheid van experts er goed rekening is gehouden met eventuele economische en juridische bezwaren die zouden kunnen rijzen over de inhoud van de contractvoorwaarden.

Toelichting Juist door een brede en tweezijdig opgezette betrokkenheid van experts zullen de contractvoorwaarden goed aansluiten bij de grondprincipes van het (bouw)contractenrecht. In het verlengde daarvan zal over het algemeen ook zijn gewaarborgd dat de aldus ontwikkelde contractvorm op een consistente manier aansluit bij de bouworganisatievorm en de bijbehorende vraagspecificatie waarvoor die contractvorm wordt ontwikkeld.

Het tweezijdig ontwikkelen van gestandaardiseerde en/of projectspecifieke contractvoorwaarden draagt eraan bij dat er meer zekerheid is over een doelmatige en evenwichtige

verdeling van de verantwoordelijkheden en de risico's over de partijen. Die zekerheid is er minder bij eenzijdig ontwikkelde contractvoorwaarden.

5.4 Welke gestandaardiseerde contractvoorwaarden?

5.4.1 Tussenconclusie en vertrekpunt

Op grond van het voorafgaande kunnen de volgende tussenconclusies worden getrokken. Vanuit het oogpunt van doelmatigheid wordt aanbevolen dat een aanbesteder gestandaardiseerde contractvoorwaarden gebruikt die zijn ontwikkeld door vertegenwoordigers van (organisaties van) opdrachtgevers en marktpartijen gezamenlijk. Wanneer deze er niet zijn, kan hij gebruikmaken van eenzijdig ontwikkelde gestandaardiseerde contractvoorwaarden. Alleen wanneer daarvoor goede gronden zijn aan te voeren, moet de aanbesteder in aanvulling op, in afwijking van of ter vervanging van de gestandaardiseerde contractvoorwaarden gebruikmaken van projectspecifieke contractvoorwaarden.

Gegeven deze tussenconclusies rijst de vraag welke gestandaardiseerde contractvoorwaarden de aanbesteder het beste kan gebruiken. Op die vraag wordt ingegaan in de navolgende paragrafen. Vervolgens zal in paragraaf 5.5 nog kort aandacht worden besteed aan de vraag hoe de aanbesteder het beste te werk kan gaan bij het opstellen van projectspecifieke contractvoorwaarden.

5.4.2 Aansluiting zoeken bij overwegingen die tot keuze bouworganisatievorm leiden

5.4.2.1 *Bouworganisatievorm, vraagspecificatie en contractvorm*

Vanuit het oogpunt van doelmatigheid kan de aanbesteder zich bij zijn keuze het beste laten leiden door dezelfde overwegingen als bij zijn keuze voor de bouworganisatievorm en – in het verlengde daarvan – de mate van oplossingsvrijheid die hij middels de vraagspecificatie aan de markt wil bieden. De keuze van de contractvorm – met name de keuze van de te hanteren gestandaardiseerde contractvoorwaarden – ligt sterk in het verlengde van die andere keuzes.

Toelichting Zie in dit verband ook par. 3 van dit hoofdstuk en par. 3 van hoofdstuk 3. Een aanbesteder kiest de meest geschikte bouworganisatievorm aan de hand van tal van omstandigheden. Welke omstandigheden dat precies zijn en hoe een aanbesteder in dat verband het beste te werk kan gaan, is uitvoerig behandeld in hoofdstuk 2, par. 6. Die omstandigheden bepalen welke mate van oplossingsvrijheid de aanbesteder de markt wil, kan en mag geven. Daar vloeit dan als vanzelf de meest geëigende keuze voor de te hanteren contractvorm en de bijbehorende gestandaardiseerde contractvoorwaarden uit voort.

Het voorgaande komt ook tot uitdrukking in het DSS. De gebruiker van het DSS wordt niet alleen geadviseerd over de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie die gegeven de situatie het beste kan worden gebruikt, maar ook over de contractvorm die daar het beste bij aansluit, in het bijzonder voor wat betreft de te hanteren gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden.

5.4.2.2 Traditionele bouworganisatievorm

Binnen de traditionele bouworganisatievorm zijn er een aantal varianten te onderscheiden:

- De aanbesteder besteedt alleen de uitvoering uit.
- De aanbesteder besteedt ontwerp, uitvoering en meerjarig onderhoud gescheiden uit.
- Een bouwteam.

Toelichting Zie in dit verband ook hoofdstuk 2, par. 5.2.

Kiest de aanbesteder ervoor om alleen de uitvoering aan te besteden en alle overige taken binnen de eigen organisatie te houden, dan is het raadzaam de UAV 1989 of de UAV-TI 1992 op de aanbestede opdracht van toepassing te verklaren, afhankelijk van het type werk dat moet worden uitgevoerd. Een keuze voor deze voorwaarden ligt met name voor de hand als de aanbesteder ervoor kiest om tijdens de uitvoering van het project directie te laten voeren.

Toelichting De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV) 1989 worden vooral gebruikt bij contracten tussen overheidsopdrachtgevers en andere professionele opdrachtgevers enerzijds en aannemers anderzijds. De UAV 1989 kunnen in principe worden toegepast voor de realisatie van alle soorten bouwprojecten. Betreft het project echter de aanleg van een technische installatie – al dan niet in, aan, op of onder een bestaand of een nog te bouwen andersoortig project – dan ligt toepassing van de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van Technische Installaties (UAV-TI) 1992 meer voor de hand.

Kenmerkend voor de UAV 1989 en de UAV-TI 1992 is dat ze vooral zijn bedoeld voor situaties waarin door of namens de aanbesteder controle wordt uitgeoefend (directietoezicht) over de uitvoering van het bouwproject door de aannemer of de installateur. Vergelijkbare voorwaarden, die echter niet voorzien in een dergelijke controle, zijn de Algemene Voorwaarden voor Aannemingen in het Bouwbedrijf (AVA 1992) en de Algemene Leveringsvoorwaarden Installerende Bedrijven 2007 (ALIB 2007).

Als de vervaardiging van het ontwerp, de uitvoering van het project en het meerjarig onderhoud daarvan via afzonderlijke opdrachten worden aanbesteed aan evenzoveel partijen, dan wordt aanbevolen de UAV 1989 of de UAV-TI 1992 ook dan van toepassing te verklaren. Op de aanbestede overeenkomst tot het vervaardigen van het ontwerp, kan de DNR 2005 van toepassing worden verklaard.

Toelichting Op overeenkomsten met architecten werden tot voor kort de Standaardvoorwaarden 1997 Rechtsverhouding Opdrachtgever en Architect (SR 1997) van toepassing verklaard en voor overeenkomsten met raadgevend ingenieurs werd gebruikgemaakt van de Regeling van de Verhouding tussen Opdrachtgever en adviserend Ingenieursbureau (RVOI 2001). Beide sets van juridisch-administratieve voorwaarden zijn in 2005 opgegaan in De Nieuwe Regeling, Rechtsverhouding opdrachtgever-architect, ingenieur en adviseur (DNR 2005).

Er bestaan geen gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden voor een afzonderlijke opdracht voor het verrichten van meerjarig onderhoud. Hiervoor moet dus worden teruggevallen op (te ontwikkelen) projectspecifieke contractvoorwaarden.

Toelichting Zie par. 5.5.

Binnen de traditionele bouworganisatievorm is daarnaast nog denkbaar dat de aanbesteder het ontwerp en de uitvoering van het bouwproject weliswaar gescheiden uitbesteedt, doch dat hij met de externe partijen nadere afspraken maakt over de adviserende betrokkenheid van de aannemer – gegeven diens uitvoeringsexpertise – bij het maken van het ontwerp. In zo'n geval kiest de aanbesteder voor de figuur van het bouwteam. Op de contracten die worden gesloten met de partijen die ieder afzonderlijk de ontwerp- en de uitvoeringstaken op zich nemen, kunnen de hiervoor vermelde juridisch-administratieve voorwaarden van toepassing worden verklaard.

Toelichting DNR 2005, UAV 1989 of UAV-TI 1992.

Daarenboven kan de aanbesteder met de aannemer ook nog een bouwteamovereenkomst sluiten waarvoor de VGBouw Model Bouwteamovereenkomst 1992 kan worden gehanteerd.

Toelichting Van een bouwteam is sprake wanneer de uitvoerende aannemer met de aanbesteder en de door deze ingeschakelde architect of raadgevend ingenieur vanuit zijn uitvoeringsexpertise meedenkt in de ontwerpfase, nog voordat hij met de aanbesteder een aannemingsovereenkomst sluit (al dan niet onder van toepassingverklaring van de UAV 1989). Het meedenken doet hij op basis van een separaat met de aanbesteder gesloten bouwteamovereenkomst. Voor die overeenkomst kan gebruik worden gemaakt van de VGBouw Model Bouwteamovereenkomst 1992.

5.4.2.3 Geïntegreerde bouworganisatievorm

In hoofdstuk 2, paragraaf 5.3 is uitgebreid ingegaan op de geïntegreerde bouworganisatievorm. Daarbij worden naast de uitvoeringstaak ook andere taken aan één en dezelfde externe partij uitbesteed. Afhankelijk van welke taken, zijn de volgende varianten van de bouworganisatievorm te onderscheiden:

- D&B;
- DBM;
- DBFM;
- DBFMO.

Kiest de aanbesteder voor D&B en wenst hij alle overige taken binnen de eigen organisatie te houden, dan is het raadzaam dat hij de UAV-GC 2005 op de aanbestede opdracht van toepassing verklaart.

Toelichting De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contractvormen (UAV-GC 2005) zijn het resultaat van een lichte herziening van de UAV-GC 2000. Deze zijn op hun beurt weer deels afgeleid van de UAV 1989. De UAV-GC 2005 zijn in eerste instantie vooral bedoeld om van toepassing te worden verklaard

op contracten waarbij de opdrachtnemer zowel (fasen van) het ontwerpproces als de uitvoering van het bouwproject voor zijn rekening neemt. De voorwaarden kunnen daarenboven ook van toepassing worden verklaard op contracten waarbij de opdrachtnemer naast de hiervoor vermelde prestaties, ook het meerjarig onderhoud van het bouwproject verzorgt.

Uitgangspunt is dan wel dat de aanbesteder zijn vraagspecificatie zelf uitwerkt of door een derde laat uitwerken tot op het niveau van een functioneel programma van eisen, een voorlopig ontwerp, dan wel een definitief ontwerp. Het laten uitwerken van de vraagspecificatie door een derde zou dan weer kunnen plaatsvinden onder toepasselijkheid van de DNR 2005.

Toelichting Zie par. 5.4.2.2.

Ook voor de bouworganisatievorm DBM wordt aanbevolen de UAV-GC 2005 van toepassing te verklaren. De UAV-GC 2005 bevatten namelijk een hoofdstuk met daarin opgenomen juridisch-administratieve voorwaarden die van toepassing kunnen worden verklaard op de contract-fase waarin het meerjarig onderhoud wordt uitgevoerd.

Voor de bouworganisatievormen DBFM of DBFMO zijn er geen gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden voorhanden die zijn opgesteld door vertegenwoordigers van (organisaties van) opdrachtgevers en marktpartijen gezamenlijk. Aanbesteders wordt geadviseerd dan gebruik te maken van eenzijdig ontwikkelde gestandaardiseerde contractvoorwaarden. Voor de bouworganisatievorm DBFM is dat bijvoorbeeld de DBFM Overeenkomst Rijkswaterstaat. Voor de bouworganisatievorm DBFMO is dat de Model DBFMO Overeenkomst RGD/Defensie.

5.5 Welke projectspecifieke contractvoorwaarden?

Zoals hiervoor is aangegeven, moeten er goede gronden zijn om projectspecifieke voorwaarden op te stellen. De vraag is dan hoe de aanbesteder daarbij het beste te werk kan gaan.

Toelichting Die vraag is om meerdere redenen relevant. In de eerste plaats kan de aanbesteder weliswaar op goede gronden hebben gekozen voor het gebruik van bijvoorbeeld de UAV 1989, de UAV-GC 2005 of een van de Rijksbrede Model DBFM(O) Overeenkomsten, maar het is vervolgens noodzakelijk die gestandaardiseerde contractvoorwaarden aan te vullen met projectspecifieke voorwaarden. In de tweede plaats zijn er gevallen waarvoor helemaal nog geen gestandaardiseerde contractvoorwaarden bestaan. Zo'n geval doet zich bijvoorbeeld voor bij de bouworganisatievorm alliantie, zie hoofdstuk 2, par. 5.4.

Het voert vanzelfsprekend te ver om in de Leidraad uitvoerig in te gaan op de inhoudelijke eisen waaraan projectspecifieke juridisch-administratieve voorwaarden in het algemeen moeten voldoen. Hier worden alleen op hoofdlijnen de volgende aanbevelingen gedaan.

De aanbesteder moet bij het formuleren van projectspecifieke voorwaarden voor ogen houden dat de aard en de inhoud van die voorwaarden de keuzes moeten reflecteren die hij heeft gemaakt voor wat betreft de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie. Die keuzes geven immers aan wat de feitelijke aard en de omvang zijn van de invloed op het bouw-

proces, zoals de aanbesteder die voor zichzelf en voor zijn toekomstige wederpartij ziet weggelegd. De juridische verdeling van verantwoordelijkheid – door middel van de project-specifieke voorwaarden – moet aansluiten bij de feitelijke mogelijkheid tot beïnvloeding van het gewenste verloop en de gewenste uitkomst van het bouwproces. Bij de uitwerking van dit leidend principe is het raadzaam de grondprincipes van het bouwcontractenrecht in acht nemen die staan beschreven in paragraaf 4.2.3. Die grondprincipes liggen aan de basis van de bestaande gestandaardiseerde juridisch-administratieve voorwaarden uit paragraaf 5.4.2.

Wanneer de aanbesteder de bovenstaande aanbevelingen volgt, loopt hij de minste risico's dat er bezwaren rijzen vanuit juridisch oogpunt of vanuit het oogpunt van doelmatigheid.

De aanbesteder kan er overigens ook voor kiezen om de markt te betrekken bij het formuleren van de projectspecifieke contractvoorwaarden. Hij kan de inhoud van die voorwaarden – met name de contractuele verdeling van risico's – tot inzet van de aanbesteding maken. Dat houdt kort gezegd in dat hij zich beperkt tot in de vraagspecificatie op hoofdlijnen formuleren van de kaders van de projectspecifieke contractvoorwaarden. Hij biedt vervolgens de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure de gelegenheid om in hun inschrijving zelf aan te geven hoe zij de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden en risico's binnen de aangegeven kaders projectspecifiek zouden willen invullen.

Toelichting Deze aanpak wordt bijvoorbeeld gevolgd bij de Rijksbrede Model DBFM(O) Overeenkomsten.

***Welke aanbestedingsprocedure
te hanteren?***

5

1 Inleiding

Het vertrekpunt van dit hoofdstuk is dat de aanbesteder reeds een aantal beslissingen heeft genomen met betrekking tot:

- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm.

De aanbesteder zal het aanbestedingsproces nu willen vervolgen door zijn vraagspecificatie daadwerkelijk in de markt te zetten. Hij zal dat moeten doen met behulp van een aanbestedingsprocedure. Aanbestedingsprocedures zijn er in verschillende soorten en maten. Welke aanbestedingsprocedure de aanbesteder het beste kan kiezen, hangt samen met tal van omstandigheden. Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te helpen bij het kiezen van die aanbestedingsprocedure die het beste aansluit bij de specifieke omstandigheden. Om dat te kunnen doen, wordt in dit hoofdstuk eerst duidelijk gemaakt wat in de Leidraad onder het begrip aanbestedingsprocedure wordt verstaan (paragraaf 2). Vervolgens komt de vraag aan de orde waarom het belangrijk is dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over de vraag welke aanbestedingsprocedure hij het beste zou kunnen hanteren (paragraaf 3). Daarna wordt een overzicht gegeven van de aanbestedingsprocedures die op dit moment voorhanden zijn (paragraaf 4). Met name (semi-)overheidsaanbesteders zullen zich moeten realiseren dat zij niet altijd vrijelijk kunnen kiezen uit de beschikbare procedures. Dit komt omdat die keuze aan juridische randvoorwaarden kan zijn gebonden (paragraaf 5). Als de keuze voor een bepaalde procedure juridisch vrij is, moet de aanbesteder zich afvragen welke keuze dan doelmatig zal zijn (paragraaf 6).

2 Wat is een aanbestedingsprocedure?

Een aanbestedingsprocedure is een procedure waarmee een aanbesteder probeert te komen tot gunning van een opdracht aan een marktpartij door concurrentie in de markt op te roepen. Omdat marktcompetitie echter op verschillende manieren kan worden georganiseerd, is het goed om op te merken dat niet iedere vorm van georganiseerde marktcompetitie onder het etiket 'aanbestedingsprocedure' kan worden geschaard. Om van een aanbestedingsprocedure te kunnen spreken, moet er zowel een feitelijke als een daarmee samenhangende juridische karakteristiek kunnen worden onderscheiden.

Kenmerkend voor een aanbestedingsprocedure is allereerst dat de aanbesteder twee of meer marktpartijen *gelijktijdig* benadert met een uitnodiging tot deelname aan de procedure. Daarbij is het voor die marktpartijen ook *kenbaar* dat zij – wanneer zij op die uitnodiging ingaan – in een competitie met andere partijen treden die de aanbesteder heeft georganiseerd.

Toelichting

Er is geen sprake van een aanbestedingsprocedure wanneer een klant eerst vrijblijvend bij de ene marktpartij om een offerte vraagt om vervolgens – na ontvangst van die offerte – een andere marktpartij te verzoeken om een offerte.

Het is overigens niet vereist dat een marktpartij weet hoeveel andere marktpartijen aan de procedure zullen deelnemen en wat de identiteit van die andere partijen is. Waar het om gaat, is dat er bij alle deelnemende partijen het besef aanwezig is dat zij gelijktijdig met een of meer anderen in competitie treden.

Toelichting Dat besef zal in de regel ontstaan als gevolg van de wijze waarop de aanbesteder zijn voornemen kenbaar maakt om met behulp van een aanbestedingsprocedure tot gunning van een bouwopdracht te komen. Bij een wettelijke verplichting tot aanbesteden moet bijvoorbeeld veelal een openbare aankondiging van de procedure worden gedaan, zie par. 5 hierna. Uit die aankondiging zal eenieder kunnen opmaken dat deelnemen aan de procedure inhoudt dat marktpartijen met elkaar in competitie zullen treden.

Ook wanneer een aanbesteder onverplicht overgaat tot het toepassen van een aanbestedingsprocedure, zal een marktpartij uit de uitnodiging om aan die procedure deel te nemen dikwijls kunnen opmaken dat het de intentie van de aanbesteder is om een aantal marktpartijen gelijktijdig met elkaar in concurrentie te laten treden. De aanbesteder kan daar blijk van geven door in de uitnodiging expliciet het begrip aanbesteding(sprocedure) te hanteren. Hij kan dat ook doen door in de uitnodiging de te doorlopen procedure stapsgewijs te beschrijven en met name in te gaan op de voorwaarden waaraan de uitgenodigde marktpartij moet voldoen om voor selectie en gunning in aanmerking te komen.

Deze feitelijke karakteristiek van een aanbestedingsprocedure heeft ook een belangrijke juridische consequentie. De aanbesteder geeft met het kenbaar maken van zijn voornemen tot gunning van een bouwopdracht door een vooraf opgezette competitieprocedure als het ware een deel van zijn contractsvrijheid prijs. Marktpartijen die op deze manier door een aanbesteder worden benaderd, mogen namelijk van de aanbesteder verwachten dat zij allen een gelijke kans krijgen op het verwerven van de aanbestede bouwopdracht.

Toelichting Dit belangrijke uitgangspunt dat een aanbesteder de deelnemers aan een aanbestedingsprocedure op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen, geldt niet alleen als een overheidsaanbesteder op grond van een wettelijke verplichting overgaat tot het hanteren van een aanbestedingsprocedure. Dit uitgangspunt geldt ook als een puur private aanbesteder op vrijwillige basis een bouwopdracht in de markt besluit te zetten met behulp van een aanbestedingsprocedure. Als het hanteren van een aanbestedingsprocedure verplicht is op grond van aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving, vloeit de verplichting tot het in acht nemen van het beschreven uitgangspunt voort uit die wet- en regelgeving. Als een aanbestedingsprocedure daarentegen onverplicht wordt gehanteerd, vloeit het uitgangspunt voort uit het privaatrechtelijke leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid (Bron: HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35).

Het voorgaande betekent dat een aanbesteder die een bouwopdracht met een aanbestedingsprocedure aanbesteedt, vanaf dat moment niet geheel vrij meer is om naar eigen inzicht een contractuele wederpartij te kiezen. Hij zal bij het bepalen van zijn keuze de deelnemers aan de procedure op gelijke en niet-discriminerende wijze moeten behandelen. Ook moet hij de procedure tegen die achtergrond inrichten.

Toelichting Hoe de aanbesteder daarbij precies te werk *moet* gaan, *kan* in het concrete geval voor de aanbesteder zijn uitgewerkt in aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving. Dat is in ieder geval zo wanneer een (semi-)overheidsaanbesteder verplicht is een bouwopdracht Europees aan te besteden op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Voor zover een (semi-)overheidsaanbesteder *niet* verplicht is om die aanbestedingsrichtlijnen in acht te nemen, maar er *wel* een verplichting bestaat om aan te besteden op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie EG – zie hoofdstuk 1, par. 2.1 – zijn er geen uitgewerkte concrete regels voorhanden die de aanbesteder in acht zou moeten nemen wanneer hij een aanbestedingsprocedure gebruikt. Een uitzondering kan hier gelden voor de bouwministeries. Daarvoor kan op grond van het BAW een verplichting bestaan om bij de toepassing van een aanbestedingsprocedure de regels van het ARW 2005 in acht te nemen, ook buiten de gevallen die in de aanbestedingsrichtlijnen zijn geregeld. Zie in dit verband ook hoofdstuk 1, par. 2.1. Wanneer voor een aanbesteder *geen* verplichting bestaat tot het hanteren van een aanbestedingsprocedure en die aanbesteder toch vrijwillig besluit om zo’n procedure te hanteren, kan die aanbesteder de procedure zelf concreet uitwerken in procedurevoorschriften. Dat moet dan overigens gebeuren met inachtneming van het eerder vermelde uitgangspunt dat de deelnemers aan de procedure op gelijke en niet-discriminerende wijze moeten worden behandeld. Ook zo’n aanbesteder doet er verstandig aan het wiel niet zelf uit te vinden en het ARW 2005 vrijwillig van toepassing te verklaren op de aanbestedingsprocedure. Dat is alleen al raadzaam vanuit het oogpunt van beperking van onnodige administratieve lasten.

Het uitgangspunt van gelijkheid en non-discriminatie geldt niet als er geen aanbestedingsprocedure wordt gehanteerd (en ook niet behoeft te worden gehanteerd).

Toelichting Hier wordt met name bedoeld op het reeds vermelde geval waarin een klant eerst vrijblijvend bij de ene marktpartij om een offerte vraagt om vervolgens – na ontvangst van die offerte – een andere marktpartij te verzoeken om een offerte. Dan is dus geen sprake van een aanbestedingsprocedure en geldt evenmin het uitgangspunt dat de klant de marktpartijen op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat het privaatrechtelijke leerstuk van de pre-contractuele redelijkheid en billijkheid soms kan verhinderen dat onderhandelingen die met de ene marktpartij worden gevoerd, zomaar straffeloos worden afgebroken met het oog op het sluiten van een overeenkomst met een andere marktpartij. Deze problematiek valt echter buiten het bestek van de Leidraad. Ook kan het in het geschetste geval onder omstandigheden onrechtmatig en/of in strijd met de pre-contractuele redelijkheid en billijkheid zijn om de offerte van de ene

marktpartij 'door te spelen' naar de andere marktpartij met het oog op het verkrijgen van een scherpere offerte. Dit probleem kan overigens ook aan de orde zijn bij een aanbestedingsprocedure, zie hoofdstuk 9, par. 4.2.3.

Als er geen sprake is van een aanbestedingsprocedure geldt dus tussen de betrokken partijen normale contractsvrijheid. De vragende partij kan dan tegelijkertijd met een aantal marktpartijen parallelle onderhandelingen voeren, zonder dat voor de betrokken marktpartijen duidelijk is dat de vragende partij een competitie heeft georganiseerd. In beginsel kan de vragende partij naar eigen inzicht besluiten met welke van die marktpartijen een contract te sluiten.

3 *Waarom moet de keuze van de procedure goed zijn doordacht?*

De keuze van de te hanteren aanbestedingsprocedure moet eerst en vooral goed worden doordacht om de eenvoudige reden dat de procedures op een aantal belangrijke onderdelen van elkaar verschillen.

Toelichting Die verschillen zullen meer uitvoerig worden belicht in par. 4 waarin een korte beschrijving wordt gegeven van de verschillende procedures zoals die op dit moment beschikbaar zijn.

Die verschillen zijn er natuurlijk niet zo maar. Zij houden verband met het feit dat een aanbesteder – afhankelijk van de omstandigheden – telkens weer een andere procesinrichting zal willen kunnen kiezen om het resultaat te bereiken dat hij met het bouwproces voor ogen heeft.

Toelichting In het kort heeft een aanbesteder het volgende resultaat iedere keer weer voor ogen staan. Voor elk bouwproces geldt dat hij behoefte heeft aan de oplossing van een bepaald probleem. Die behoefte moet tegen zo laag mogelijke totaalkosten worden vervuld door het leveren van een kwalitatief hoogwaardige prestatie met oog voor een optimale levensduur. Met de vervulling van die behoefte wordt ook in een maatschappelijk belang voorzien. De samenleving als geheel profiteert van een verbetering van de kwaliteit en een toename van innovatie in de bouw. Zie ook hoofdstuk 1, par. 4.1.

Om het door hem gewenste eindresultaat te bereiken, zal de aanbesteder voor een bepaalde procesinrichting moeten kiezen. Het is afhankelijk van tal van omstandigheden welke keuze hij zal maken. Dat bleek bijvoorbeeld met name in hoofdstuk 2, par. 3.1, waarin is uitgelegd dat de keuze van de bouworganisatievorm uiteindelijk de resultante is van het antwoord op tal van vragen die allemaal zijn afgeleid van de vraag wat de aanbesteder nu eigenlijk wil bereiken en hoe hij dat het beste kan doen. In het verlengde van de keuze van de bouworganisatievorm worden met deze vragen ook de keuzes ten aanzien van de vraagspecificatie en de contractvorm gemaakt, zie hoofdstuk 3, par. 3 en hoofdstuk 4, par. 3.

Gegeven die verschillen zal ook de gekozen aanbestedingsprocedure een logisch en consistent onderdeel moeten vormen van die procesinrichting. Die keuze moet bijvoorbeeld consistent zijn met de keuze voor de bouworganisatievorm, de vraagspecificatie en de contractvorm.

Toelichting Zie hoofdstuk 2, par. 3, hoofdstuk 3, par. 3 en hoofdstuk 4, par. 3. Of de keuze voor een bepaalde aanbestedingsprocedure rationeel is, blijkt uit de beoordeling van deze keuze ten opzichte van de andere keuzes die voor het aanbestedingsproces zijn gemaakt.

Voorbeeld Voor bepaalde bouworganisatievormen – bijvoorbeeld DBMFO – geldt dat de aanbesteder meer behoefte zal hebben aan een aanbestedingsprocedure met ruime mogelijkheden tot bilaterale informatie-uitwisseling met marktpartijen dan bij een variant van de traditionele bouworganisatievorm.

Bij een vraagspecificatie die alleen uit gedetailleerde technische eisen bestaat, heeft de markt nauwelijks nog oplossingsvrijheid. Vanuit het oogpunt van beperking en beheersing van administratieve lasten is het dan minder bezwaarlijk om te kiezen voor de openbare procedure. Kiezen voor een openbare procedure is wel bezwaarlijk wanneer die eisen in hoge mate functioneel zijn gespecificeerd en de aanbesteder een appel doet op het innovatieve vermogen van de markt. Vanuit het perspectief van de administratieve lasten is die keuze dan inconsistent met de aard van de vraagspecificatie.

De ene aanbestedingsprocedure past dus uiteindelijk beter bij de procesinrichting die de aanbesteder heeft gekozen dan de andere, gegeven het resultaat dat de aanbesteder uiteindelijk met het bouwproces wil bereiken.

Wat zijn dan vervolgens de belangrijkste verschillen tussen de beschikbare aanbestedingsprocedures? Een eerste verschil betreft de zogenoemde algemene bekendmaking van de aanbestedingsprocedure.

Toelichting Zoals hierna nog uitvoeriger zal blijken in par. 4, moet een aanbesteder de ene aanbestedingsprocedure starten met een algemene bekendmaking – bijvoorbeeld de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking – en kan hij bij andere procedures volstaan met de bekendmaking van de procedure binnen een beperkte kring van marktpartijen, zoals de onderhandse procedure.

Bij aanbestedingsprocedures waarbij algemene bekendmaking achterwege kan blijven, bestaat het gevaar dat onvoldoende recht wordt gedaan aan het mededingingsbelang. Ook wanneer een aanbesteder telkens weer dezelfde marktpartijen benadert, kan dat afbreuk doen aan bepaalde belangen, zoals bijvoorbeeld het innovatiebelang. Deze belangen komen mogelijk beter tot hun recht bij procedures die wél algemeen bekend worden gemaakt. Een mogelijk nadeel van dergelijke procedures is dat zij tot hogere administratieve lasten en hogere transactiekosten kunnen leiden in vergelijking met procedures die niet openbaar bekend worden gemaakt.

Een aanbestedder kan dit dilemma mogelijk oplossen door een aanbestedingsprocedure te kiezen die weliswaar algemeen bekend moet worden gemaakt, maar waarbij hij vervolgens de mogelijkheid heeft tot het beperken van het aantal marktpartijen dat een inschrijving mag doen. Daarmee komt een tweede belangrijk verschil tussen aanbestedingsprocedures in beeld. Dat verschil wordt verder belicht in par. 4, maar komt er op neer dat de meeste aanbestedingsprocedures die algemeen bekend moeten worden gemaakt in deze mogelijkheid van beperken voorzien, doch niet alle. De openbare procedure voorziet bijvoorbeeld niet in deze mogelijkheid.

Toelichting Aan de openbare procedure kleef dus het risico dat afbreuk wordt gedaan aan het belang van het beperken van de administratieve lasten en de transactiekosten die met een aanbestedingsprocedure zijn gemoeid. Aan de andere kant heeft die procedure weer als voordeel dat daarbij het mededingingsbelang meer wordt gediend dan bij de overige procedures. Een aanbestedder zal dus ook vanuit het perspectief van dit tweede verschil zijn afwegingen moeten maken bij het kiezen van de voor hem meest geschikte procedure.

Een derde verschil is de mogelijkheid om door middel van het uitwisselen van informatie met afzonderlijke gegadigden en/of inschrijvers tot een zo optimaal mogelijke afstemming te komen tussen de vraagspecificatie en de (te) ontvangen inschrijvingen. De ene aanbestedingsprocedure biedt daarvoor meer ruimte dan de andere.

Toelichting Zie ook par. 4 hierna en ook hoofdstuk 6 dat meer specifiek ingaat op het bilateraal uitwisselen van informatie tussen een aanbestedder en individuele gegadigden en/of inschrijvers tijdens een aanbestedingsprocedure. Aspecten van die thematiek komen ook nog aan bod in hoofdstuk 9 in de context van de vraag welke mogelijkheden een aanbestedder heeft nadat hij de inschrijvingen heeft ontvangen en beoordeeld.

Kort gezegd bieden de onderhandelingsprocedures en de concurrentiegerichte dialoog meer mogelijkheden tot het bilateraal uitwisselen van informatie dan bijvoorbeeld de openbare en de niet-openbare procedure.

Dit verschil werkt vervolgens door in de mate waarin een aanbestedder met de door hem gekozen procesinrichting – waaronder dus nadrukkelijk ook de aanbestedingsprocedure kan worden begrepen – het gewenste resultaat zal kunnen bereiken en de risico's die hij in dat verband loopt.

Voor de procedures waarbij weinig tot geen bilaterale informatie-uitwisseling is toegestaan, geldt dat – meer dan bij andere procedures – beter tegemoet kan worden gekomen aan het belang van faire mededinging. Aan de andere kant is het zo dat hoe meer een aanbestedingsprocedure het uitwisselen van informatie op bilateraal niveau toestaat, des te meer mogelijkheden er voor partijen bestaan om de verwachtingen over en weer goed te managen, risico's en mogelijkheden tot beheersing daarvan tijdig in beeld te brengen en op die manier tot een betere afstemming van vraag en aanbod te komen. Daarmee kunnen de belangen van alle betrokkenen, inclusief een aantal daarvan afgeleide belangen beter worden gediend.

Toelichting Te denken valt aan het belang van beheersing van transactiekosten en het stimuleren van innovatie.

De aanbesteder doet er – kortom – goed aan de belangrijkste verschillen die tussen de beschikbare aanbestedingsprocedures bestaan te betrekken in zijn overwegingen over de vraag welke aanbestedingsprocedure hij moet kiezen.

Afgezien van de hierboven beschreven overwegingen van doelmatigheid – want daar gaat het in feite om – zal een aanbesteder zich bij het maken van zijn keuze voor een bepaalde aanbestedingsprocedure ook moeten afvragen of en in hoeverre het aanbestedingsrecht grenzen stelt aan die keuze.

Toelichting De juridische randvoorwaarden komen aan bod in par. 5. Op het aspect van de doelmatigheid van de keuze van de aanbestedingsprocedure zal nog uitvoerderiger worden ingegaan in par. 6.

4 Welke aanbestedingsprocedures zijn voorhanden?

4.1 Opmerkingen vooraf

In de navolgende paragrafen wordt een beknopt overzicht gegeven van de aanbestedingsprocedures die op dit moment in de aanbestedingspraktijk in de bouw worden onderscheiden. Daarbij is uitgegaan van de procedures die zijn uitgewerkt in de hoofdstukken 2 t/m 10 van het ARW 2005. Of en onder welke omstandigheden een procedure mag worden toegepast, is een vraag die hierna aan de orde komt in paragraaf 5.

Toelichting Het ARW 2005 onderscheid achtereenvolgens de volgende procedures: openbare procedure (hoofdstuk 2); niet-openbare procedure (hoofdstuk 3); concurrentiegericht dialogo (hoofdstuk 4); onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (hoofdstuk 5); onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (hoofdstuk 6); onderhandse procedure (hoofdstuk 7); concessieovereenkomst (hoofdstuk 8); raamovereenkomst met een enkele ondernemer (hoofdstuk 9); raamovereenkomst met meerdere ondernemers (hoofdstuk 10).

Met uitzondering van de onderhandse procedure (hoofdstuk 7 ARW 2005) worden deze procedures ook onderscheiden in de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Die kennen daarnaast echter een aantal procedures die niet in het ARW 2005 zijn opgenomen, te weten het zogenoemde dynamisch aankoopstelsel en de prijsvraag op het gebied van diensten. Deze procedures komen in de Leidraad verder niet meer aan bod. Dat geldt ook voor de elektronische veiling, die overigens wel in het ARW 2005 is opgenomen.

Een dynamisch aankoopstelsel is een geheel elektronisch proces voor aankopen voor regelmatig gebruik, met algemeen op de markt beschikbare kenmerken die overeenkomen met de behoeften van de aanbestedende

dienst. Het proces is beperkt in de tijd en staat gedurende de gehele looptijd open voor elke ondernemer die voldoet aan de selectiecriteria en die overeenkomstig de eisen van het bestek een indicatieve inschrijving heeft ingediend (Bron: art. 1 lid 6 Algemene Richtlijn en art. 1 lid 5 Richtlijn Nutssectoren). Uit de wijze waarop deze procedure in de aanbestedingsrichtlijnen is geregeld, kan worden afgeleid dat de procedure minder relevant is voor de aanbesteding van bouwopdrachten. De procedure heeft wel relevantie voor de aankoop van bijvoorbeeld bouwmaterialen.

De procedurevoorschriften die gelden voor een prijsvraag op het gebied van diensten komen sterk overeen met de voorschriften die gelden bij een 'gewone' aanbestedingsprocedure, zie art. 66 e.v. Algemene Richtlijn en art. 60 e.v. Richtlijn Nutssectoren. In de context van aanbestedingen in de bouw zijn de procedurevoorschriften met name relevant voor wat betreft de aanbesteding van ontwerpopdrachten.

Een elektronische veiling is een zich herhalend proces langs de elektronische weg voor de presentatie van nieuwe, verlaagde prijzen, en/of van nieuwe waarden voor bepaalde elementen van de inschrijvingen. Het proces vindt plaats na de eerste volledige beoordeling van de inschrijvingen. Klassering van de inschrijving is op basis van elektronische verwerking mogelijk. Zie art. 1 lid 7 Algemene Richtlijn en art. 1 lid 6 Richtlijn Nutssectoren. Binnen de kaders van de aanbestedingsrichtlijnen is een elektronische veiling geen zelfstandige aanbestedingsprocedure, maar onderdeel en sluitstuk van een openbare procedure, een niet-openbare procedure, een onderhandelingsprocedure of een onderhandse procedure. Het is ook mogelijk de elektronische veiling toe te passen bij het verlenen van een opdracht onder een raamovereenkomst met meerdere ondernemers of in het kader van een dynamisch aankoopstelsel. Een belangrijke toepassingsvoorwaarde is overigens dat de eisen van de vraagspecificatie nauwkeurig zijn gespecificeerd zodat de inschrijvingen voldoende vergelijkbaar zijn, zie art. 54 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 65 lid 2 Richtlijn Nutssectoren.

In de volgende paragrafen worden de aanbestedingsprocedures die het ARW 2005 onderscheidt, kort beschreven. Verschillende keren wordt daarin verwezen naar aspecten van de procedure waarover de aanbestedende tijdens het verloop van de procedure moet beslissen.

Toelichting Te denken valt aan beslissingen met betrekking tot het algemeen bekendmaken van de bouwopdracht; het formuleren, bekendmaken en toepassen van uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en selectiecriteria; het uitnodigen van gegadigden tot het indienen van inschrijvingen; het uitwisselen van informatie met gegadigden en/of inschrijvers; het formuleren, bekendmaken en toepassen van gunningscriteria; het inacht nemen van termijnen; het motiveren van beslissingen.

De wijze waarop de aanbestede dergelijke beslissingen het beste kan nemen in de context van de gekozen aanbestedingsprocedure, wordt niet in dit hoofdstuk, maar in de hoofdstukken 6 t/m 12 toegelicht.

4.2 Openbare procedure

De openbare procedure is geregeld in hoofdstuk 2 ARW 2005. Een schematisch overzicht van het verloop van deze procedure staat weergegeven in figuur 1. Het gaat hier om een aanbestedingsprocedure die algemeen bekend moet worden gemaakt.

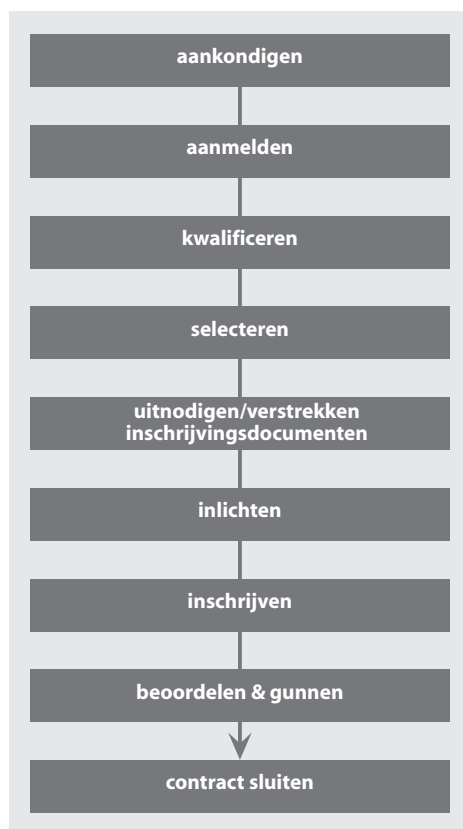
Toelichting Zie over de wijze waarop de algemene bekendmaking moet geschieden hoofdstuk 10.

Alle in de opdracht geïnteresseerde marktpartijen krijgen in beginsel de gelegenheid aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen. Zij doen dat door het direct indienen van een inschrijving. Na ontvangst van de inschrijvingen beoordeelt de aanbestede in één en dezelfde ronde of een inschrijver eventueel moet worden uitgesloten en of de inschrijvers voldoen aan vooraf bekendgemaakt kwalitatieve geschiktheidseisen. Tevens wordt beoordeeld wie van de inschrijvers die aan de geschiktheidseisen voldoet de inschrijving heeft gedaan die op grond van het gunningscriterium als beste uit de bus komt.

Figuur 1. Openbare procedure



Figuur 2. Niet-openbare procedure



Toelichting Zie in dit verband ook de hoofdstukken 7 en 8 over de wijze waarop een aanbesteder in dat verband te werk moet gaan. Overigens is het in de praktijk vaak zo dat bij een openbare procedure de aanbesteder éérs aan de hand van het gunningscriterium zal beoordelen wie van de inschrijvers als beste uit de bus is gekomen. Dit is zeker vaak het geval wanneer het gunningscriterium van de laagste prijs wordt gehanteerd. Pas daarna zal de aanbesteder nagaan of gunning van de bouwopdracht aan deze inschrijver op bezwaren zou stuiten vanuit het oogpunt van eventueel geldende uitsluitingsgronden en/of kwalitatieve geschiktheidseisen.

Bij de openbare procedure is het slechts beperkt mogelijk om met een individuele inschrijver gedurende het verloop van de procedure bilateraal informatie uit te wisselen. Dat geldt ook voor onderhandelen na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen. De mogelijkheden om een en ander te kunnen doen en de juridische randvoorwaarden hierbij komen uitvoeriger aan bod in de hoofdstukken 6 en 9.

4.3 Niet-openbare procedure

De niet-openbare procedure is geregeld in hoofdstuk 3 ARW 2005. Een schematisch overzicht van het verloop van deze procedure staat weergegeven in figuur 2. Een niet-openbare procedure – in de praktijk vroeger ook wel aangeduid als aanbesteding met voorafgaande selectie – wordt algemeen bekend gemaakt.

Toelichting Zie in dit verband hoofdstuk 10.

Ook nu geldt weer dat alle in de opdracht geïnteresseerde marktpartijen in beginsel aan de procedure kunnen deelnemen. Anders dan bij de openbare procedure doen zij dat nu niet door het indienen van een inschrijving, maar door zich (eerst) aan te melden als gegadigde. Na ontvangst van die aanmeldingen beoordeelt de aanbesteder of de aangemelde gegadigden in aanmerking komen om te worden uitgenodigd voor het doen van de daadwerkelijke inschrijving.

Toelichting Zie in dit verband hoofdstuk 7, par. 4.1.4 en par. 4.2.5. De aanbesteder beoordeelt of een gegadigde eventueel moet worden uitgesloten op basis van een uitsluitingsgrond en/of dat de gegadigde geschikt is in de zin dat hij voldoet aan de kwalitatieve geschiktheidseisen.

Als er meer geschikte gegadigden zijn dan de aanbesteder zou willen uitnodigen tot het indienen van een inschrijving, kan hij op basis van vooraf bekendgemaakte selectiecriteria het aantal uit te nodigen gegadigden beperken.

Toelichting Zie in dit verband hoofdstuk 7, par. 4.3.5.

Vervolgens nodigt de aanbesteder de geschikte (en zo nodig nader geselecteerde) gegadigden uit tot het indienen van een inschrijving. Daarna volgt een tweede beoordelingsronde waarin de aanbesteder nagaat welke van de inschrijvers de inschrijving heeft gedaan die op grond van het gunningscriterium als beste uit de bus komt.

Toelichting Zie in dit verband hoofdstuk 8.

Ook bij de niet-openbare procedure is het slechts beperkt mogelijk om bilateraal informatie uit te wisselen met een individuele inschrijver gedurende het verloop van de procedure. Dat geldt ook voor wat betreft de mogelijkheid om na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen te onderhandelen. Deze mogelijkheden en de juridische randvoorwaarden daarbij worden meer uitvoerig behandeld in de hoofdstukken 6 en 9.

4.4 Concurrentiegerichte dialoog

De procedure van de concurrentiegerichte dialoog is geregeld in hoofdstuk 4 ARW 2005. Een schematisch overzicht van het verloop van deze procedure staat weergegeven in figuur 3. Het eerste deel van het verloop van deze aanbestedingsprocedure is identiek aan dat van de niet-openbare procedure zoals die staat beschreven in par. 4.3.

Toelichting Ook bij deze aanbestedingsprocedure maakt de aanbesteder de opdracht algemeen bekend en kunnen alle geïnteresseerde marktpartijen aan de procedure deelnemen door zich daarvoor aan te melden als gegadigde. Na ontvangst van de aanmeldingen beoordeelt de aanbesteder of de aangemelde gegadigden in het licht van de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve geschiktheidseisen voor het doen van een inschrijving kunnen worden uitgenodigd. Ook nu geldt weer dat de aanbesteder op basis van vooraf bekendgemaakte selectiecriteria het aantal gegadigden kan beperken.

De geschikte gegadigden worden vervolgens uitgenodigd tot deelname aan een bilaterale dialoog met de aanbesteder.

Toelichting Hier zit een belangrijk verschil met de niet-openbare procedure. Bij die procedure is het immers zo dat de geschikte gegadigden worden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving. Bij de concurrentiegerichte dialoog worden zij echter eerst uitgenodigd voor een dialoog.

Het voeren van een *dialoog* bij de concurrentiegerichte dialoog *voorafgaande* aan de uitnodiging tot het doen van een inschrijving moet niet worden verward met het voeren van bilaterale *onderhandelingen nadat* de inschrijvingen zijn ontvangen en beoordeeld. Dergelijke onderhandelingen zijn bij de concurrentiegerichte dialoog niet mogelijk. Zij zijn wel mogelijk bij de zogenoemde onderhandelingsprocedures, zie par. 4.5 en 4.6.

Het doel van de bilaterale dialoogronde(s) is dat de aanbesteder probeert na te gaan welke van de oplossingen die bij de gegadigden voorhanden zijn het meest geschikt zouden zijn om in zijn behoeften te voorzien, nu hij objectief gezien niet in staat is zijn vraagspecificatie en/of de juridische en/of financiële voorwaarden van het project te omschrijven.

Toelichting Daarbij kunnen dan alle aspecten van de aanbestede bouwopdracht aan de orde komen, vooropgesteld dat het verstrekken van (discriminerende) informatie aan een of meer gegadigden boven andere gegadigden niet is toegestaan. Zie meer uitvoerig hoofdstuk 6, par. 4.3, met name par. 4.3.5.3. De aanbesteder kan tijdens de dialoogronde de gegadigden vragen hun

oplossingen nader uit te werken. Hij kan vervolgens – nog tijdens het verloop van de dialoogronde en op basis van het vooraf bekendgemaakte gunningscriterium – sommige uitgewerkte oplossingen laten afvallen.

Nadat de dialoogronde is afgesloten, nodigt de aanbestedder alle gegadigden uit tot het indienen van een inschrijving. Vervolgens gaat hij na welke inschrijving als beste uit de bus komt.

Figuur 3. Concurrentiegerichte dialoog



Figuur 4. Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking



Toelichting Zie in dit verband hoofdstuk 8.

Bij de concurrentiegerichtte dialoog is het mogelijk om tijdens de dialoogronde(s) bilateraal informatie uit te wisselen met een individuele gegadigde voorafgaande aan diens inschrijving. Die mogelijkheid is bij deze procedure ruimer dan bij de andere aanbestedingsprocedures. Dat wordt nog nader toegelicht in hoofdstuk 6. Echter, de mogelijkheid om na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen met een inschrijver te onderhandelen is net zo beperkt als bij de openbare en de niet-openbare procedure. Dit aspect komt nog uitvoeriger aan de orde in de hoofdstukken 6 en 9.

4.5 Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking

De onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking is geregeld in hoofdstuk 5 ARW 2005. Een schematisch overzicht van het verloop van deze procedure staat weergegeven in figuur 4. De onderhandelingsprocedure is een aanbestedingsprocedure die in twee verschijningsvormen bestaat. De hier bedoelde vorm is die waarin de procedure start met een algemene bekendmaking.

Het eerste deel van het verloop van deze procedure is identiek aan dat van de niet-openbare procedure en de concurrentiegerichtte dialoog.

Toelichting Nadat de opdracht algemeen is bekendgemaakt kunnen alle geïnteresseerde marktpartijen aan de procedure deelnemen door zich daarvoor aan te melden als gegadigde. Na ontvangst van die aanmeldingen beoordeelt de aanbesteder of de aangemelde gegadigden in het licht van de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve geschiktheidseisen voor het doen van een inschrijving kunnen worden uitgenodigd. Ook nu geldt weer dat de aanbesteder op basis van vooraf bekendgemaakte selectiecriteria het aantal gegadigden kan beperken.

De geschikte gegadigden worden vervolgens uitgenodigd tot het indienen van een inschrijving.

Toelichting Op dit punt stemt de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking dus overeen met de niet-openbare procedure. Er is echter sprake van een verschil met de concurrentiegerichtte dialoog, aangezien het bij die procedure zo is dat de aanbesteder de geschikte gegadigden eerst uitnodigt voor een bilaterale dialoogronde, alvorens toe te komen aan de uitnodiging tot het doen van inschrijvingen.

Nadat de aanbesteder de inschrijvingen heeft ontvangen en beoordeeld, nodigt hij de inschrijvers uit tot het voeren van bilaterale onderhandelingen.

Toelichting Op dit punt wijkt de onderhandelingsprocedure (met voorafgaande bekendmaking) dus af van alle andere aanbestedingsprocedures, inclusief de concurrentiegerichtte dialoog.

Het doel van die onderhandelingen is dat de aanbesteder probeert met iedere afzonderlijke inschrijver de contractuele voorwaarden van de aanbestede opdracht (nader) vast te stellen.

Toelichting Alle inschrijvers moeten in beginsel dezelfde kansen krijgen om de aanbestede opdracht in de wacht te slepen door middel van de onderhandelingen. Omdat het onderwerp van die onderhandelingen per inschrijver echter kan verschillen, kan het gebeuren dat de frequentie en de duur van de onderhandelingen per inschrijver verschilt. Het verstrekken van (discriminerende) informatie aan een of meer inschrijvers boven andere inschrijvers, is niet toegestaan. Zie in dit verband ook hoofdstuk 6. Tijdens het verloop van de bilaterale onderhandelingen kan de aanbesteder tussentijds al inschrijvers laten afvallen op basis van het vooraf bekendgemaakte gunningscriterium, net zo lang totdat kan worden vastgesteld welke inschrijving als beste uit de bus komt.

Bij de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking is de mogelijkheid om bilateraal informatie uit te wisselen met een individuele gegadigde, voorafgaande aan diens inschrijving, net zo beperkt als bij de openbare en de niet-openbare procedure. In hoofdstuk 6 zal daarop nog meer uitvoerig worden ingegaan. De mogelijkheid van de aanbesteder om na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen met een inschrijver te onderhandelen, is echter ruimer dan bij de openbare procedure, de niet-openbare procedure en de concurrentie-gerichte dialoog. In de hoofdstukken 6 en 9 zal dat nog verder worden belicht.

4.6 Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

In paragraaf 4.5 is opgemerkt dat de onderhandelingsprocedure twee verschijningsvormen kent. De in deze paragraaf bedoelde vorm is die waarin de procedure start zonder dat de opdracht algemeen wordt bekendgemaakt. Deze procedure is geregeld in hoofdstuk 6 ARW 2005. Een schematisch overzicht van het verloop van deze procedure staat weergegeven in figuur 5.

Het feit dat bij deze tweede verschijningsvorm van de onderhandelingsprocedure de aanbesteder géén algemene bekendheid aan de opdracht geeft, is een eerste belangrijk verschil met de in de vorige paragrafen beschreven aanbestedingsprocedures. Een ander belangrijk verschil is dat de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in de meeste gevallen formeel eigenlijk helemaal niet kan worden gekwalificeerd als een aanbestedingsprocedure in de betekenis die daaraan is gegeven in paragraaf 2 van dit hoofdstuk. Dat komt omdat in de gevallen waarin het gebruik van deze procedure is toegestaan, de reden daarvoor veelal is dat de aanbesteder geen andere optie heeft dan het uitnodigen van één marktpartij voor het indienen van een inschrijving.

Toelichting Het voorgaande betekent overigens niet dat er sprake is van normale contractsvrijheid voor de aanbesteder aangezien hij bij de toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking niet altijd vrij zal zijn uit te maken wie die ene marktpartij is die hij zal gaan contracteren. De identiteit van die marktpartij kan namelijk afhangen van de specifieke omstandigheid die rechtvaardigt dat van deze bijzondere procedure gebruik mag worden gemaakt. Zie hierna ook par. 5.2.4.

Het voorgaande houdt in dat de aanbesteder bij deze procedure veelal één marktpartij uitnodigt tot het doen van een inschrijving. Nadat die inschrijving door hem is ontvangen en beoordeeld, nodigt hij de inschrijver uit tot het voeren van bilaterale onderhandelingen.

Net als bij de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking is het doel van de onderhandelingen dat de aanbesteder probeert met de betreffende inschrijver de contractuele voorwaarden van de aanbestede opdracht (nader) vast te stellen en tot gunning van de opdracht te komen.

Figuur 5. Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking



Figuur 6. Onderhandse procedure



4.7 Onderhandse procedure

De onderhandse procedure is geregeld in hoofdstuk 7 ARW 2005. Een schematisch overzicht van het verloop van deze procedure staat weergegeven in figuur 6.

Een onderhandse procedure is een aanbestedingsprocedure die *niet* algemeen bekend wordt gemaakt. De aanbesteder bepaalt zelf naar eigen inzichten welke marktpartijen hij aan de procedure wenst te laten deelnemen. Hij kan die deelname vervolgens op verschillende manieren vorm geven. Zo kan hij de uitgenodigde marktpartijen vragen meteen een inschrijving in te dienen en in één ronde zowel de uitsluitingsgronden toepassen en de kwalitatieve geschiktheid van de inschrijvers en hun inschrijvingen beoordelen, net zoals dat gebeurt bij

de openbare procedure. Hij kan de procedure ook in twee rondes laten plaatsvinden, zoals het geval is bij de niet-openbare procedure.

Toelichting Denkbaar is zelfs dat de aanbesteder de beoordeling op basis van de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve geschiktheidscriteria geheel achterwege laat. Die beoordeling is dan verdisconteerd in de keuze van de marktpartijen die voor deelname aan de procedure worden uitgenodigd.

De mogelijkheden om tijdens het verloop van de onderhandse procedure bilateraal informatie uit te wisselen met een individuele inschrijver zijn gelijk aan die van de openbare en de niet-openbare procedure. Dat geldt ook voor de mogelijkheid om na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen te onderhandelen. Deze mogelijkheden en de juridische randvoorwaarden daarbij worden meer uitvoerig behandeld in de hoofdstukken 6 en 9.

4.8 Concessieovereenkomst voor openbare werken

De aanduiding concessieovereenkomst voor openbare werken brengt niet tot uitdrukking dat het hier om een specifieke aanbestedingsprocedure gaat. Echter, de bepalingen onder de vlag van deze aanduiding in hoofdstuk 8 ARW 2005 hebben wel degelijk het karakter van voorschriften die zien op het in de markt zetten – via een aanbestedingsprocedure – van een concessieovereenkomst voor openbare werken.

Toelichting Onder een concessieovereenkomst voor openbare werken wordt verstaan: een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met de betaling van een prijs. Zie in dit verband art. 1 lid 3 Algemene Richtlijn en art. 8.1.1 ARW 2005.

De procedure start met een algemene aankondiging van het voornemen tot uitgifte van de concessie, op dezelfde wijze als bij de openbare en de niet-openbare procedure het geval is. Het is vervolgens aan de aanbesteder om te bepalen hoe hij de procedure verder inricht, zo lang hij dat maar doet met inachtneming van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

Toelichting Dit zijn de beginselen van non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit.

Dit betekent allereerst dat de aanbesteder in het kader van de procedure uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en – eventueel – nadere selectiecriteria mag toepassen, vooropgesteld dat hij deze heeft geformuleerd en bekendgemaakt met inachtneming van de hiervoor bedoelde beginselen.

Toelichting De wijze waarop een aanbesteder in dat verband te werk moet gaan, komt uitvoeriger aan bod in hoofdstuk 7.

Hetzelfde kan worden opgemerkt over de formulering, de bekendmaking en de toepassing van het gunningscriterium.

Toelichting Zie daarover meer uitvoerig hoofdstuk 8.

In de tweede plaats is het aan de aanbesteder zelf om te bepalen of hij de aanbestedingsprocedure inricht conform de openbare procedure. Dit zou dan betekenen dat alle geïnteresseerde marktpartijen na de algemene aankondiging kunnen reageren met het doen van een inschrijving. De aanbesteder kan er echter ook voor kiezen eerst een fase in te lassen waarin geïnteresseerde gegadigden zich als zodanig moeten aanmelden. Zij worden vervolgens pas tot inschrijving uitgenodigd nadat zij zijn beoordeeld in het licht van de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele nadere selectiecriteria.

Toelichting Die laatste benadering zou de aanbestedingsprocedure weer meer het karakter geven van een niet-openbare procedure. Deze benadering zit ook ingebakken in de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedures.

Voor wat betreft de mogelijkheid om tijdens de aanbestedingsprocedure informatie uit te wisselen met individuele gegadigden of inschrijvers heeft de aanbesteder in beginsel dezelfde beperkte ruimte als bij de openbare en de niet-openbare procedure. Dit geldt ook voor de mogelijkheid tot onderhandelen met inschrijvers na ontvangst en beoordeling van hun inschrijvingen.

Toelichting Hoe groot die ruimte precies is, wordt nader toegelicht in de hoofdstukken 6 en 9.

Alleen wanneer de aanbestedingsprocedure voldoet aan de toepassingsmodaliteiten van de concurrentiegerichte dialoog of van de onderhandelingsprocedures, kan de aanbesteder deze inrichten met elementen die specifiek zijn voor die meer flexibele procedures.

Toelichting Het betreft dan bijvoorbeeld de mogelijkheid om na de beoordeling op grond van de uitsluitingsgronden, de kwalitatieve geschiktheidseisen en (eventueel) de nadere selectiecriteria een zogenoemde bilaterale dialoogronde in te lassen. Zie daarvoor ook par. 4.4. Ook het inlassen van individuele onderhandelingsrondes na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen is mogelijk, zie daarvoor par. 4.5 en 4.6. Zie over de toepassingsmodaliteiten van de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedures par. 5.2.2 t/m 5.2.4.

Uit het voorgaande blijkt dat voor een aantal belangrijke onderdelen de toe te passen aanbestedingsprocedure meestal gekozen wordt uit de procedures van paragrafen 4.2 t/m 4.7.

4.9 Raamovereenkomst met een enkele ondernemer

Een aanbesteder kan één van de aanbestedingsprocedures die staan beschreven in de paragrafen 4.2 t/m 4.8 gebruiken om tot het sluiten van een raamovereenkomst te komen met één ondernemer.

Toelichting Een raamovereenkomst met een enkele ondernemer is een overeenkomst tussen een of meer aanbesteders en een ondernemer met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen opdrachten vast te leggen. Zie in dit verband ook art. 1 lid 5 jo. art. 32 lid 2 en lid 3 van de Algemene Richtlijn en art. 9.1.1 en 9.1.2 ARW 2005.

Wanneer de aanbesteder vervolgens – uit hoofde van die raamovereenkomst – opdrachten wil gunnen aan die ondernemer, moeten onder omstandigheden een aantal procedurevoorschriften in acht worden genomen.

Toelichting Van een aanbestedingsprocedure zoals bedoeld in par. 2 is hier geen sprake nu slechts één marktpartij wordt benaderd met het verzoek een inschrijving te doen met het oog op gunning van een opdracht. Toch moet gunning van die opdracht vanuit aanbestedingsrechtelijke optiek – nu met name de belangen van derden in het geding kunnen zijn – met waarborgen zijn omkleed. De procedurevoorschriften waarin die waarborgen zijn vervat, zijn natuurlijk alleen van toepassing als de raamovereenkomst tot stand is gekomen na een daaraan voorafgaande aanbestedingsprocedure.

Voorbeeld Een aanbesteder heeft na een aanbestedingsprocedure een raamovereenkomst met een aannemer gesloten. Op basis van die raamovereenkomst verstrekt de aanbesteder vervolgens een opdracht aan die aannemer die helemaal niet past binnen de oorspronkelijke voorwaarden van de raamovereenkomst. Een andere aannemer zou met recht tegen deze gang van zaken kunnen optreden.

De procedurevoorschriften die in dit verband gelden, zijn opgenomen in hoofdstuk 9 ARW 2005. De procedure start met een uitnodiging aan de ondernemer met wie de raamovereenkomst is gesloten. Die uitnodiging van de aanbesteder betreft het doen van een inschrijving voor de concrete opdracht die de aanbesteder voornemens is uit hoofde van de raamovereenkomst te gunnen. Vooropgesteld dat een aantal juridische randvoorwaarden in acht worden genomen, heeft de aanbesteder de mogelijkheid om informatie uit te wisselen met de ondernemer alvorens tot gunning over te gaan. Die randvoorwaarden komen meer uitvoerig aan bod in de hoofdstukken 6 en 9. Als onderdeel van de procedure kan de aanbesteder nagaan of de ondernemer voldoet aan de eisen die in de eerder aanbestede raamovereenkomst staan vermeld, alvorens te besluiten of hij tot gunning van de opdracht overgaat.

4.10 Raamovereenkomst met meerdere ondernemers

Een aanbesteder kan een van de aanbestedingsprocedures die staan beschreven in de paragrafen 4.2 t/m 4.8 ook gebruiken om tot het sluiten van een raamovereenkomst te komen met meerdere ondernemers.

Toelichting Een raamovereenkomst met meerdere ondernemers is een overeenkomst tussen een of meer aanbesteders en meerdere ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen opdrachten vast te leggen. Zie in dit verband ook art. 1 lid 5 jo. art. 32 lid 2 en lid 4 van de Algemene Richtlijn en art. 10.1.1 en 10.1.3 ARW 2005.

Wanneer de aanbesteder vervolgens – uit hoofde van die raamovereenkomst – opdrachten wil gunnen aan een van die ondernemers, moeten een aantal procedurevoorschriften in acht worden genomen. Afhankelijk van het antwoord op de vraag of de aanbesteder in dat verband de mededinging (opnieuw) haar werk wil laten doen, kunnen er op hoofdlijnen twee procedures worden onderscheiden.

In de eerste plaats kan de aanbesteder een dergelijke opdracht rechtstreeks gunnen aan een van de ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst, zonder die ondernemers opnieuw tot mededinging op te roepen. Het antwoord op de vraag of en onder welke voorwaarden dat kan, ligt besloten in de reeds eerder aanbestede raamovereenkomst.

In de tweede plaats kan de aanbesteder tot gunning van een dergelijke opdracht aan een van de ondernemers komen door hen opnieuw tot mededinging op te roepen. Het is met name die procedure die is geregeld in hoofdstuk 10 ARW 2005. De procedure die de aanbesteder dan volgt, heeft het karakter van een aanbestedingsprocedure zoals omschreven in paragraaf 2.

Toelichting Die procedure lijkt dan nog het meest op de onderhandse procedure zoals bedoeld in par. 4.7. De opdracht wordt namelijk enerzijds niet algemeen aangekondigd, maar er vindt anderzijds wel een oproep tot mededinging plaats.

De procedure start met een uitnodiging tot het doen van een inschrijving. Die uitnodiging van de aanbesteder is gericht aan de ondernemers met wie de raamovereenkomst is gesloten. Nadat de aanbesteder de inschrijvingen van de ondernemers heeft ontvangen, beoordeelt hij deze in het licht van het gunningscriterium. Dat gunningscriterium vormt een onderdeel van de vraagspecificatie die onderwerp was van de aanbesteding van de oorspronkelijke raamovereenkomst. Alvorens tot gunning over te gaan, kan de aanbesteder bovendien beoordelen of de ondernemers ook verder nog voldoen aan de destijds gestelde eisen. Voor wat betreft de mogelijkheid om tijdens de aanbestedingsprocedure informatie uit te wisselen met individuele gegadigden of inschrijvers heeft de aanbesteder in beginsel dezelfde beperkte ruimte als bij de openbare en de niet-openbare procedure. Dit geldt ook voor de mogelijkheid tot onderhandelen met inschrijvers na ontvangst en beoordeling van hun inschrijvingen.

5 ***Wat zijn de juridische randvoorwaarden?***

5.1 **Bestaat er een aanbestedingsplicht?**

De vraag of en in hoeverre het een aanbesteder juridisch vrijstaat zelf te bepalen welke van de beschreven aanbestedingsprocedures hij zal gebruiken, kan niet worden beantwoord zonder eerst een aantal vragen daaraan voorafgaand te hebben beantwoord.

In de eerste plaats is het namelijk van belang vast te stellen of de aanbesteder verplicht is tot aanbesteding op grond van een van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (paragraaf 5.1.1).

Toelichting Een bevestigend antwoord beperkt de keuzemogelijkheden van de aanbesteder voor de toe te passen aanbestedingsprocedure. Daarbij maakt het overigens nog verschil of de verplichting tot aanbesteding voortvloeit uit de Algemene Richtlijn dan wel uit de Richtlijn Nutssectoren.

Zelfs wanneer die vraag ontkennend kan worden beantwoord, kan de keuzevrijheid voor de te hanteren aanbestedingsprocedure nog steeds ingeperkt zijn. Dat is namelijk het geval als op de aanbesteder de verplichting tot aanbesteden rust op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie EG (paragraaf 5.1.2) en/of op grond van nationale wet- en regelgeving dan wel door de aanbesteder zelf vastgesteld beleid (paragraaf 5.1.3). Dit ondanks dat de Europese aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn.

Als er in het geheel geen aanbestedingsplicht op de aanbesteder rust en hij toch vrijwillig een aanbestedingsprocedure wil gebruiken, dan staat het hem vrij te kiezen uit de procedures uit paragraaf 4.

5.1.1 Aanbestedingsplicht op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen

Wanneer een aanbesteder op grond van wet- of regelgeving verplicht is de bouwopdracht Europees aan te besteden met inachtneming van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, moet hij de volgende uitgangspunten in acht nemen:

- De aanbesteder kan géén gebruikmaken van de onderhandse aanbesteding (paragraaf 4.7).

Toelichting De Europese aanbestedingsrichtlijnen Bao en Bass kennen een gesloten systeem dat niet voorziet in de mogelijkheid tot gebruik van de onderhandse aanbesteding.

- Als de Algemene Richtlijn van toepassing is, heeft de aanbesteder de vrijheid om de openbare procedure of de niet-openbare procedure te gebruiken. De concurrentiegerichtte dialoog en de onderhandelingsprocedures mogen alleen worden toegepast als aan de daarvoor gestelde toepassingsvoorwaarden is voldaan. Dit geldt ook als het voorwerp van de opdracht een concessieovereenkomst voor openbare werken betreft.

Bron Zie met name de volgende artikelen van de Algemene Richtlijn: art. 28 (openbare en niet-openbare procedure); art. 29 lid 1 (concurrentiegerichtte dialoog); art. 30 lid 1 (onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking); art. 31 lid 1 (onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking); art. 56 e.v. (concessieovereenkomst voor openbare werken). Zie ook de corresponderende bepalingen in art. 28 t/m 31 en art. 58 Bao en in art. 5.2.1 en art. 6.2.1 ARW 2005.

- Als de Richtlijn Nutssectoren van toepassing is, heeft de aanbesteder de vrijheid om de openbare procedure, de niet-openbare procedure en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking te gebruiken. De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mag alleen worden toegepast als aan de daarvoor gestelde toepassingsvoorwaarden is voldaan. De concurrentiegerichtte dialoog mag niet worden toegepast.

Bron Zie de volgende artikelen van de Richtlijn Nutssectoren: art. 40 lid 2 (openbare procedure, niet-openbare procedure en onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking) en art. 40 lid 3 (onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking). Zie ook de corresponderende bepalingen in art. 37 lid 1 en lid 2 Bass.

- Als de aanbestede een opdracht wil gunnen uit hoofde van een raamovereenkomst moet hij de daarvoor geldende procedurevoorschriften in acht nemen.

Bron Zie art. 32 van de Algemene Richtlijn en art. 14 van de Richtlijn Nutssectoren.
Zie ook art. 32 Bao.

5.1.2 Aanbestedingsplicht op grond van de jurisprudentie van het HvJ EG

Een bouwopdracht voldoet niet altijd aan de toepassingsvoorwaarden van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, zodat een (semi-)overheidsaanbestede niet altijd verplicht zal zijn tot naleving van de richtlijnen.

Voorbeeld In dit verband kan met name worden gedacht aan bouwopdrachten die een geraamde waarde vertegenwoordigen van een bedrag dat beneden de drempel van € 5.150.000,- ligt.

Toch kan ook dan een overheid of semi-overheid tot aanbesteden verplicht zijn. Dat kan in de eerste plaats op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie EG.

Toelichting Deze jurisprudentie is nader toegelicht in hoofdstuk 1, par. 2.1. Waar het kort gezegd op neerkomt, is dat wanneer de opdracht in kwestie een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' vertoont, de betreffende (semi-)overheid de fundamentele regels en algemene beginselen van het Verdrag in acht zal moeten nemen.

De door het Hof geformuleerde verplichting impliceert dat de (semi-)overheid een zodanige mate van openbaarheid aan het voornemen tot gunning van de bouwopdracht moet geven dat ook buitenlandse marktdeelnemers in staat worden gesteld hun belangstelling voor die opdracht kenbaar te maken. Daarmee is voor de aanbestede in feite de verplichting gegeven tot het hanteren van een aanbestedingsprocedure die algemeen wordt bekendgemaakt.

Wat die verplichting verder nog betekent voor de keuze van de te hanteren aanbestedingsprocedure, is door het Hof van Justitie opengelaten. Op grond van een rationele uitleg kunnen echter de volgende uitgangspunten worden geformuleerd als er sprake is van een opdracht die een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' vertoont, maar niet onder het toepassingsgebied van de Europese aanbestedingsrichtlijnen valt:

- De aanbestede kan géén gebruikmaken van de onderhandse aanbesteding.

Toelichting De onderhandse aanbesteding voldoet niet aan de voorwaarde van het Hof van Justitie dat een zodanige mate van openbaarheid aan de bouwopdracht moet worden gegeven dat ook buitenlandse marktdeelnemers in staat worden gesteld hun belangstelling voor die opdracht kenbaar te maken.

- De aanbestede kan alleen de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking gebruiken als die aanbestedingsprocedure is toegelaten onder de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Toelichting Wanneer de omstandigheden van het geval zodanig liggen dat er in feite slechts één marktpartij is die voor gunning van de opdracht in aanmerking kan komen, is het niet zinvol de aanbesteder te verplichten meerdere marktpartijen te laten meedingen naar de opdracht. Er valt geen redelijk argument te bedenken waarom dat uitgangspunt dat binnen het werkingsgebied van de aanbestedingsrichtlijnen geldt, niet ook daarbuiten zou behoeven te gelden.

- De aanbesteder kan vrijelijk kiezen uit de openbare procedure, de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Het voorgaande geldt ook als het voorwerp van de opdracht een concessie-overeenkomst voor openbare werken betreft.

Toelichting Het betreft hier allemaal aanbestedingsprocedures waarbij de aanbesteder algemene bekendheid geeft aan de bouwopdracht. Daarmee lijkt te zijn voldaan aan de door het Hof van Justitie gestelde randvoorwaarde.

- In de context van raamovereenkomsten kan de jurisprudentie van het Hof van Justitie er hoogstens toe leiden dat een raamovereenkomst die niet onder het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen valt, aanbesteed moet worden met behulp van een aanbestedingsprocedure die algemeen bekend moet worden gemaakt. Wanneer de aanbesteder vervolgens wil overgaan tot het verstrekken van deelopdrachten op grond van een aldus totstandgekomen raamovereenkomst, bestaat er geen verplichting tot het hanteren van een aanbestedingsprocedure tenzij de raamovereenkomst in deze verplichting voorziet.

Deze uitgangspunten zijn relevant voor alle (semi-)overheden als zij niet op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen maar wel op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG verplicht zijn een bouwopdracht aan te kondigen. Omdat die jurisprudentie (nog) niet is uitgewerkt in nationale wet- en regelgeving, kunnen de meeste (semi-)overheden zich tot deze uitgangspunten beperken. Behoort de aanbesteder daarentegen tot een van de bouwministeries, dan zal hij bij het toepassen van de uitgangspunten tevens de bepalingen van het BAW in acht moeten nemen wanneer hij op het punt staat een aanbestedingsprocedure te kiezen. Dit zal nader worden toegelicht in de volgende paragraaf.

5.1.3 Aanbestedingsplicht op grond van nationale wet- en regelgeving of beleid

Op dit moment bestaat er in ons land (nog) geen nationale wetgeving die de eventuele aanbestedingsplicht van een (semi-)overheidsdienst regelt voor die gevallen die niet worden bestreken door de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Dit betekent dat er ook geen wetgeving bestaat die de jurisprudentie van het HvJ EG uit de vorige paragraaf beoogt te implementeren. Wel is het in de praktijk natuurlijk zo dat veel aanbesteders voor hun organisatie beleid ter zake hebben vastgesteld.

Toelichting De ontwerp-Aanbestedingswet die op 8 juli 2008 door de Eerste Kamer is verworpen, beoogde onder andere in een wettelijke regeling te voorzien. Dat het ontwerp is verworpen, betekent overigens niet dat de jurisprudentie van het HvJ EG geen betekenis zou hebben: de Lid-Staten hebben zich daar gewoon aan te houden.

Wanneer de bouwministeries bouwopdrachten aanbesteden, moeten zij zich realiseren dat zij zijn gebonden aan het BAW 2005.

Toelichting Zie hierover ook hoofdstuk 1, par. 2.1. Het BAW heeft niet tot doel de in par. 5.1.2 vermelde jurisprudentie van het HvJ EG in onze rechtsorde te implementeren (voor de bouwministeries), maar heeft – achteraf bezien – op onderdelen wel die strekking.

Het BAW regelt voor de bouwministeries de verplichting om in bepaalde omstandigheden bouwopdrachten aan te besteden, ook wanneer niet is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van de Algemene Richtlijn. Bij de uitvoering van die verplichting moeten zij dan een van de aanbestedingsprocedures die zijn geregeld in het ARW 2005 gebruiken. Bij het kiezen van een procedure moeten zij zich laten leiden door de volgende in het BAW verankerde uitgangspunten:

- Voor bouwopdrachten die een waarde vertegenwoordigen van beneden de drempel van € 5.150.000,-, mag een aanbesteder die behoort tot een van de bouwministeries vrij kiezen uit de openbare procedure en de niet-openbare procedure.

Bron Zie art. 2 BAW jo. art. 7 sub c Bao.

- Bij het gunnen van opdrachten op basis van een raamovereenkomst of een concessieovereenkomst voor openbare werken moet een aanbesteder die behoort tot een van de bouwministeries afzien van de openbare en de niet-openbare procedure.

Bron Zie art. 3 BAW. Er is overigens niet geregeld welke aanbestedingsprocedure de aanbesteder dan als alternatief zou mogen gebruiken.

- In een limitatief aantal gevallen heeft een aanbesteder die behoort tot een van de bouwministeries de bevoegdheid om een andere aanbestedingsprocedure te gebruiken dan de openbare of de niet-openbare procedure. Deze gevallen staan in art. 4 lid 1 BAW omschreven. Per geval staat welke aanbestedingsprocedure de aanbesteder dan als alternatief mag gebruiken.

Bron Een tot een bouwministerie behorende aanbesteder kan gebruikmaken van de volgende aanbestedingsprocedures in de hierna omschreven specifieke gevallen:

Concurrentiegericht dialogoog: als die procedure voordeel biedt, zie art. 4 lid 1 sub (b) jo. art. 4 lid 2 BAW.

Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking: in dezelfde gevallen als waarin dat zou zijn toegestaan op grond van de Algemene Richtlijn, gesteld dat die van toepassing zou zijn, zie art. 4 lid 1 sub (c) jo. art. 4 lid 3 BAW.

Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking: in dezelfde gevallen als waarin dat zou zijn toegestaan op grond van de Algemene Richtlijn, gesteld dat die van toepassing zou zijn, zie art. 4 lid 1 sub (d) *jo.* art. 4 lid 4 BAW.

Onderhandse aanbesteding: ingeval van (i) geheim verklaarde opdrachten; (ii) opdrachten die een waarde vertegenwoordigen van een bedrag beneden de drempel van € 1.500.000; (iii) wanneer er goede gronden zijn om te vermoeden dat gebruikmaking van de openbare dan wel de niet-openbare procedure niet in het belang van de Staat is; (iv) wanneer aan het werk te stellen bijzondere eisen niet tot hun recht kunnen komen; (v) wanneer het werk van een zodanige aard is dat toezicht tijdens en keuring na gereedmaking geen afdoende waarborg van deugdelijkheid verschaffen; (vi) wanneer er een bijzondere aanbesteding is ontvangen die in het belang is van de Staat, zie art. 4 lid 1 sub (a) en sub (e) *t/m* (i) *jo.* art. 4 lid 5 BAW.

Als een aanbesteder die tot een bouwministerie behoort het oogmerk heeft om doelmatiger aan te besteden kan hij, bij wijze van experiment, afzien van het gebruik van een van de aanbestedingsprocedures waarin het ARW 2005 voorziet. Hij kan in plaats daarvan een ‘eigen’ procedure hanteren, vooropgesteld dat hij de beginselen van aanbestedingsrecht in acht neemt, zie art. 4 lid 1 sub (j) *jo.* art. 11.1.1 ARW 2005.

- Een aanbesteder die tot een bouwministerie behoort, kan in de gevallen die art. 4 lid 1 BAW noemt ook besluiten af te zien van het gebruik van een aanbestedingsprocedure – en de bouwopdracht uit de hand gunnen – als het houden van een aanbesteding in die gevallen niet mogelijk is of door hem ondoelmatig wordt geoordeeld.

De voorgaande uitgangspunten laten zien dat de bouwministeries op grond van het BAW een ruime mate van beleidsvrijheid hebben als het gaat om het kiezen van een aanbestedingsprocedure in die gevallen waarin de Algemene Richtlijn niet van toepassing is.

Toelichting Denkbaar is zelfs dat het BAW op onderdelen een te ruime beleidsvrijheid biedt gezien de ontwikkeling van de jurisprudentie van het HvJ EG. Aanbesteders die tot de bouwministeries behoren wordt dan ook aangeraden zich goed te laten adviseren over de implicaties van die jurisprudentie in het licht van de toepassing van het BAW voordat zij een beslissing nemen over een te hanteren aanbestedingsprocedure.

Veelal bestaat er ook voor andere (semi-)overheidsdiensten dan de bouwministeries regelgeving – bijvoorbeeld een gemeentelijke of provinciale verordening – of andere externe dan wel interne beleidsrichtlijnen op grond waarvan zij gehouden zijn tot het hanteren van een aanbestedingsprocedure. Ook in gevallen die niet onder de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen. Die lagere regelgeving en/of interne beleidsrichtlijnen kunnen bovendien beperkingen stellen aan de keuzevrijheid van de toe te passen aanbestedingsprocedure.

Voorbeeld Gemeente A. heeft een gemeentelijke aanbestedingsverordening vastgesteld waarin is bepaald dat wanneer een gemeentelijke bouwopdracht een waarde vertegenwoordigt die onder de drempel van de Algemene Richtlijn ligt, doch meer dan € 100.000,- bedraagt, de gemeente verplicht is tot aanbesteden. Tevens moet de gemeente voor de keuze van de toe te passen aanbestedingsprocedure dezelfde regels toepassen als die welke voortvloeien uit de Algemene Richtlijn.

5.2 Bijzondere toepassingsvoorwaarden onder de Algemene Richtlijn

5.2.1 Opmerkingen vooraf

In paragraaf 5.1.1 staat aangegeven dat een aanbesteder die een bouwopdracht aanbesteedt met inachtneming van de Algemene Richtlijn en het Bao, niet in alle gevallen de vrijheid heeft om de concurrentiegerichtte dialoog, de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking of de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te gebruiken. Deze procedures kunnen namelijk alleen worden gehanteerd als is voldaan aan een aantal voorwaarden.

Voorbeeld Die toepassingsvoorwaarden kunnen overigens ook relevant zijn wanneer een aanbesteder die tot een bouwministerie behoort een bouwopdracht in de markt wil zetten en daarbij niet is gebonden aan de Algemene Richtlijn, maar op grond van het BAW wel is gehouden een van de aanbestedingsprocedures van het ARW 2005 te hanteren, zie par. 5.1.3.

In de paragrafen 5.2.2 t/m 5.2.4 worden deze juridische toepassingsvoorwaarden nader toegelicht. Een algemene waarschuwing die moet worden gegeven, is dat de toepassingsmodaliteiten die voor het gebruik van deze aanbestedingsprocedures gelden zeer restrictief moeten worden geïnterpreteerd op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG.

5.2.2 Concurrentiegerichtte dialoog

De concurrentiegerichtte dialoog mag op grond van art. 29 lid 1 Algemene Richtlijn worden toegepast als er sprake is van een bijzonder complexe opdracht.

Bron Zie ook art. 29 lid 1 Bao. Van een 'bijzonder complexe opdracht' is sprake als de aanbesteder:

- objectief gezien niet in staat is de technische middelen overeenkomstig art. 23 lid 3 sub (b), sub (c) of sub (d) van de Algemene Richtlijn te bepalen waarmee aan zijn behoeften of doel kan worden tegemoet gekomen, of
- objectief niet in staat is de juridische en/of financiële voorwaarden van een project te specificeren.

Zie art. 1 lid 11 sub (c) Algemene Richtlijn en art. 1 sub (w) Bao.

Vrij vertaald is van een ‘bijzonder complexe opdracht’ sprake is als de aanbesteder objectief gezien niet in staat is – zonder dat hem wat dat betreft een verwijt kan worden gemaakt – een vraagspecificatie te formuleren die de markt laat zien hoe er aan zijn vraagbehoefte kan worden voldaan en/of onder welke juridische en/of financiële voorwaarden dat kan.

Voorbeeld Uit considerans 31 bij de Algemene Richtlijn kan worden afgeleid dat de Commissie vooral het oog heeft op omvangrijke geïntegreerde vervoers- en infrastructuurprojecten of projecten met een complexe en gestructureerde financiering waarvan de financiële en de juridische onderbouwing niet vooraf kunnen worden voorgeschreven.

Het voorgaande betekent dat de concurrentiegerichtte dialoog in ieder geval is toegelaten als gebruik wordt gemaakt van een tweetal varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm, te weten DBFM en DBFMO. Ook bij de alliantie als bouworganisatievorm, kan de concurrentiegerichtte dialoog worden gehanteerd.

Toelichting Zie voor een uiteenzetting van deze bouworganisatievormen hoofdstuk 2, par. 5.3.4, 5.3.5 en 5.4.

5.2.3 Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking

De onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking mag op grond van art. 30 lid 1 Algemene Richtlijn worden toegepast in een viertal gevallen. Daarvan zijn alleen de in lid 1 sub (a), (b) en (d) geregelde gevallen relevant voor aanbestedingen in de bouw.

Toelichting Zie ook art. 30 lid 1 sub (a), (b) en (d) Bao en art. 5.2.1 ARW 2005. Het in art. 30 lid 1 sub (c) van de Algemene Richtlijn omschreven uitzonderingsgeval wordt hier verder niet meer behandeld omdat het geen betrekking heeft op de aanbesteding van een bouwopdracht.

Deze gevallen staan hierna nader toegelicht.

5.2.3.1 Bij voorafgaande aanbesteding alleen maar onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen
Een aanbesteder mag onder de Algemene Richtlijn ‘overschakelen’ naar de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking als bij een voorafgaande aanbesteding van dezelfde opdracht – door middel van een openbare procedure, een niet-openbare procedure of een concurrentiegerichtte dialoog – uitsluitend inschrijvingen zijn gedaan die onregelmatig of onaanvaardbaar waren. Overschakelen naar deze procedure houdt in feite in dat er een nieuwe aanbesteding plaatsvindt op grond van een andere aanbestedingsprocedure.

Toelichting Zie art. 30 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 30 lid 1 sub (a) Bao en art. 5.2.1 sub (a) ARW 2005. Alleen wanneer *alle* inschrijvingen onregelmatig dan wel onaanvaardbaar zijn, mag de aanbesteder overschakelen naar deze onderhandelingsprocedure.

De vraag wat moet worden verstaan onder ‘onregelmatig’ en ‘onaanvaardbaar’ is niet eenvoudig te beantwoorden op grond van de uitleg die aan deze begrippen is gegeven door de Commissie zelf.

Bron

Zie voor deze uitleg de Handleiding van de Commissie bij de Richtlijn Werken, nrs. 3.3.1 en 3.3.2. De uitleg van het begrip *onregelmatig* kan bovendien de vraag oproepen of in een concreet geval een onregelmatige inschrijving in feite niet gelijk staat aan een inschrijving die niet is gedaan. De uitleg van het begrip *onaanvaardbaar* is gecompliceerd omdat dit begrip lastig is af te bakenen van het begrip *geen geschikte* zoals bedoeld in art. 31 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn en art. 31 lid 1 sub (a) Bao. Zie over het begrip *geen of geen geschikte* inschrijving par. 5.2.4.1. Die afbakening is van belang omdat bij uitsluitend *onregelmatige* of *onaanvaardbare* inschrijvingen de onderhandelingsprocedure *met* voorafgaande bekendmaking kan worden gebruikt. Bij *geen of geen geschikte* inschrijvingen mag worden doorgeschakeld naar de onderhandelingsprocedure *zonder* voorafgaande bekendmaking.

In de eerste plaats wordt aangenomen dat (alle) inschrijvingen onregelmatig zijn, wanneer ze onderling op elkaar zijn afgestemd en op die manier de vrije mededinging is uitgeschakeld.

Voorbeeld

In het kader van een niet-openbare procedure worden zeven gegadigden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving. Alvorens hun inschrijvingen in te dienen, maken de zeven ondernemingen onderling afspraken over de wijze waarop zij ieder afzonderlijk zullen gaan inschrijven.

Een inschrijving wordt door de Commissie daarnaast als onregelmatig beschouwd wanneer deze niet voldoet aan de regels die voor de opdracht gelden.

Toelichting

Het is niet geheel duidelijk wat hieronder moet worden verstaan. Gedacht wordt aan een inschrijving die niet voldoet aan belangrijke materiële en formele vereisten, zoals eisen gesteld in de bekendmaking, de uitnodiging tot inschrijving, het bestek, de nota van inlichtingen. Ook het doen van een inschrijving onder voorwaarden valt hieronder.

Een aanbesteder moet zich realiseren dat een onregelmatige inschrijving soms gelijk zal staan aan 'geen inschrijving', in welk geval hij (ook) mag overschakelen naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

Toelichting

Zie in dit verband art. 31 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 31 lid 1 sub (a) Bao en art. 6.2.1 sub (a) ARW 2005. Overschakelen naar die procedure is overigens alleen toegestaan als bij de voorafgaande aanbesteding uitsluitend inschrijvingen zijn gedaan die te kwalificeren zijn als *geen of geen geschikte* inschrijving in de zin van de genoemde bepaling. Zie ook par. 5.2.4.1.

Voorbeeld

Een voorbeeld van een samenloop tussen een geval van een *onregelmatige* inschrijving en *geen* inschrijving is een inschrijving die als ongeldig moet worden beschouwd, bijvoorbeeld omdat deze op belangrijke onderdelen niet voldoet aan de eisen van de vraagspecificatie of omdat ze een inschrijving onder voorwaarden betreft.

Een inschrijving kan om verschillende redenen als onaanvaardbaar worden beschouwd. In de eerste plaats is een inschrijving volgens de Commissie onaanvaardbaar als de inschrijver zelf niet aan de gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen voldoet of wanneer die inschrijver moet worden uitgesloten op grond van een van toepassing zijnde uitsluitingsgrond.

Toelichting Zie ook hoofdstuk 7 over uitsluitingsgronden en kwalitatieve geschiktheidseisen. Een aanbestedder mag in zo'n geval dus alleen overschakelen naar de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking wanneer bij de voorafgaande aanbesteding *alle* inschrijvers zijn uitgesloten en/of niet voldeden aan de kwalitatieve geschiktheidseisen.

In de tweede plaats moet een inschrijving als onaanvaardbaar worden beschouwd als deze naar objectieve maatstaven gemeten als 'te hoog' moet worden beschouwd.

Toelichting Ook nu geldt overigens weer dat een aanbestedder alleen mag overschakelen naar de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking wanneer bij de voorafgaande aanbesteding *alle* inschrijvers hoger hebben ingeschreven dan de aanbestedder – naar objectieve maatstaven gemeten – redelijkerwijs mocht verwachten.

Van een duidelijke objectieve maatstaf zal in beginsel sprake zijn als de aanbestedder vooraf zijn maximumbudget heeft bekendgemaakt en het bedrag van een inschrijving dit budget overschrijdt. Er moet wel worden nagegaan welk prijsniveau de aanbestedder gegeven de aard van de bouwopdracht, de uitvoeringslocatie en het gemiddelde prijspeil in de relevante markt redelijkerwijs mocht verwachten. Dit geldt overigens ook als er geen maximumbudget aangegeven is. Subjectieve verwachtingen van de aanbestedder – al dan niet gebaseerd op de voor de bouwopdracht gereserveerde budgetten – kunnen geen doorslaggevende rol spelen.

Een inschrijving kan soms ook 'abnormaal laag' zijn. De aanbestedder heeft in dat geval de mogelijkheid om zo'n inschrijving uit te sluiten, zodat hij niet hoeft toe te komen aan een doorstart naar de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Toelichting Zie art. 55 Algemene Richtlijn, art. 56 Bao en art. 2.27, 3.29, 4.28, 5.27, 6.24, 7.19 en 10.7 ARW 2005. Voor die doorstartmogelijkheid zal in de gegeven context alleen ruimte zijn in het theoretische geval dat alle inschrijvingen die bij de voorafgaande aanbesteding zijn ingediend 'abnormaal laag' blijken te zijn.

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat een inschrijving die te laat is ingediend, niet als onaanvaardbaar kan worden beschouwd, maar als een geval van geen inschrijving moet worden beschouwd. De reden is dat een aanbestedder een te laat gedane inschrijving terzijde moet leggen en de inhoud daarvan – met inbegrip van de identiteit van de inschrijver – niet mag en ook niet kan beoordelen. Dit betekent dat de aanbestedder deze inschrijver ook niet kan uitnodigen voor de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, mocht hij daartoe overschakelen.

Wanneer de aanbesteder overschakelt naar de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de bouwopdracht op die manier heraanbesteedt, mag hij de eisen van de vraagspecificatie niet wezenlijk wijzigen.

Bron Zie art. 30 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 30 lid 1 sub (a) Bao en art. 5.2.1 sub (a) ARW 2005.

Voorbeeld Van een wezenlijke wijziging zou bijvoorbeeld sprake zijn wanneer de aanbesteder de eisen die hij heeft gesteld ten aanzien van de verwerkingscapaciteit van een te bouwen vuilverwerkingsinstallatie met 50% zou verminderen. Van een wezenlijke wijziging zal echter geen sprake zijn wanneer die installatie net iets anders zou worden gepositioneerd op de beoogde bouwlocatie.

Als de aanbesteder de eisen van de vraagspecificatie wel wezenlijk wil wijzigen, dan moet hij de gewijzigde bouwopdracht opnieuw aanbesteden door gebruik te maken van de openbare of de niet-openbare procedure.

Een heraanbesteding van een niet wezenlijk gewijzigde bouwopdracht op grond van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking veronderstelt dat de aanbesteder de bouwopdracht algemeen bekendmaakt.

Toelichting Zie in dit verband ook de beknopte beschrijving van de procedure in par. 4.5.

De aanbesteder mag bij een heraanbesteding afzien van een voorafgaande bekendmaking, wanneer hij voor deelname aan de procedure alle inschrijvers uitnodigt die deelnamen aan de eerdere aanbesteding en die toen voldeden aan de gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele nadere selectiecriteria en een inschrijving hadden gedaan die voldeed aan de formele eisen voor het plaatsen van opdrachten.

Bron Zie art. 30 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, tweede alinea, art. 30 lid 2 Bao en art. 5.4.3 ARW 2005.

5.2.3.2 Vooraf vaststellen van de prijs is niet mogelijk

Een aanbesteder mag onder de Algemene Richtlijn ook de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking gebruiken in de buitengewone gevallen waarin het niet mogelijk is om de totaalprijs voor de bouwopdracht vast te stellen. Dit komt dan door de aard van de bouwopdracht en onzekere omstandigheden.

Bron Zie art. 30 lid 1 sub (b) Algemene Richtlijn, art. 30 lid 1 sub (b) Bao en art. 5.2.1 sub (b) ARW 2005.

Deze uitzonderingsgrond zal echter niet snel kunnen worden gebruikt.

Bron De Commissie heeft bij eerdere gelegenheid gesteld dat deze procedure "uitsluitend [geldt] voor uitzonderlijke situaties waarin vooraf onzekerheid bestaat over de aard of de omvang van de uit te voeren werkzaamheden, maar niet voor situaties waarin de onzekerheden andere oorzaken hebben,

zoals wanneer de prijs lastig vooraf kan worden vastgesteld als gevolg van de complexiteit van de financieeljuridische constructie". De Commissie licht dat verder toe met de opmerking: "[d]e afwijking kan bijvoorbeeld gelden wanneer werken in een geologisch onstabiel of archeologisch waardevol gebied worden uitgevoerd, waardoor de omvang van de uit te voeren werken aan het begin van de procedure niet valt te voorspellen".

Uit: Groenboek over publiek-private samenwerking en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, COM(2004) 327.

Gegeven de uitleg die de Commissie aan deze uitzonderingsgrond geeft, zal de keuze voor een variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm – D&B, DBM, DBFM, DBFMO – in de regel geen rechtvaardiging kunnen vormen voor gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

In de eerste plaats is het immers zo dat het probleem van de complexiteit van een financieel-juridische constructie zich in de praktijk vooral zal voordoen bij DBFM en DBFMO. De aanbestedder is onder de Algemene Richtlijn dan aangewezen op de procedure van de concurrentiegerichte dialoog in plaats van op de onderhandelingsprocedure.

Toelichting Zie in dit verband par. 4.4 en par. 5.2.2.

In de tweede plaats is het zo dat een aanbestedder die besluit te opteren voor D&B of DBM er in dat geval zelf voor kiest de markt een ruimere mate van oplossingsvrijheid te bieden. Deze keuze *kan* ertoe leiden dat die aanbestedder zichzelf in de positie brengt dat hij een marktpartij contracteert op een moment dat er nog veel onzekerheid bestaat over de aard en de omvang van de uit te voeren werkzaamheden. Dat is in de visie van de Commissie geen rechtvaardiging voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Toelichting Met het voorgaande is niet gezegd dat het om redenen van doelmatigheid onverstandig zou zijn de onderhandelingsprocedure toe te passen ingeval van D&B of DBM: het mag juridisch gewoon niet.

De consequentie van het voorgaande is dat een aanbestedder – vanuit de optiek van de juridische randvoorwaarden – onder de Algemene Richtlijn in de regel zal zijn aangewezen op de openbare of de niet-openbare procedure wanneer hij heeft gekozen voor D&B of DBM.

5.2.3.3 Aanbesteding van een proefproject

Tot slot mag een aanbestedder onder de Algemene Richtlijn de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking ook hanteren wanneer een bouwopdracht uitsluitend wordt uitgevoerd ten behoeve van onderzoek, proefneming of ontwikkeling en niet met het doel winst te maken of de kosten van onderzoek en ontwikkeling te dekken.

Bron Zie art. 30 lid 1 sub (d) Algemene Richtlijn, art. 30 lid 1 sub (d) Bao en art. 5.2.1 sub (d) ARW 2005.

Deze uitzonderingsgrond is voor de aanbesteding van commerciële bouwopdrachten niet relevant.

5.2.4 Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mag op grond van art. 31 lid 1 Algemene Richtlijn in een aantal gevallen worden toegepast. Daarvan zijn alleen de vijf gevallen die zijn geregeld in lid 1 sub (a) t/m (c) en lid 4 sub (a) en (b) relevant voor aanbestedingen in de bouw.

Bron Zie ook art. 31 lid 1 en lid 4 Bao en art. 6.2.1 ARW 2005.

Deze gevallen staan hierna nader toegelicht.

5.2.4.1 Bij voorafgaande aanbesteding geen of geen geschikte inschrijvingen

Het is een aanbesteder onder de Algemene Richtlijn toegestaan om over te schakelen naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking wanneer bij een voorafgaande aanbesteding van dezelfde opdracht – door middel van een openbare procedure of een niet-openbare procedure – geen dan wel geen geschikte inschrijvingen zijn gedaan. Het komt er dan in feite op neer dat er een nieuwe aanbesteding plaatsvindt op grond van een andere aanbestedingsprocedure.

Toelichting Zie art. 31 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 31 lid 1 sub (a) Bao en art. 6.2.1 sub (a) ARW 2005. Alleen wanneer *alle* inschrijvingen als ongeschikt kunnen worden aangemerkt, mag de aanbesteder overschakelen naar deze onderhandelingsprocedure.

Het overschakelen naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is niet toegestaan wanneer de voorafgaande aanbestedingsprocedure een concurrentiegericht dialogo was.

De vraag die moet worden beantwoord is wat kan worden verstaan onder ‘geen of geen geschikte inschrijvingen’.

Toelichting Zie voor een uitleg de Handleiding van de Commissie bij de Richtlijn Werken, nr. 3.3.2. Bij de uitleg van het begrip kunnen zich vragen van afbakening, samenloop en overlap voordoen in relatie tot de uitleg van de begrippen *onregelmatig* en *onaanvaardbaar* zoals bedoeld in art. 30 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 30 lid 1 sub (a) Bao en art. 5.2.1 sub (a) ARW 2005. Een en ander is van belang omdat als er sprake is van uitsluitend *onregelmatige* of *onaanvaardbare* inschrijvingen de onderhandelingsprocedure *met* voorafgaande bekendmaking kan worden gebruikt. Bij *geen of geen geschikte* inschrijvingen mag worden doorgeschakeld naar de onderhandelingsprocedure *zonder* voorafgaande bekendmaking. Zie hierover par. 5.2.3.1.

Het geval waarin geen inschrijvingen zijn gedaan, lijkt eenvoudig vast te stellen. Die situatie doet zich voor wanneer de aanbesteder feitelijk geen enkele inschrijving heeft ontvangen. Dat is echter een te enge omschrijving van de gevallen die onder deze uitzonderingsgrond

kunnen worden gebracht. Een situatie waarin de aanbesteder feitelijk een of meer inschrijvingen heeft ontvangen, kan namelijk normatief gezien gelijk staan met de situatie waarin er geen inschrijving is ontvangen.

Voorbeeld Te denken valt aan het geval waarin de ontvangen inschrijvingen te laat zijn ingediend. Of het geval waarin alle ontvangen inschrijvingen als ongeldig moeten worden beschouwd, bijvoorbeeld omdat de inschrijvingen op belangrijke onderdelen niet voldoen aan de eisen van de vraagspecificatie of omdat alle inschrijvingen onder voorwaarden zijn gedaan. Bij ongeldigheid zijn de inschrijvingen bovendien onregelmatig in de zin van art. 30 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 30 lid 1 sub (a) Bao en art. 5.2.1 sub (a) ARW 2005. Zie hierover par. 5.2.3.1.

Op grond van de uitleg die de Commissie heeft gegeven aan het begrip geen geschikte inschrijving kan worden vastgesteld dat deze situatie een hoogst academisch karakter heeft.

Bron De Commissie doelt hier op inschrijvingen “die onaanvaardbaar en onregelmatig zijn, maar waarvan de inhoud daarenboven geen enkel verband houdt met de opdracht en die derhalve volstrekt ongeschikt zijn om in de behoeften van de aanbestedende diensten te voorzien, zoals die in de aanbestedingsdocumenten zijn omschreven. De indiening van dergelijke offertes wordt dan ook gelijkgesteld met het uitblijven van inschrijvingen”.

Uit: Handleiding bij de Richtlijn Werken, nr. 3.3.2.

Uit de formulering van de Commissie kan worden opgemaakt dat bij een niet geschikte inschrijving in feite sprake is van samenloop met een geval van een onregelmatige of onaanvaardbare inschrijving, zoals bedoeld in paragraaf 5.3.2.1. Er doen zich daarnaast echter een of meer bijkomende omstandigheden voor die maken dat de inschrijving kan worden gekwalificeerd als niet geschikt.

Voorbeeld Uit de ingediende inschrijvingen blijkt niet alleen dat alle inschrijvers onder voorwaarden hebben ingeschreven, maar kan daarnaast overduidelijk worden afgeleid dat geen van de inschrijvers serieus is ingegaan op de eisen van de vraagspecificatie.

Als sprake is van geen of geen geschikte inschrijving, kan de aanbesteder dezelfde bouwopdracht proberen aan te besteden met behulp van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Hij mag de eisen van de vraagspecificatie echter niet wezenlijk wijzigen.

Bron Zie art. 31 lid 1 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 31 lid 1 sub (a) Bao en art. 6.2.1 sub (a) ARW 2005.

Als de aanbesteder de eisen van de vraagspecificatie wel wezenlijk wil wijzigen, dan moet hij de gewijzigde bouwopdracht opnieuw aanbesteden door gebruik te maken van de openbare of de niet-openbare procedure.

5.2.4.2 Technische of artistieke redenen of bescherming van exclusieve rechten

Een aanbesteder mag onder de Algemene Richtlijn ook de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking gebruiken als er sprake is van een bouwopdracht die om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van exclusieve rechten slechts aan één bepaalde marktpartij kan worden toevertrouwd.

Bron Zie art. 31 lid 1 sub (b) Algemene Richtlijn, art. 31 lid 1 sub (b) Bao en art. 6.2.1 sub (b) ARW 2005.

Deze uitzonderingsgrond zal echter niet snel kunnen worden gebruikt. Een aanbesteder zal namelijk zelden of nooit kunnen aantonen dat slechts één marktpartij om technische of artistieke redenen voor een opdracht in aanmerking komt. Een auteursrecht op een ontwerp vormt geen rechtvaardiging voor gunning van de bouwopdracht aan de auteursgerechtigde.

Voorbeeld Een uitzondering is denkbaar in het geval van een aanvankelijk niet voorziene uitbreiding of verbouwing van een werk waarop een auteursrecht rust dat toebehoort aan de marktpartij die het oorspronkelijke werk heeft gerealiseerd.

Ook wanneer een marktpartij een eigendomsrecht heeft op een stuk grond dat verband houdt met de locatie waarop, waarin of waaronder de aanbesteder het te realiseren werk heeft geprojecteerd, kan geen gebruik worden gemaakt van deze uitzonderingsgrond.

5.2.4.3 Dwingende spoed als gevolg van onvoorziene gebeurtenissen

De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking kan onder de Algemene Richtlijn ook nog worden toegepast – voorzover zulks strikt noodzakelijk is – wanneer de termijnen voor de openbare, de niet-openbare of voor de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking niet in acht kunnen worden genomen. Dit wegens dwingende spoed of als gevolg van gebeurtenissen die de aanbesteder niet kon voorzien.

Bron Zie art. 31 lid 1 sub (c) Algemene Richtlijn, art. 31 lid 1 sub (c) Bao en art. 6.2.1 sub (c) ARW 2005.

Ook de toepassing van deze uitzonderingsgrond zal niet snel kunnen worden gerechtvaardigd. De cumulatieve criteria waaraan moet zijn voldaan, zullen zich in de praktijk niet snel voordoen.

Toelichting Die criteria zijn: (i) er is sprake van een onvoorziene gebeurtenis die niet aan de aanbesteder valt te wijten; (ii) er is sprake van dwingende spoed die onverenigbaar is met de termijnen die verbonden zijn aan een algemene oproep tot mededinging; (iii) er is sprake van een oorzakelijk verband tussen de onvoorziene gebeurtenis en de daaruit voortvloeiende dwingende spoed.

Voorbeeld Een voorbeeld van een geval waarin aan deze criteria zal zijn voldaan, is het geval waarin een dijk dreigt te bezwijken als gevolg van plotselinge hoogwaterstand.

Een voorbeeld van 'dwingende spoed' die geen grond vormt om de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking toe te passen, is

wanneer een aanbestedder door eigen gedrag in tijdnood is geraakt om correct aan te besteden. De aanbestedder heeft bijvoorbeeld te lang gedraald met de uitbreiding van een overheidsgebouw.

5.2.4.4 Aanvullende werkzaamheden

Gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is onder de Algemene Richtlijn tevens toegestaan als de aanbestedder aanvullende werkzaamheden wil opdragen aan de marktpartij aan wie hij eerder een bouwopdracht heeft verstrekt op basis van een vraagspecificatie waarin die aanvullende werkzaamheden niet zijn opgenomen. Een ingangsvoorwaarde is dan dat die aanvullende werkzaamheden als gevolg van onvoorziene omstandigheden nodig zijn voor de realisatie van het oorspronkelijke project.

Bron Zie art. 31 lid 4 sub (a) Algemene Richtlijn, art. 31 lid 4 sub (a) Bao en art. 6.2.1 sub (d) ARW 2005.

Voorbeeld Een aannemer krijgt na een aanbesteding de opdracht om een spoorlijn aan te leggen. Nadat de werkzaamheden zijn gestart, krijgen verschillende gemeenten die langs de aan te leggen spoorlijn liggen alsnog de toezegging van het Rijk dat er extra geluidswerende voorzieningen worden getroffen langs het aan te leggen spoor.

Als van deze situatie sprake is, kan de aanbestedder de aanvullende werkzaamheden rechtstreeks opdragen aan de marktpartij waaraan ook het oorspronkelijke project is opgedragen. Daarbij geldt wel dat de aanvullende werkzaamheden uit technisch of economisch oogpunt niet los van het oorspronkelijke project kunnen worden uitgevoerd zonder overwegende bezwaren voor de aanbestedder. Kunnen die aanvullende werkzaamheden wel los van het oorspronkelijke project worden uitgevoerd, dan moeten zij strikt noodzakelijk zijn voor de vervolmaking daarvan. Een aanvullende voorwaarde is verder dat de waarde van de aanvullende werkzaamheden niet hoger is dan 50% van de waarde van het oorspronkelijke project.

5.2.4.5 Herhalingsopdracht

Een aanbestedder kan de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking onder de Algemene Richtlijn ook gebruiken wanneer de bouwopdracht in feite een herhaling betreft van de uitvoering van een eerdere opdracht. Die eerdere opdracht is dan op grond van een aanbestedingsprocedure opgedragen aan de marktpartij aan wie de aanbestedder nu ook de herhalingsopdracht wil opdragen. Ingangsvoorwaarde is dan wel dat de herhalingsopdracht overeenstemt met de vraagspecificatie van de oorspronkelijk aanbestede bouwopdracht.

Bron Zie art. 31 lid 4 sub (b) Algemene Richtlijn, art. 31 lid 4 sub (b) Bao en art. 6.2.1 sub (e) ARW 2005.

Voorbeeld Een aannemer krijgt na een aanbestedingsprocedure de opdracht om drie windmolens te plaatsen. Vervolgens krijgt hij het verzoek om nog een zelfde windmolen te plaatsen, honderd meter verwijderd van de andere windmolens.

Er zijn echter wel een aantal nadere voorwaarden verbonden aan het gebruik van deze mogelijkheid. Allereerst is vereist dat de aanbesteder de oorspronkelijke opdracht heeft aanbesteed door een openbare of een niet-openbare procedure. De mogelijkheid van herhaling moet bovendien reeds zijn aangekondigd bij de algemene bekendmaking van de aanbesteding van het oorspronkelijke project. Verder moet van de herhalingsmogelijkheid gebruik worden gemaakt binnen drie jaren volgend op de oorspronkelijke opdracht.

Als niet aan deze voorwaarden wordt voldaan, mag de aanbesteder de herhalingsopdracht niet opdragen aan de marktpartij aan wie het oorspronkelijke project is opgedragen. De aanbesteder mag dan ook niet een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking op touw te zetten waarvoor naast de oorspronkelijke marktpartij ook nog enkele andere marktpartijen worden uitgenodigd. De aanbesteder moet in beginsel kiezen tussen de openbare en de niet-openbare procedure voor de aanbesteding van de herhalingsopdracht.

Wordt wel aan de voorwaarden voldaan, dan *moet* de aanbesteder de herhalingsopdracht gunnen aan de marktpartij aan wie ook het oorspronkelijke project is opgedragen. De aanbesteder mag geen marktpartijen tot deelname aan een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking uitnodigen om te concurreren met de marktpartij aan wie het oorspronkelijke project werd opgedragen.

5.3 Bijzondere toepassingsvoorwaarden onder de Richtlijn Nutssectoren

Een aanbesteder die verplicht is een bouwopdracht aan te besteden met inachtneming van de Richtlijn Nutssectoren en het Bass heeft in bepaalde gevallen de vrijheid om de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking in de markt te zetten.

Bron Zie art. 40 lid 3 Richtlijn Nutssectoren alsook art. 37 lid 2 Bass.

Dit komt in feite neer op gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

De gevallen waarin een aanbesteder deze vrijheid heeft, komen overeen met de gevallen die aan de orde zijn geweest in de paragrafen 5.2.3 en 5.2.4 in de context van de Algemene Richtlijn.

Toelichting In de context van de Algemene Richtlijn gaat het dan om gevallen waarin de aanbesteder de vrijheid heeft om de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (par. 5.2.3) te gebruiken of de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (par. 5.2.4).

Zo kan een aanbesteder onder de Richtlijn Nutssectoren overschakelen naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking als bij een voorafgaande aanbesteding geen of geen geschikte inschrijvingen zijn gedaan.

Toelichting Zie art. 40 lid 3 sub (a) Richtlijn Nutssectoren en art. 37 lid 2 sub (a) Bass. Zie voor een toelichting bij deze uitzonderingsgrond par. 5.2.4.1. Anders dan de Richtlijn Werken en het Bao voorzien de Richtlijn Nutssectoren en het Bass

niet in het geval dat bij een eerdere aanbestedingsprocedure alleen maar onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend. Dit betekent dat in zo'n geval de aanbesteder dezelfde opdracht alleen zal kunnen heraanbesteden met de openbare procedure, de niet-openbare procedure of de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Ook bij de aanbesteding van een proefproject kan de aanbesteder onder de Richtlijn Nutssectoren de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking gebruiken.

Toelichting Zie art. 40 lid 3 sub (b) Richtlijn Nutssectoren en art. 37 lid 2 sub (b) Bass. Zie voor een toelichting bij deze uitzonderingsgrond par. 5.2.3.3.

De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is ook mogelijk wanneer de aanbesteder om technische of artistieke redenen of vanwege de bescherming van exclusieve rechten de bouwopdracht slechts aan één bepaalde marktpartij kan gunnen.

Toelichting Zie art. 40 lid 3 sub (c) Richtlijn Nutssectoren en art. 37 lid 2 sub (c) Bass. Zie voor een toelichting bij deze uitzonderingsgrond par. 5.2.4.2.

Dwingende spoed als gevolg van onvoorziene gebeurtenissen kan onder de Richtlijn Nutssectoren eveneens een rechtvaardigingsgrond zijn om de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te gebruiken.

Toelichting Zie art. 40 lid 3 sub (d) Richtlijn Nutssectoren en art. 37 lid 2 sub (d) Bass. Zie voor een toelichting bij deze uitzonderingsgrond par. 5.2.4.3.

De aanbesteder kan onder de Richtlijn Nutssectoren ook de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking gebruiken als hij aanvullende werkzaamheden of een herhalingsopdracht wil opdragen.

Toelichting Zie art. 40 lid 3 sub (f) en sub (g) Richtlijn Nutssectoren en art. 37 lid 2 sub (f) en (g) Bass. Zie voor een toelichting bij deze uitzonderingsgrond par. 5.2.4.4 respectievelijk 5.2.4.5 hierboven.

6 Welke aanbestedingsprocedure wanneer doelmatig?

6.1 Vertrekpunt

Binnen de juridische randvoorwaarden uit de vorige paragraaf is een aanbesteder vrij om te bepalen welke aanbestedingsprocedure hij zal gebruiken om een bouwopdracht aan te besteden.

Toelichting Die vrijheid is ruimer wanneer er geen verplichting tot aanbesteden bestaat op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen of op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, zie met name par. 5.1.

Gegeven de beschikbare juridische ruimte, moet een aanbesteder zich vervolgens afvragen welke aanbestedingsprocedure hij vanuit het oogpunt van doelmatigheid het beste kan gebruiken. De volgende paragrafen geven een aantal aanbevelingen waarmee deze vraag kan worden beantwoord.

6.2 Aansluiting zoeken bij overwegingen die tot keuze bouworganisatievorm leiden

Aanbevolen wordt dat de aanbesteder bij zijn keuze voor de aanbestedingsprocedure zich in belangrijke mate laat leiden door dezelfde overwegingen als bij de keuze voor de bouworganisatievorm en – in het verlengde daarvan – de mate van oplossingsvrijheid die hij biedt in de vraagspecificatie en de daarbij behorende contractvorm. De keuze van de meest doelmatige aanbestedingsprocedure ligt uiteindelijk namelijk in het verlengde van die andere keuzes.

Toelichting Zie in dit verband ook par. 3 van dit hoofdstuk en par. 3 van hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4. Een aanbesteder kiest de meest geschikte bouworganisatievorm door tal van aspecten af te wegen. Welke aspecten dat precies zijn en hoe een aanbesteder bij het maken van zijn afwegingen het beste te werk kan gaan, is uitvoerig aan de orde geweest in hoofdstuk 2, par. 6. Een aantal van die aspecten hebben betrekking op de mate van oplossingsvrijheid die de aanbesteder de markt wil, kan en mag geven. Uit de afweging van deze en andere aspecten vloeit dan als vanzelf de meest geëigende keuze over de te hanteren contractvorm, de bijbehorende gestandaardiseerde contractvoorwaarden en de meest doelmatige aanbestedingsprocedure voort.

Ook het DSS brengt het voorgaande tot uitdrukking. De gebruiker van het DSS wordt geadviseerd over de procesinrichting waarmee de aanbesteder een bepaald resultaat kan bereiken. Dat advies gaat niet alleen over de bouworganisatievorm en de vraagspecificatie die het beste voor een bepaalde situatie kunnen worden gebruikt, maar ook over de contractvorm die daar het beste bij aansluit en de bijbehorende aanbestedingsprocedure.

Toelichting De procesinrichting zal van geval tot geval differentiëren. Dat komt eerst en vooral omdat de wensen en de behoeften van de aanbesteder van geval tot geval zullen verschillen en hij alleen daarom al de accenten telkens weer anders zal willen leggen. Het komt echter ook doordat de projectspecifieke omstandigheden telkens weer van elkaar zullen verschillen. Zie in dit verband ook hoofdstuk 2, par. 3.1.

Gegeven de projectspecifieke omstandigheden zal de aanbesteder zich bij de keuze van de procedure met name moeten laten leiden door de belangrijkste verschillen tussen de aanbestedingsprocedures en hun consequenties voor het betreffende geval.

Toelichting Die verschillen hebben betrekking op (i) het al dan niet algemeen bekendmaken van de bouwopdracht; (ii) de behoefte aan bilaterale informatie-uitwisseling tijdens de aanbestedingsprocedure; en (iii) het al dan niet kunnen beperken van voor de inschrijving uit te nodigen marktpartijen die van hun interesse blij hebben gegeven. Zie hierover ook par. 3.

Die verschillen vormen de basis voor de aanbevelingen die in de volgende paragrafen worden gedaan voor de beantwoording van de vraag welke aanbestedingsprocedure in een bepaald geval voor de aanbesteder het meest doelmatig is.

6.3 Wel of geen algemene bekendmaking?

6.3.1 Europese aanbesteding

Als een aanbesteder verplicht is tot aanbesteden op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen of de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, kan het geen vraag zijn of de bouwopdracht wel of niet algemeen bekend moet worden gemaakt. Algemene bekendmaking is de hoofdregel en alleen in zeer uitzonderlijke gevallen mag daarvan worden afgezien.

Toelichting Zie par. 4.6 (onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking), par. 4.9 (raamovereenkomst met een enkele ondernemer) en par. 4.10 (raamovereenkomst met meerdere ondernemers). Zie ook par. 5.2.4 en 5.3. In de gevallen waarin juridisch gezien geen algemene bekendmaking behoeft plaats te vinden, ondanks de verplichting om aan te besteden, zou een verplichting om dat wel te doen in de regel ook weinig doelmatig zijn.

6.3.2 Niet-Europese aanbesteding

Als een aanbesteder niet verplicht is Europees aan te besteden, maar wel een verplichting op grond van het BAW heeft om één van de aanbestedingsprocedures van het ARW 2005 te gebruiken, bestaat juridisch gezien nagenoeg volledige vrijheid om (ook) de onderhandse procedure te gebruiken.

Die vrijheid is er tevens wanneer een aanbesteder vrijwillig kiest voor het van toepassing verklaren van het ARW 2005. De vraag is vervolgens of de aanbesteder – gegeven die vrijheid – er dan verstandig aan doet af te zien van een algemene bekendmaking van de bouwopdracht.

Toelichting Afzien van een algemene bekendmaking lijkt in ieder geval doelmatig wanneer uit de omstandigheden duidelijk blijkt dat er slechts één marktpartij in aanmerking komt voor de bouwopdracht.

Of het ook buiten deze specifieke situatie vanuit de optiek van doelmatigheid verstandig is af te zien van een algemene bekendmaking, is twijfelachtig. Het is immers niet vanzelfsprekend dat een aanbesteder er iets mee zou winnen wanneer hij géén algemene bekendheid geeft aan de bouwopdracht. In de regel kunnen immers met een algemene bekendmaking economische (mededings)voordelen worden geboekt.

Een aanbesteder kan een algemene bekendmaking achterwege willen laten omdat hij er niet zeker van is of eventueel te behalen voordelen wel voldoende opwegen tegen de administratieve lasten en transactiekosten die met een algemene bekendmaking gepaard gaan.

Toelichting Het gaat dan natuurlijk niet om de directe kosten die gemoeid zijn met het doen van een algemene bekendmaking als zodanig. De vrees van de aanbesteder zal waarschijnlijk zijn dat een zeer groot aantal marktpartijen blij-

zal geven van interesse in de bouwopdracht. Het proces dat moet worden doorlopen om vanuit die veelheid aan geïnteresseerden tot één potentiële contractpartner te komen, genereert hoe dan ook kosten. Daar zal de zorg van de aanbesteder zitten.

De aanbesteder moet zich echter te realiseren dat hij over meer dan voldoende vrijheid beschikt voor het nader selecteren en beperken van de gegadigden die worden uitgenodigd voor het doen van een inschrijving.

Toelichting Zie in dit verband met name hoofdstuk 7, par. 4.3.

Zeker wanneer het selectieproces professioneel en doelmatig is, zullen de daarmee gemoeide administratieve lasten en transactiekosten over het algemeen beperkt zijn.

6.4 Voldoende ruimte voor informatie-uitwisseling?

6.4.1 Aanbestedingsplicht op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen

Als een aanbesteder verplicht moet aanbesteden op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, dan moet hij kiezen voor een procedure met een algemene bekendmaking. Er komen dan een aantal aanbestedingsprocedures in aanmerking.

Toelichting Namelijk: openbare procedure, niet-openbare procedure, concurrentiegericht dialog, onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en concessieovereenkomst voor openbare werken. De laatste 'procedure' moet worden geoperationaliseerd aan de hand van een van de andere vermelde procedures, vooropgesteld dat het juridisch is toegestaan zo'n andere procedure te gebruiken.

Bij het maken van de keuze uit één van deze procedures moet de aanbesteder zich met name laten leiden door het antwoord op de vraag of en in hoeverre hij behoefte heeft aan de mogelijkheid om door bilaterale informatie-uitwisseling met individuele gegadigden en/of inschrijvers tot een zo optimaal mogelijke afstemming tussen zijn vraagspecificatie en de te verwachten inschrijvingen te komen.

Toelichting Zie over deze mogelijkheden meer uitvoerig hoofdstuk 6. Kort gezegd komt het er op neer dat die mogelijkheden beperkt en identiek zijn voor de openbare procedure en de niet-openbare procedure.

De mogelijkheden zijn wat ruimer bij de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Bij die procedure bestaat vóór het moment van inschrijving evenveel ruimte tot informatie-uitwisseling als bij de openbare en de niet-openbare procedure. Echter, na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen heeft de aanbesteder een veel ruimere mogelijkheid tot informatie-uitwisseling in het kader van de onderhandelingen die hij dan met de inschrijvers kan voeren.

De mogelijkheden zijn het ruimst bij de concurrentiegericht dialog.

Deze vraag is overigens bij aanbestedingen op grond van een Europese aanbestedingsplicht tamelijk academisch. De procedures die de meeste mogelijkheden tot bilaterale informatie-uitwisseling bieden – de concurrentiegerichtte dialoog en de onderhandelingsprocedure – mogen volgens de Europese aanbestedingsrichtlijnen slechts in een beperkt aantal gevallen worden toegepast.

Toelichting Zie de juridische randvoorwaarden in par. 5.2.2 en 5.2.3.

De concurrentiegerichtte dialoog staat in feite alleen maar open bij de bouworganisatievormen DBFM, DBFMO of alliantie, vooropgesteld dat bij de laatste de aanbesteder de financieringstaak (F) geïntegreerd met andere taken aan de markt uitbesteedt. Omdat voor het welslagen van projecten op basis van deze bouworganisatievormen juist de informatie-uitwisselingsmogelijkheden van groot belang zijn, wordt aanbevolen bij deze projecten zoveel mogelijk de concurrentiegerichtte dialoog te gebruiken.

Bij een variant van de traditionele bouworganisatievorm of bij D&B of DBM heeft de aanbesteder slechts de keuze uit de openbare of de niet-openbare procedure. De onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking kan bij deze vormen alleen in beeld komen wanneer specifieke omstandigheden dat rechtvaardigen.

Toelichting Zie de juridische randvoorwaarden in par. 5.2.3.

De aanbestedingsrichtlijnen bieden dus geen structurele toepassingmogelijkheid van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking in de context van D&B en DBM.

6.4.2 Aanbestedingsplicht op grond van jurisprudentie van het HvJ EG

Als een aanbesteder niet verplicht is tot aanbesteden op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, maar wel op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, moet hij kiezen voor een procedure met een algemene bekendmaking. In dat geval komen dezelfde aanbestedingsprocedures in aanmerking als wanneer een Europese aanbesteding verplicht zou zijn.

Toelichting Namelijk: openbare procedure, niet-openbare procedure, concurrentiegerichtte dialoog en onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Het verschil is nu echter dat de aanbesteder vrij kan kiezen welke van die procedures hij zal gaan toepassen.

Toelichting Zie par. 5.1.2.

Bij het maken van een keuze uit één van deze procedures zal de aanbesteder zich nu dus wél kunnen – en moeten – laten leiden door het antwoord op de vraag, of en in hoeverre hij behoefte heeft aan de mogelijkheid tot bilaterale informatie-uitwisseling. Hij zal daarnaast ook in zijn overwegingen moeten betrekken dat de transactiekosten toenemen naar mate hij – binnen de toegelaten kaders van de procedure – meer concrete invulling geeft aan de bilaterale informatie-uitwisseling.

Aan die mogelijkheid tot bilaterale informatie-uitwisseling zal het minst behoefte bestaan als de aanbesteder voor de traditionele bouworganisatievorm heeft gekozen, zeker wanneer de voordelen daarvan worden afgezet tegen de daarmee gemoeide transactiekosten. Dit geldt met name wanneer de aanbesteder in het verlengde daarvan een vraagspecificatie heeft gespecificeerd waarin de eisen tot op een gedetailleerd technisch niveau zijn uitgewerkt. De aanbesteder doet er dan verstandig aan de openbare of de niet-openbare procedure te gebruiken.

Toelichting Zie hierna par. 6.5 voor het antwoord op de vraag welke van die twee procedures dan nog het meest voor de hand ligt.

Vanuit de optiek van doelmatigheid ligt de openbare of de niet-openbare procedure veel minder voor de hand wanneer de aanbesteder heeft gekozen voor een variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm.

Toelichting D&B, DBM, DBFM en DBFMO.

Bij deze bouworganisatievormen kunnen veel voordelen worden behaald met een van de andere procedures. De aanbesteder moet overigens wel oog houden voor de transactiekosten die hij met de keuze voor een andere procedure genereert.

Als de te behalen voordelen groter zullen zijn dan de transactiekosten, doet de aanbesteder er verstandig aan om zoveel mogelijk de concurrentiegerichtte dialoog te gebruiken. Deze procedure biedt met name in de fase voorafgaande aan de inschrijvingen meer ruimte dan de onderhandelingsprocedure als het gaat om optimaal afstemmen tussen de vraagspecificatie van de aanbesteder en de oplossingsrichtingen van de deelnemende marktpartijen.

6.5 Openbaar of niet-openbaar?

Ongeacht of er een verplichting bestaat tot aanbesteden, staat het een aanbesteder altijd vrij om te kiezen voor de openbare of niet-openbare procedure.

Toelichting Zie par. 5.1.

Een aanbesteder kan voor de vraag komen te staan welke van deze twee procedures hij op grond van doelmatigheidsoverwegingen het beste zou kunnen gebruiken.

Toelichting De vooronderstelling is dan overigens dat op grond van overwegingen omtrent bilaterale informatie-uitwisseling de concurrentiegerichtte dialoog of de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking niet voor de hand ligt. Zie par. 6.4.

Die vraag rijst met name wanneer de aanbesteder heeft gekozen voor een variant van de traditionele bouworganisatievorm of voor D&B of DBM. De openbare procedure heeft als voordeel dat de aanbesteder er meer concurrentie in de markt mee oproept. Een daarmee verband houdend nadeel is echter dat de administratieve lasten en de transactiekosten verhoudingsgewijs zullen toenemen. Bij een bepaalde omvang van het aantal inschrijvers zal het daarmee te behalen voordeel niet meer opwegen tegen de kosten die worden gene-

reerd door het gebruik van de openbare procedure. Dit probleem zal zich het sterkst – en ook het snelst – doen voelen bij de aanbesteding van projecten die zijn gebaseerd op D&B of DBM. Zeker wanneer de aanbesteder de marktpartijen een ruime mate van oplossingsvrijheid biedt en hij bovendien van hen verwacht dat zij hun inschrijvingen tot in detail uitwerken.

Om die reden wordt aanbevolen dat aanbesteders bij D&B of DBM zoveel mogelijk kiezen voor de niet-openbare procedure. Voor de gegadigden die aan deze procedure deelnemen en voor inschrijving zijn uitgenodigd, biedt deze procedure de zekerheid dat hun inschrijving in ieder geval door de aanbesteder zal worden beoordeeld.

Toelichting In de niet-openbare procedure kunnen de inschrijvers in beginsel immers niet meer afgewezen worden op grond van hun bedrijfskenmerken. Dat risico lopen zij wel bij de openbare procedure.

Voor de aanbesteding van projecten die zijn gebaseerd op een variant van de traditionele bouworganisatievorm wordt een andere beleidslijn aanbevolen als het gaat om de keuze tussen de openbare en de niet-openbare procedure. Zeker wanneer de vraagspecificatie is gemaakt met behulp van een gestandaardiseerde bestekssystematiek. Een overweging van doelmatigheid waardoor de aanbesteder zich dan vooral zou moeten laten leiden, is de marktsituatie.

Als de markt voldoende gevulde orderportefeuilles heeft, kan de aanbesteder zonder problemen kiezen voor de openbare procedure. De markt kan in zo'n situatie immers beter zelf de afweging maken of het al dan niet verstandig is om deel te nemen aan de procedure. Een aanbesteder loopt nu niet het risico dat er te veel marktpartijen aan de procedure deelnemen.

Omgekeerd is het zo dat wanneer de markt ernstig om opdrachten verlegen zit, de aanbesteder het risico loopt van te veel inschrijvingen van onvoldoende kwaliteit. De aanbesteder kan dan beter zelf (onnodig gemaakte) transactiekosten beperken. Hij kan dat doen door de niet-openbare procedure te gebruiken. Daarbij kan hij een maximum stellen aan het aantal gegadigden dat hij wil uitnodigen voor inschrijving.

6.6 Aanbesteden van een raamovereenkomst

In de paragrafen 4.9 en 4.10 is aangegeven dat een aanbesteder een aanbestedingsprocedure ook kan gebruiken om een raamovereenkomst met een of meer marktpartijen aan te gaan. Een raamovereenkomst heeft vanuit het oogpunt van doelmatigheid de voorkeur boven een 'normale' overeenkomst wanneer een aanbesteder gelijksoortige opdrachten gedurende een bepaalde periode in de markt moet zetten en deze opdrachten ook op enigszins gelijke wijze wil opdragen.

Afhankelijk van de marktsituatie, de omvang van het werkpakket en de wens om per project nog extra specifieke eisen en dergelijke te stellen, zal de raamovereenkomst met een of met meerdere ondernemers gesloten kunnen worden. In geval van kleine en vrijwel identieke opdrachten wordt in de regel een raamovereenkomst met één marktpartij aangegaan. Wanneer de opdrachten die binnen het bereik van de raamovereenkomst vallen enigszins van elkaar verschillen, kunnen de eisen bij het sluiten van de raamovereenkomst niet goed worden bepaald. Een overeenkomst met meer dan drie marktpartijen heeft dan de voorkeur.

Door een raamovereenkomst met (meer dan) drie marktpartijen te sluiten, is het mogelijk om de mededinging opnieuw haar werk te laten doen.

Toelichting Zie par. 4.10 voor de procedurele voorschriften die in dat geval gelden. De procedure lijkt dan nog het meest op de onderhandse procedure, nu deze enerzijds niet algemeen wordt aangekondigd, maar er anderzijds wel een oproep tot mededinging plaatsvindt.

De aanbesteder kan dan tevens de vraagspecificatie, die voor alle onder de raamovereenkomst vallende opdrachten geldt, opdracht-specifiek uitwerken door middel van projectgerelateerde voorwaarden en eisen. Deze nadere uitwerking kan bovendien tot uitdrukking worden gebracht in de formulering van de criteria die gezamenlijk het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving vormen.

Hoe een-op-een te communiceren?



1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ervan uitgegaan dat de aanbesteder bepaalde beslissingen heeft genomen – of overweegt die te nemen – met betrekking tot:

- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm;
- de aanbestedingsprocedure.

Tevens wordt ervan uitgegaan dat de aanbesteder op bepaalde momenten tijdens het aanbestedingsproces de behoefte zal hebben om een-op-een met een of meer marktpartijen te communiceren.

Voorbeeld De aanbesteder zal bijvoorbeeld de behoefte kunnen hebben om voorafgaand aan de start van de aanbestedingsprocedure met een of meer marktpartijen van gedachten te wisselen over zijn in de markt te zetten vraagspecificatie. Een ander voorbeeld is de situatie dat de aanbestedingsprocedure inmiddels is gestart en de aanbesteder van gedachten wil wisselen met een of meer gegadigden over de inhoud van hun voorgenomen inschrijvingen. Ook nadat de inschrijvingen zijn ingediend, kan het zijn dat de aanbesteder daarover met de inschrijvers wil communiceren. Omgekeerd kan het natuurlijk ook zo zijn dat een individuele marktpartij, gegadigde of inschrijver met de aanbesteder van gedachten wil wisselen over de vraagspecificatie of over de (voorgenomen) inschrijving.

Het doel van dit hoofdstuk is tweeledig. In de eerste plaats kan het ondersteuning bieden aan aanbesteders die reeds keuzes hebben gemaakt voor wat betreft de bouworganisatievorm, de vraagspecificatie, de contractvorm en de bijbehorende aanbestedingsprocedure. Voor die aanbesteders beoogt dit hoofdstuk inzichtelijk te maken welke ruimte zij hebben om binnen de gekozen aanbestedingsprocedure een-op-een te communiceren met een of meer gegadigden of inschrijvers en hoe zij dan het beste te werk kunnen gaan.

In het verlengde daarvan heeft dit hoofdstuk ook nog een tweede doel. Wanneer aanbesteders nog niet deze keuzes hebben gemaakt, zullen zij die beslissingen meer beredeneerd kunnen nemen op basis van de inhoud van dit hoofdstuk. Wat juridisch mogelijk en doelmatig is op het vlak van communicatie tijdens het aanbestedingsproces, kan immers een belangrijke factor van betekenis zijn bij het nemen van die beslissingen.

In dit hoofdstuk wordt eerst duidelijk gemaakt wat in de Leidraad onder een-op-een communiceren wordt verstaan (paragraaf 2). Daarna komt de vraag aan de orde waarom het belangrijk is dat een aanbesteder het een-op-een communiceren tot een belangrijk aandachtspunt maakt binnen de bredere context van afwegingen die hij tijdens het aanbestedingsproces in het algemeen en tijdens de aanbestedingsprocedure in het bijzonder zal hebben te maken (paragraaf 3). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag met welke juridische randvoorwaarden hij rekening moet houden (paragraaf 4). Gegeven die randvoorwaarden worden vanuit de optiek van doelmatigheid nog een aantal aanbevelingen gedaan over de wijze waarop het proces van een-op-een communiceren het beste kan worden ingericht (paragraaf 5).

2 Wat wordt verstaan onder een-op-een communiceren?

Het is natuurlijk vanzelfsprekend dat in een aanbestedingsproces – met name tijdens de aanbestedingsprocedure – informatie wordt uitgewisseld tussen de aanbesteder en de marktpartijen die bij dat proces zijn betrokken.

Voorbeeld Bij de meeste aanbestedingsprocedures publiceert de aanbesteder een aankondiging van de bouwopdracht (zie ook hoofdstuk 5, par. 6.3 en hoofdstuk 10). Marktpartijen stellen de aanbesteder vervolgens in kennis van hun interesse in de bouwopdracht door zich – bij het merendeel van de procedures althans – als gegadigde aan te melden en de daarvoor noodzakelijke bescheiden over te leggen. De aanbesteder informeert op zijn beurt weer de gegadigden of zij al dan niet tot inschrijving zullen worden uitgenodigd. Bij alle procedures stelt de aanbesteder de inschrijvers in kennis van de inhoud van de vraagspecificatie (zie hoofdstuk 3, par. 2) waarna zij hun inschrijvingen indienen. Vervolgens laat de aanbesteder aan de inschrijvers weten of zij al dan niet als beste uit de bus zijn gekomen. Dit zijn allemaal voorbeelden van eenzijdige uitwisseling van informatie, inherent aan het aanbestedingsproces. De voorwaarden waarbinnen dat moet gebeuren, zijn onderwerp van andere hoofdstukken van de Leidraad.

Dit hoofdstuk heeft geen betrekking op die normale situaties van *eenzijdige informatieoverdracht* tijdens een aanbestedingsproces. Dit hoofdstuk gaat alleen over situaties van *bilaterale communicatie* tussen de aanbesteder en een individuele marktpartij, gegadigde of inschrijver. Onderwerp van die bilaterale communicatie zal overigens vaak de informatie zijn die door de ene partij aan de andere is verschaft: de door de aanbesteder opgestelde eisen van de vraagspecificatie, de aanmelding met bijbehorende bescheiden van een gegadigde, de inschrijving van een inschrijver. Dat zijn allemaal voorbeelden van informatie waarover een aanbesteder en een marktpartij mogelijk met elkaar willen communiceren. Er kunnen vier situaties worden onderscheiden als het om bilaterale communicatie gaat.

Allereerst moet worden gedacht aan de situatie dat een van de partijen op het punt staat bepaalde informatie te produceren en over te dragen aan de ander maar dat hij, alvorens dat te doen, daarover eerst met die ander van gedachten wil wisselen. Het doel van de communicatie is dan *verkennen* met het oog op het nemen van beslissingen die vaak gepaard gaan met het produceren van informatie.

Voorbeeld De aanbesteder wil een vraagspecificatie in de markt zetten die is afgestemd op de bouworganisatievorm D&B. Hij kampt echter met een aantal vragen over de wijze waarop de eisen in de vraagspecificatie het beste zouden kunnen worden geformuleerd. De aanbesteder wil met name weten welke risico's wel en niet bij de markt gelegd kunnen worden. De aanbesteder wil daarover met een of meer marktpartijen van gedachten wisselen en op basis daarvan tot een beslissing komen over de aard en de inhoud van de eisen die in de vraagspecificatie opgenomen moeten worden.

Een marktpartij die deelneemt aan een aanbestedingsprocedure, staat op het punt in te schrijven op basis van een vraagspecificatie die is afgestemd op de bouworganisatievorm DBM. De marktpartij voelt zich echter niet helemaal zeker over haar inschrijving en wil daarover van gedachten wisselen met de aanbesteder alvorens de inschrijving in te dienen. Het is mogelijk dat die communicatie bij de marktpartij tot gewijzigde inzichten leidt en dat zij op basis daarvan met een aangepaste inschrijving komt.

In de tweede plaats valt te denken aan een situatie die sterk lijkt op de eerste, maar toch op een belangrijk punt verschilt. Opnieuw doet zich de situatie voor dat een van de partijen op het punt staat bepaalde informatie te produceren en over te dragen aan de ander. Het verschil met de eerste situatie is echter dat die ander, alvorens die informatie te willen ontvangen, daarover eerst van gedachten wil wisselen. Het doel van de communicatie is dan niet alleen meer verkennen met het oog op het verwerven van inzichten, maar omvat ook het proberen te *beïnvloeden* van beslissingen die de ander op het punt staat te nemen.

Voorbeeld De aanbesteder heeft gekozen voor de bouworganisatievorm DBFM en een daarop afgestemde vraagspecificatie in de markt gezet. Hij heeft een aantal gegadigden uitgenodigd om inschrijvingen in te dienen. De aanbesteder zit echter niet te wachten op inschrijvingen die oplossingsrichtingen bevatten die onvoldoende op zijn vraag zijn afgestemd. Daarom wil hij eerst een verkennend gesprek met ieder van de gegadigden voeren om te horen welke oplossingsrichtingen zij voornemens zijn aan te bieden. Op die manier hoopt de aanbesteder op voorhand invloed te kunnen uitoefenen op de inhoud en de kwaliteit van die inschrijvingen.

Een derde situatie is dat bepaalde informatie reeds is geproduceerd en is overgedragen aan de ander. Die ander heeft naar aanleiding van de ontvangen informatie een of meer vragen ter opheldering van een aantal onduidelijkheden die zijn gerezen. Het doel van de daaropvolgende communicatie is dan *verduidelijken* van de inhoud van de ontvangen informatie.

Voorbeeld De aanbesteder heeft een vraagspecificatie in de markt gezet die aansluit op een variant van de traditionele bouworganisatievorm. Voor één van de geïnteresseerde marktpartijen zijn een aantal eisen in de vraagspecificatie niet duidelijk. Deze marktpartij wil daarover met de aanbesteder communiceren met het oog op verduidelijking van die eisen.

Een marktpartij meldt zich aan als gegadigde. De bescheiden bij die aanmelding roepen vragen op bij de aanbesteder die moet beoordelen of de betrokken marktpartij tot inschrijving kan worden uitgenodigd. Om die vragen beantwoord te krijgen, wenst de aanbesteder in overleg te treden met de gegadigde.

Een marktpartij doet een inschrijving. De aanbesteder beoordeelt die inschrijving en heeft op grond van de uitkomst daarvan enkele vragen over de inhoud van de inschrijving. De aanbesteder wil met het oog op de beantwoording van die vragen met de betrokken inschrijver over zijn inschrijving communiceren.

De vierde situatie is ook dat bepaalde informatie reeds is geproduceerd en is overgedragen aan de ander. Echter, het doel van de daaropvolgende communicatie is nu niet meer verduidelijken maar *onderhandelen*. De ontvanger heeft geen vragen meer naar aanleiding van de inhoud van de ontvangen informatie: die is voor hem duidelijk. Hij wil echter graag dat de ander de inhoud van de informatie aanpast door bepaalde beslissingen te herzien en wil daarover met die ander onderhandelen.

Voorbeeld De aanbesteder heeft gekozen voor de bouworganisatievorm alliantie en een daarop afgestemde vraagspecificatie in de markt gezet. Een aantal gegadigden is uitgenodigd om inschrijvingen in te dienen. Eén van die inschrijvers kan niet leven met de op zich heldere eisen in de vraagspecificatie op het punt van de risicoverdeling. Alvorens in te schrijven, wil die inschrijver eerst met de aanbesteder onderhandelen over de aanpassing van de risicoverdeling in de vraagspecificatie.

Een marktpartij heeft deelgenomen aan een aanbestedingsprocedure en een inschrijving gedaan. Die inschrijving is voor de aanbesteder helder wat de inhoud betreft, maar vooralsnog niet acceptabel wat betreft de hoogte van een aantal daarin opgenomen eenheidsprijzen. De aanbesteder wil met de betreffende inschrijver onderhandelen over verlaging van die eenheidsprijzen.

Opgemerkt moet worden dat de geschetste situaties soms in elkaar kunnen overlopen en daardoor niet altijd scherp van elkaar zullen zijn te onderscheiden.

Voorbeeld Een aanbesteder kiest voor de bouworganisatievorm DBFM en zet een daarop afgestemde vraagspecificatie in de markt. Over de inhoud daarvan rijzen een aantal vragen bij een geïnteresseerde marktpartij. De aanbesteder en die marktpartij spreken daar met elkaar over. Dat gesprek gaat op zeker ogenblik niet meer alleen over de onduidelijkheid die bij de marktpartij is ontstaan over de eisen in de vraagspecificatie. Het gesprek gaat ook over de onzekerheid die bij de aanbesteder in de loop van het gesprek is gegroeid over de (in)adequaatheid van een aantal andere eisen in de vraagspecificatie. Vanuit dat perspectief vloeit het gesprek vervolgens over in het onderwerp van een eventuele aanpassing van een aantal van die eisen. In dat kader worden ook de oplossingsrichtingen die de marktpartij overweegt aan te bieden in het gesprek betrokken.

Alle situaties zijn situaties waarin de aanbesteder enerzijds en een marktpartij, gegadigde of inschrijver anderzijds elkaar over en weer bevragen over belangrijke informatie die tussen partijen is overgedragen of op het punt staat overgedragen te worden. Het is dát proces dat in dit hoofdstuk wordt aangeduid als 'een-op-een communiceren'.

3 **Waarom moet het een-op-een communiceren goed zijn doordacht?**

Het is van belang dat een aanbesteder zich afvraagt of en in hoeverre het doelmatig is om een-op-een te communiceren met afzonderlijke deelnemers aan het aanbestedingsproces. In het verlengde daarvan zal hij zich dan moeten afvragen waarover hij precies zou willen communiceren, op welk moment in het proces hij dat zou willen doen, wat hij dan precies van de markt verwacht en wat hij met die communicatie precies wil bereiken. Zoals uit de vorige paragraaf is gebleken, kan bilaterale communicatie tussen een aanbesteder en een marktpartij, gegadigde of inschrijver verschillende doelen dienen. In de kern genomen gaat het in al die situaties echter telkens weer om hetzelfde belang: een deugdelijke en heldere vraagspecificatie met een naadloos daarop aansluitende adequate inschrijving.

Toelichting Wanneer de vraagspecificatie of de inschrijving niet helder is of over en weer niet aan de wederzijdse verwachtingen beantwoordt, kan dat tot gevolg hebben dat ze niet goed op elkaar zijn afgestemd. Dat kan weer tot gevolg hebben dat de aanbesteder niet het resultaat bereikt dat hij met het bouwproces hoopte te bereiken en/of zou kunnen bereiken. Het bouwproject blijkt bijvoorbeeld duurder te worden dan verwacht, er wordt minder waarde voor de aanbesteder gecreëerd dan mogelijk zou zijn geweest door goed te communiceren, kansen op innovatie worden onvoldoende benut of de bouwtijd vergt onnodig veel tijd. Zie ook hoofdstuk 1, par. 4.1, over het resultaat dat een aanbesteder met het bouwproces beoogt te bereiken en de verschillende accenten die hij wat dat betreft zou kunnen leggen.

Bilaterale communicatie tijdens een aanbestedingsproces kan voor een aanbesteder dus een belangrijk middel zijn om tot de voor hem meest wenselijke uitkomst van het bouwproces te komen. In zoverre kan een-op-eencommunicatie als onderdeel worden gezien van de meeromvattende procesinrichting waarmee een aanbesteder dat resultaat hoopt te bereiken.

Toelichting Andere belangrijke onderdelen van die procesinrichting kwamen eerder al aan bod: de keuze van de bouworganisatievorm (hoofdstuk 2, par. 3), de vraagspecificatie en met name de mate van oplossingsvrijheid die aan de markt wordt geboden (hoofdstuk 3, par. 3), de contractvorm (hoofdstuk 4, par. 3) en de aanbestedingsprocedure (hoofdstuk 5, par. 3).

Goed nadenken over de inrichting van de communicatie is dus alleen al van belang vanuit de optiek van het te bereiken resultaat. Echter, het is ook van belang vanwege een consistente afstemming met de andere belangrijke onderdelen van de procesinrichting. De onderdelen staan namelijk nauw met elkaar in verband. Dat houdt in dat wanneer de aanbesteder over het ene onderdeel bepaalde beslissingen neemt, dat consequenties zal moeten hebben voor beslissingen die hij over andere onderdelen neemt, en omgekeerd.

Toelichting Zoals al werd toegelicht in hoofdstuk 5, par. 3 en par. 6.4, 'volgt' uit de keuze van een bepaalde aanbestedingsprocedure als het ware de juridisch toelaatbare ruimte om een-op-een te communiceren. Dat aspect komt hierna nog

uitvoerder aan de orde in par. 4. De beslissing over de te hanteren aanbestedingsprocedure is echter weer afhankelijk van de bouworganisatievorm die de aanbesteder graag zou willen toepassen, gegeven de oplossingsvrijheid die hij met een bepaalde vraagspecificatie en de daarbij behorende contractvorm aan de markt zou willen geven. Zie ook over deze samenhang hoofdstuk 5, par. 3 en ook par. 6.2.

Een scharnierpunt in die onderlinge samenhang is uiteindelijk de mate van oplossingsvrijheid die de aanbesteder aan de markt wil geven voor wat betreft de eisen van de vraagspecificatie. Wanneer de aanbesteder besluit om een ruime mate van oplossingsvrijheid aan de markt toe te kennen, zal de inhoud van de vraagspecificatie noodzakelijkerwijs een hogere mate van abstractie kennen dan wanneer de markt slechts weinig oplossingsvrijheid wordt geboden.

Toelichting Zie in dit verband hoofdstuk 3, par. 2. De overwegingen die aan een dergelijk besluit ten grondslag liggen, zijn dezelfde als die waarmee de aanbesteder zijn keuze voor de te hanteren bouworganisatievorm bepaalt. Zie daarover hoofdstuk 3, par. 5.3.

Hoe meer oplossingsvrijheid de markt wordt geboden, hoe belangrijker het voor de aanbesteder wordt om vooraf door middel van een-op-eencommunicatie een naadloze afstemming tussen de vraagspecificatie en de inschrijving te bewerkstelligen.

Toelichting Dat betekent dat voldoende mogelijkheden tot een-op-eencommunicatie met name gewenst zijn bij de varianten van de geïntegreerde bouworganisatievorm en bij de alliantie. Bij de varianten van de traditionele bouworganisatievorm lijkt de noodzaak om een-op-een te kunnen communiceren wat minder groot, vooropgesteld dat de technisch gedetailleerde vraagspecificaties voldoende helder en innerlijk consistent zijn.

Het is niet alleen vanuit het oogpunt van doelmatigheid dat een aanbesteder het een-op-een communiceren met afzonderlijke deelnemers aan het aanbestedingsproces goed moet doordenken. Er zijn juridische beperkingen aan het communiceren, zoals in de volgende paragraaf zal blijken

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 Vertrekpunt

Het een-op-een communiceren met een marktpartij, gegadigde of inschrijver, op enig moment tijdens een aanbestedingsproces, is toegestaan voorzover daartegen geen aanbestedingsrechtelijke bezwaren bestaan. Het aanbestedingsrecht stelt grenzen met name zodra kan worden gezegd dat een aanbestedingsprocedure van start is gegaan.

Toelichting Het gaat hier om de in hoofdstuk 5, par. 4 behandelde aanbestedingsprocedures die nader staan uitgewerkt in het ARW 2005 en waarbij de aanbesteder

concurrentie tussen een aantal marktpartijen oproept: openbare procedure (par. 4.2), niet-openbare procedure (par. 4.3), concurrentiegericht dialogoog (par. 4.4), onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (par. 4.5), onderhandse procedure (par. 4.7), concessieovereenkomst voor openbare werken (par. 4.8) en raamovereenkomst met meerdere deelnemers (par. 4.10).

De beperkingen die wet- en regelgeving dan stellen aan de mogelijkheden tot het een-op-een communiceren, vloeien voort uit de beginselen van het aanbestedingsrecht, meer in het bijzonder uit het beginsel van non-discriminatie. Het risico is immers aanwezig dat een aanbesteder door een-op-eencommunicatie het vereiste level playing field tussen de deelnemers aan die procedure als het ware doorbreekt.

Voorbeeld Een provinciale aanbesteder besteedt met behulp van de niet-openbare procedure het groot onderhoud van een aantal gebouwen aan. Een ambtenaar van de aanbesteder wordt telefonisch door een gegadigde benaderd met het verzoek om nadere uitleg over de inhoud van een aantal onderzoeksrapporten die de aanbesteder heeft verstrekt. Die rapporten bevatten een weergave van de staat van de gebouwen. Er volgt een uitvoerig gesprek waarin de gegadigde aanvullende informatie van de ambtenaar verkrijgt die hem van pas komt bij het verder uitwerken van zijn inschrijving. Deze aanvullende informatie wordt echter niet aan de andere gegadigden verstrekt.

In dit verband kan ook worden gewezen op de eventuele relevantie van bepalingen in de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving die – in het algemeen – betrekking hebben op de mogelijke vertrouwelijkheid van informatie die wordt uitgewisseld tussen de aanbesteder en de deelnemers aan een aanbestedingsprocedure.

Toelichting Zie bijvoorbeeld art. 6 Algemene Richtlijn, art. 13 lid 2 Richtlijn Nutssectoren, art. 6 Bao en art. 12 lid 2 Bass.

Art. 6 Algemene Richtlijn: “Onverminderd het bepaalde in deze richtlijn, – Artikel 6, met name in artikel 35, lid 4 en artikel 41 over de plichten inzake de bekendmaking van gegunde overheidsopdrachten en informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers –, en met inachtneming van de nationale wetgeving waaronder hij valt, maakt een aanbestedende dienst de informatie die hem door een economisch subject als vertrouwelijk is verstrekt niet bekend; hieronder vallen met name fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijvingen.”

In de paragrafen 4.3.5 en 4.3.6 komt nog uitvoerig aan bod dat deze bepalingen van betekenis kunnen zijn in die gevallen waarin een aanbesteder en een deelnemer aan een aanbestedingsprocedure een-op-een communiceren over (vertrouwelijke) informatie die de laatste aan de aanbesteder heeft verstrekt.

In zijn algemeenheid kan dus worden gezegd dat het aanbestedingsrecht grenzen stelt aan de een-op-eencommunicatie tijdens een aanbestedingsprocedure. Die grenzen gelden allereerst wanneer een aanbesteder een aanbestedingsprocedure start op grond van een verplichting die voortvloeit uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Toelichting Zie hoofdstuk 5, par. 5.1.1.

Echter, ook wanneer de aanbesteder om een andere reden besluit tot het gebruik van een aanbestedingsprocedure die in de Richtlijnen is voorzien, al dan niet met van toepassingverklaring van het ARW 2005, worden dezelfde grenzen gesteld aan het een-op-een communiceren.

Toelichting Hier valt allereerst te denken aan aanbesteders die verplicht zijn tot aanbesteden, niet omdat een Richtlijn van toepassing is, maar op grond van de jurisprudentie van het HvJ EG, zie hoofdstuk 5, par. 5.1.2. Ook kan worden gedacht aan aanbesteders die op grond van het BAW, een gemeentelijke of provinciale verordening of zelfs een binnen hun organisatie geldende beleidsrichtlijn verplicht zijn tot het gebruiken van een van een gereguleerde aanbestedingsprocedure, zie hoofdstuk 5, par. 5.1.3. Zelfs de aanbesteder die geheel vrijwillig kiest voor het hanteren van een aanbestedingsprocedure zoals die in het ARW 2005 is geregeld, krijgt te maken met de grenzen van het een-op-een communiceren.

Aanbesteders moeten zich ervan bewust zijn dat de grenzen aan de mogelijkheid tot een-op-een communiceren tijdens een aanbestedingsprocedure niet zozeer voortvloeien uit het feit of er een verplichting tot (Europees) aanbesteden bestaat. Die grenzen vloeien voort uit het feit als zodanig dat er wordt gebruikgemaakt (al dan niet verplicht) van een aanbestedingsprocedure die in de wet- en regelgeving is voorzien. Hiermee verplicht de aanbesteder zich tot inachtneming van de procedurevoorschriften uit de wet- en regelgeving en dus ook van de grenzen die aan een-op-eencommunicatie worden gesteld.

De grenzen die het aanbestedingsrecht stelt aan het een-op-een communiceren met een marktpartij zodra een aanbestedingsprocedure van start is gegaan, komen uitvoerig aan de orde in paragraaf 4.3.

Ook vóórdat een aanbesteder een aanbestedingsprocedure start, kan het aanbestedingsrecht hem beperken in zijn mogelijkheden tot een-op-eencommunicatie met een marktpartij.

Toelichting Het gaat dan met name om een-op-eencommunicatie die plaatsvindt in het kader van een zogenoemde marktconsultatie, het ontwikkelen van een vraagspecificatie of het bespreken van een zogenoemd Eigen Initiatief. Zie ook par. 4.2.

Dat geldt vooral wanneer de aanbesteder – nadat dergelijke een-op-eencommunicatie heeft plaatsgevonden – alsnog besluit een aanbestedingsprocedure te starten. Ook dan is immers denkbaar dat als gevolg van de voorafgaande een-op-eencommunicatie het vereiste level playing field tussen de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure achteraf alsnog wordt doorbroken.

Voorbeeld Een gemeente geeft aan een aannemer de opdracht om onderzoek te doen naar de staat waarin zich een deel van het gemeentelijk rioleringsstelsel bevindt en op basis daarvan een vraagspecificatie op te stellen voor de renovatie van dat stelsel. De aannemer zet de gedetailleerde onderzoeksgegevens om in een onderzoeksrapport en stelt een vraagspecificatie op. De gemeente besteedt de uitvoering van de renovatiewerkzaamheden vervolgens aan op basis van de vraagspecificatie. Het onderzoeksrapport wordt bij die vraagspecificatie gehecht. De gedetailleerde onderzoeksgegevens worden door de gemeente echter niet bekendgemaakt. Een te beantwoorden vraag is natuurlijk of deze gang van zaken in overeenstemming is met het aanbestedingsrecht.

De grenzen die het aanbestedingsrecht stelt aan het een-op-een communiceren met een marktpartij, *voorafgaand* aan de start van een aanbestedingsprocedure, komen in de volgende paragraaf uitvoerig aan bod.

4.2 Een-op-een communiceren voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure

4.2.1 Vertrekpunt

Voordat een aanbesteder overgaat tot het starten van een aanbestedingsprocedure, kan hij de behoefte hebben om met een of meer marktpartijen een-op-een te communiceren.

Toelichting De aanbestedingsprocedure die de aanbesteder eventueel na afronding van die communicatie wil starten, betreft één van de in hoofdstuk 5 behandelde procedures waarbij de aanbesteder concurrentie tussen een aantal marktpartijen oproept: openbare procedure (par. 4.2), niet-openbare procedure (par. 4.3), concurrentiegericht dialogoog (par. 4.4), onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (par. 4.5), onderhandse procedure (par. 4.7), concessieovereenkomst voor openbare werken (par. 4.8) en raamovereenkomst met meerdere ondernemers (par. 4.10).

Een-op-eencommunicatie die voorafgaat aan de start van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (par. 4.6) of een raamovereenkomst met een enkele ondernemer (par. 4.9) kan hierna buiten beschouwing blijven omdat slechts één marktpartij aan zo'n procedure deelneemt en er dus geen risico op doorbreking van het vereiste level playing field bestaat.

Aanbestedingsrechtelijk gezien is een-op-eencommunicatie voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure niet zonder risico. Er zijn drie situaties die in dit verband nadere aandacht vragen. In de eerste plaats is dat de situatie waarin de aanbesteder het voornemen heeft een bouwopdracht door middel van een aanbesteding in de markt te zetten, maar waarbij hij zich eerst wil oriënteren door een aantal mogelijke oplossingsrichtingen en ideeën bij de markt te toetsen door middel van een zogenoemde marktconsultatie (paragraaf 4.2.2). De tweede situatie is die waarin de aanbesteder een marktpartij bij het opstellen van de vraagspecificatie betreft en waarbij diezelfde marktpartij vervolgens deelneemt aan de aanbestedingsprocedure waarmee die vraagspecificatie in de markt wordt gezet (paragraaf 4.2.3). De derde situatie is die waarin een marktpartij op eigen initiatief een voorstel

aan de aanbestedder doet voor de oplossing van een specifiek probleem dat op het beleids-terrein van de betreffende aanbestedder ligt (paragraaf 4.2.4).

4.2.2 Marktconsultatie

Van een marktconsultatie is sprake wanneer een aanbestedder voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure zijn oplossingsrichtingen en ideeën toetst bij de markt. Hij doet dat in de verwachting aldus informatie te verkrijgen die hij kan gebruiken bij het nemen van belangrijke beslissingen. Het gaat dan vooral om de beslissingen met betrekking tot de vraagspecificatie.

Bron "Dit vraagt om het vroegtijdig, bijvoorbeeld voorafgaand aan een Tracébesluit, betrekken van marktpartijen. De overheid beoogt de kwaliteiten, kennis en ervaring van marktpartijen te benutten voor de verdere uitwerking van een idee of planinitiatief. Deze vroegtijdige betrokkenheid draagt bij aan het versterken van het samenspel tussen overheid en marktpartijen."

Uit: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, *Werkwijzer Marktconsultatie* 2006, blz. 7.

In veel gevallen zal een aanbestedder in het kader van een marktconsultatie met een aantal marktpartijen *tegelijk* van gedachten wisselen over zijn voornemen om een bouwopdracht in de markt te plaatsen, zodat alle betrokken marktpartijen ook op elkaar kunnen reageren.

Bron Zie: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, *Werkwijzer Marktconsultatie* 2006, blz. 29-30.

Het voorgaande betekent dat communicatie tussen een aanbestedder en een marktpartij in het kader van een marktconsultatie in de regel niet het karakter zal hebben van *een-op-een*-communicatie. Andere marktpartijen nemen immers deel aan die communicatie. Dat laat echter onverlet dat het onder omstandigheden aanbestedingsrechtelijk problematisch kan zijn dat zo'n marktpartij vervolgens deelneemt aan de aanbestedingsprocedure die volgt op de marktconsultatie.

Vooropgesteld staat dat communicatie tussen een aanbestedder en een marktpartij voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure in zijn algemeenheid niet is verboden, althans voor zover het gaat om oriënterend contact.

Bron Zie in dit verband hoofdstuk 3, par. 4.2.1.

Dit uitgangspunt geldt ook wanneer een aanbestedder communiceert met een marktpartij in het kader van een marktconsultatie. De grens ligt echter daar waar de aanbestedder als gevolg van de inrichting van het proces van marktconsultatie er voor zorgt dat het vereiste level playing field tijdens de daaropvolgende aanbestedingsprocedure wordt verstoord. Het risico hierop is met name groot als een deelnemer aan de aanbestedingsprocedure door informatie die hij tijdens de marktconsultatie heeft verkregen in een bevoordeelde positie is gekomen ten opzichte van de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure, ongeacht of die andere deelnemers wel of niet bij de voorafgaande marktconsultatie betrokken zijn geweest.

Om te voorkomen dat dit risico optreedt, moet de aanbesteder maximale transparantie betrachten, zowel wat betreft de inhoud van de informatie die in een marktconsultatie wordt verstrekt als wat betreft de uitkomsten van die consultatie.

Bron "De crux zit in het openbaar maken van de uitkomsten van de marktconsultatie en in de openbaarheid van de informatie die de overheid tijdens de consultatie verstrekt. Dit borgt namelijk het nivelleren van de ongewenste verschillen in de beschikbaarheid en toegankelijkheid van informatie die tijdens de marktconsultatie naar voren is gekomen en die van belang is voor de vervolgstappen, met name van een mogelijke aanbesteding."

Uit: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, *Werkwijzer Marktconsultatie* 2006, blz. 35-36.

Een aanbesteder die zich aan deze regel houdt, kan tijdens een marktconsultatie voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure in beginsel alle gewenste informatie uitwisselen, ook via een-op-eencommunicatie met een individuele marktpartij.

Een consequentie van deze regel is overigens dat een marktpartij die een-op-een in een marktconsultatie informatie aan de aanbesteder verstrekt, géén aanspraak kan maken op vertrouwelijke behandeling van die informatie.

Bron Zie: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, *Werkwijzer Marktconsultatie* 2006, blz. 36.

Het sluitstuk van de uitwerking van deze regel is dat informatie die in een marktconsultatie wordt gegenereerd en over en weer wordt gecommuniceerd, schriftelijk openbaar moet worden gemaakt.

4.2.3 Potentiële inschrijver bij het opstellen van de vraagspecificatie betrekken

Het is in beginsel niet verboden dat een marktpartij als inschrijver aan een aanbestedingsprocedure deelneemt en tegelijkertijd direct dan wel indirect in de voorbereiding van die procedure als adviseur betrokken is geweest bij het formuleren van de vraagspecificatie. Een-op-eencommunicatie in deze context brengt echter wel een aanbestedingsrechtelijk risico met zich mee.

Toelichting Deze situatie is reeds uitvoerig behandeld in hoofdstuk 3, par. 4.2.2. In deze paragraaf wordt volstaan met een beknopte weergave.

De regel is dat de betreffende marktpartij als gevolg van die betrokkenheid geen informatievoorsprong mag hebben gekregen op punten die wezenlijk zijn voor het formuleren van zijn inschrijving. Hier geldt dus hetzelfde als bij een marktconsultatie.

Toelichting Zie par. 4.2.2.

Als er sprake is van een informatievoorsprong van een inschrijver door zijn betrokkenheid bij het formuleren van de vraagspecificatie, dan heeft de aanbestede nog slechts de keuze uit twee opties. Hij zal er of voor moeten zorgen dat de informatievoorsprong van de betreffende inschrijver ongedaan wordt gemaakt door ook de overige inschrijvers te voorzien van de betreffende informatie of moeten besluiten de betreffende inschrijver van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure uit te sluiten.

4.2.4 Eigen Initiatief

Ook bij het zogenoemde Eigen Initiatief kan een-op-eencommunicatie voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure een risico inhouden. Bij een Eigen Initiatief doet een marktpartij op eigen initiatief een voorstel aan de aanbestede voor de oplossing van een specifiek probleem dat op het beleidsterrein van de aanbestede ligt.

Toelichting Ook deze situatie is uitvoerig behandeld in hoofdstuk 3, in het bijzonder in par. 4.2.3. Kortheidshalve wordt hier volstaan met een beknopte weergave van die paragraaf.

Er is aanbestedingsrechtelijk niets op tegen dat een aanbestede ongevraagd kennis neemt van de in een Eigen Initiatief vervatte ideeën en plannen van een marktpartij en dat hij daarover een-op-een met die marktpartij communiceert. Het aanbestedingsrecht verhindert de aanbestede evenmin om dergelijke ideeën en plannen als vertrekpunt te nemen bij het beschrijven van zijn behoefte aan de oplossing van een bepaald probleem in de eisen van een vraagspecificatie. Het is zelfs toegestaan dat de indiener van het Eigen Initiatief daarbij als adviseur wordt betrokken, al dan niet na de toepassing van een aanbestedingsprocedure voor het verstrekken van een adviseuropdracht.

Wanneer de indiener van het Eigen Initiatief vervolgens ook wil deelnemen aan de aanbestedingsprocedure voor de bouwopdracht, kan er sprake zijn van een aanbestedingsrechtelijk probleem. Ook nu kan betrokkenheid bij het formuleren van de vraagspecificatie tot een ongeoorloofde informatievoorsprong van de betrokken marktpartij hebben geleid. Als dat inderdaad zo is, moet de aanbestede die informatievoorsprong ongedaan maken door ook de overige inschrijvers te voorzien van de betreffende informatie ofwel besluiten dat de indiener van het Eigen Initiatief van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten.

4.3 Een-op-een communiceren tijdens een aanbestedingsprocedure

4.3.1 Vertrekpunt

In paragraaf 4.1 is opgemerkt dat het aanbestedingsrecht met name grenzen stelt aan een-op-eencommunicatie *tijdens* een aanbestedingsprocedure. De aanbestedingsprocedures die momenteel in de aanbestedingspraktijk in de bouw voorhanden zijn, staan kort beschreven in paragraaf 4 van hoofdstuk 5.

Toelichting Het betreft de aanbestedingsprocedures zoals die worden onderscheiden in de hoofdstukken van het ARW 2005: openbare procedure (hoofdstuk 2), niet-openbare procedure (hoofdstuk 3), concurrentiegericht dialogo (hoofdstuk 4), onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (hoofdstuk 5),

onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (hoofdstuk 6), onderhandse procedure (hoofdstuk 7), concessieovereenkomst (hoofdstuk 8), raamovereenkomst met een enkele ondernemer (hoofdstuk 9) en raamovereenkomst met meerdere ondernemers (hoofdstuk 10).

Een-op-eencommunicatie bij deze procedures komt hierna aan de orde. Er wordt niet ingegaan op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (hoofdstuk 5, par. 4.6) en de raamovereenkomst met een enkele ondernemer (hoofdstuk 5, par. 4.9). De reden hiervoor is dat slechts één marktpartij aan zo'n procedure deelneemt en er hier dus geen risico bestaat op doorbreking van het vereiste level playing field.

In hoofdstuk 5 staat het verloop van de hiervoor vermelde aanbestedingsprocedures schematisch weergegeven. Daaruit kan worden afgeleid dat zich bij elke aanbestedingsprocedure een aantal belangrijke situaties van informatieoverdracht voordoen.

Toelichting Het gaat om de volgende situaties van informatieoverdracht:

- (i) de bekendmaking (door de aanbesteder) van de uitsluitingsgronden, de kwalitatieve geschiktheidseisen, de eventuele selectiecriteria en het gunningscriterium;
- (ii) de aanmelding (door de marktpartijen) als gegadigde met als oogmerk te worden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving;
- (iii) de uitnodiging (door de aanbesteder) tot inschrijving en de toezending van de vraagspecificatie;
- (iv) de inschrijving (door de marktpartijen).

Bij de meeste aanbestedingsprocedures vindt de informatieoverdracht in die volgorde plaats: niet-openbare procedure, concurrentiegericht dialogoog, onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, concessieovereenkomst (vooropgesteld dat die laatste procedure wordt geoperationaliseerd met behulp van een van de voornoemde procedures).

De onder (i) en (ii) vermelde situaties van informatieoverdracht vinden niet plaats binnen de onderhandse procedure en de raamovereenkomst met meerdere ondernemers. De onder (iii) en (iv) vermelde situaties wel. Het gunningscriterium wordt dan bekendgemaakt in het kader van (iii).

Bij de openbare procedure geldt een enigszins andere invulling voor wat betreft de onder (ii) en (iii) vermelde situaties van informatieoverdracht, namelijk:

- (ii) het verzoek (door de marktpartijen) tot toezending van de vraagspecificatie;
- (iii) de toezending (door de aanbesteder) van de vraagspecificatie.

In de volgende paragrafen wordt ingegaan op de vraag of de informatie die in deze situaties wordt overgedragen onderwerp mag zijn van een-op-eencommunicatie tussen de aanbesteder en een individuele marktpartij en zo ja, onder welke juridische voorwaarden.

4.3.2 Verduidelijken van de uitsluitingsgronden, de kwalitatieve geschiktheidseisen, de eventuele selectiecriteria en het gunningscriterium

Voor een aantal aanbestedingsprocedures geldt dat de aanbesteder bij de start van die procedures de zogenoemde uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen, eventuele selectiecriteria en het gunningscriterium bekendmaakt.

Toelichting Zie over de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria meer uitvoerig hoofdstuk 7, par. 4.1.3.3, par. 4.2.3 en par. 4.3.3. Het gaat hier om de volgende aanbestedingsprocedures: openbare procedure, niet-openbare procedure, concurrentiegericht dialog, onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en concessieovereenkomst.

De bedoelde bekendmaking vindt dan plaats via de algemene aankondiging van de bouwopdracht. Bij deze procedures wordt daarin ook het gunningscriterium vermeld, zie meer uitvoerig hoofdstuk 8, par. 4.3.

Bij de onderhandse procedure en bij de raamovereenkomst met meerdere ondernemingen wordt alleen het gunningscriterium bekendgemaakt, niet door middel van een aankondiging maar bij de uitnodiging tot inschrijving.

De inhoud van deze gronden, eisen en criteria kan mogelijk onduidelijk zijn voor een marktpartij die zich als gegadigde wil aanmelden of die – in geval van de openbare procedure – een inschrijving wil indienen.

Voorbeeld Een aanbesteder brengt een werk op de markt voor het bouw- en woonrijp maken van een terrein. Bijzonder hierbij is dat de toe te passen rioleringsplan uit gresbuizen bestaat. Als geschiktheidseis heeft de aanbesteder opgenomen dat een inschrijver in de afgelopen vijf jaren minimaal drie werken heeft uitgevoerd en opgeleverd van vergelijkbare aard en omvang. Hoe strikt de eis moet worden gelezen, is niet duidelijk. Wordt van een inschrijver verwacht dat hij bijvoorbeeld ervaring heeft met de aanleg van rioleringsplan of is er specifiek ervaring met het leggen van gresbuizen vereist? Een van de inschrijvers legt deze situatie voor aan de aanbesteder en vraagt hoe de zinsnede 'vergelijkbare aard' moet worden uitgelegd.

In zo'n geval is het de marktpartij toegestaan om de aanbesteder te benaderen en kunnen de partijen een-op-een met elkaar communiceren over de onduidelijkheid die bij de marktpartij is gerezen. Het doel van die communicatie is dan verduidelijken van de inhoud van de bekendgemaakte gronden, eisen of criteria.

Toelichting Dat de aanbesteder en een marktpartij een-op-een met elkaar kunnen communiceren over onduidelijkheden die bij de marktpartij zijn gerezen naar aanleiding van de bekendgemaakte uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen eventuele selectiecriteria en/of gunningscriterium, volgt overigens niet expliciet uit de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving (Europese aanbestedingsrichtlijnen, Bao, Bass, ARW 2005). Het volgt daarentegen indirect wel uit de inhoud van het model aankondiging dat moet worden gebruikt

voor de aankondiging van de aanbesteding van de opdracht, zie daarover hoofdstuk 10, par. 4.2.

Op grond van het beginsel van non-discriminatie is de aanbesteder verplicht om de verduidelijkende informatie die aan de betreffende marktpartij wordt verstrekt, ook te doen toekomen aan de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure. Hij doet dat door een zogenoemde schriftelijke nota van inlichtingen. Deze verplichting bestaat wanneer de 'onduidelijke' uitsluitingsgrond, kwalitatieve geschiktheidseis, selectie criterium en/of gunningscriterium objectief bezien inderdaad voor meerdere uitleg vatbaar is. Dat behoeft natuurlijk niet in alle gevallen zo te zijn.

Voorbeeld Een aanbesteder heeft als geschiktheidseis bepaald dat een inschrijver in de afgelopen vijf jaren minimaal drie werken heeft uitgevoerd en opgeleverd van vergelijkbare aard en omvang. Een van de inschrijvers heeft een referentiewerk uitgevoerd waarbij de levering van materialen geen onderdeel uitmaakte van de vraagspecificatie. Wat de omvang van de werkzaamheden betreft, voldoet het referentiewerk aan de gestelde eis. De aannemingssom van dat referentiewerk is door het ontbreken van de bedragen voor de leveranties echter beduidend lager dan nu wordt geëist. De inschrijver legt deze situatie voor aan de aanbesteder en vraagt hoe de zinsnede 'vergelijkbare (...) omvang' voor het betreffende referentiewerk moet worden uitgelegd. Dit is een geval waarbij een vraag rijst als gevolg van de specifieke omstandigheden waarin deze ene inschrijver verkeert. Het is zeer onwaarschijnlijk dat andere inschrijvers met dezelfde vraag worstelen. De aanbesteder is dan ook niet verplicht om het antwoord dat hij de betreffende inschrijver geeft aan alle inschrijvers te verstrekken. Om het zekere voor het onzekere te nemen, doet hij er echter verstandig aan dat toch te doen.

De een-op-eencommunicatie die in deze situatie plaatsvindt, is niet aan vormvereisten gebonden. Partijen doen er echter verstandig aan de communicatie met het oog op verduidelijking zoveel mogelijk schriftelijk te laten verlopen.

4.3.3 Verduidelijken van de aanmelding als gegadigde

Bij een aantal aanbestedingsprocedures zal de aanbesteder nadat hij de procedure algemeen heeft bekendgemaakt aanmeldingen van marktpartijen ontvangen waarmee ze te kennen geven als gegadigde tot inschrijving uitgenodigd te willen worden. De aanbesteder zal hierna moeten beoordelen of die gegadigden inderdaad tot inschrijving uitgenodigd kunnen worden op basis van de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria die hij van toepassing heeft verklaard.

Toelichting Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 7, par. 4.2. Het gaat hier om de volgende aanbestedingsprocedures: niet-openbare procedure, concurrentiegerichted dialoog, onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en concessieovereenkomst.

Bij een openbare procedure zal de aanbesteder die beoordeling uitvoeren gelijktijdig met de beoordeling van de ontvangen inschrijvingen op basis van het gunningscriterium, zie par. 4.6.1 en hoofdstuk 5, par. 4.2.

De inhoud van de aanmelding van een gegadigde kan onduidelijk zijn voor de aanbesteder die de beoordeling uitvoert.

Voorbeeld Een inschrijver voegt bij zijn inschrijving een lijst met referentiewerken. Een van deze werken is in combinatie uitgevoerd. Uit de inschrijvingsdocumenten blijkt niet wat het aandeel van de inschrijver in die combinatie was. De aanbesteder vraagt om een toelichting over het aandeel van de inschrijver in de combinatie om te kunnen beoordelen of het referentiewerk voldoet aan de geschiktheidseis.

In zo'n geval mag de aanbesteder die gegadigde benaderen en kunnen partijen een-op-een met elkaar communiceren over de onduidelijkheid die bij de aanbesteder is gerezen. Het doel van deze communicatie is dan verduidelijken van de inhoud van de aanmelding als gegadigde.

Bron Art. 51 Algemene Richtlijn: "De aanbestedende dienst kan verlangen dat de ondernemers de uit hoofde van de artikelen 45 t/m 50 overgelegde verklaringen en bescheiden aanvullen of nader toelichten."

Zie in dit verband verder art. 52 Bao en art. 2.13.1, art. 3.13.1, art. 4.14.1, art. 5.14.1 en art. 6.11 ARW 2005. De Richtlijn Nutssectoren alsook het Bass bevatten geen vergelijkbare regeling.

Het toepassingsgebied van deze bepaling beperkt zich naar de letter van de tekst overigens niet tot het moment waarop de aanbesteder positief oordeelt over toelating van de betreffende gegadigde tot inschrijving. Ook daarna kan hij de hier bedoelde informatie nog verlangen.

Ook voor deze situatie geldt dat de een-op-eencommunicatie die plaatsvindt, niet aan vormvereisten is gebonden. Partijen doen er echter ook hier verstandig aan de communicatie met het oog op verduidelijking zoveel mogelijk schriftelijk te laten verlopen.

4.3.4 Verduidelijken van de eisen in de vraagspecificatie

Bij alle aanbestedingsprocedures zal de aanbesteder op enig moment de deelnemers in kennis stellen van de inhoud van de vraagspecificatie.

Toelichting Het moment waarop dat precies gebeurt, is afhankelijk van de aanbestedingsprocedure die aan de orde is, zie par. 4.3.1.

De inhoud van de eisen in de vraagspecificatie kan onduidelijk zijn voor een marktpartij die zich wil aanmelden als gegadigde of die – in geval van de openbare procedure, een onderhandse procedure of een raamovereenkomst – een inschrijving wil indienen.

Voorbeeld In de vraagspecificatie voor de reconstructie van een winkelstraat is als eis opgenomen dat de bereikbaarheid van de winkels gedurende de uitvoering moet worden gegarandeerd. Een gegadigde vraagt zich af of het garanderen van de bereikbaarheid alleen betrekking heeft op het winkelend publiek of dat de winkels ook via deze straat bevoorraad worden.

In die situatie kunnen aanbesteder en marktpartij op initiatief van de laatste een-op-een met elkaar communiceren over de onduidelijkheid die bij de marktpartij is gerezen. Het doel van die communicatie is dan verduidelijken van de inhoud van de eisen in de vraagspecificatie.

Toelichting Voor wat betreft de openbare procedure kan in dit verband worden gewezen op art. 39 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 46 lid 2 Richtlijn Nutssectoren.

Art. 39 lid 2 Algemene Richtlijn: "Nadere inlichtingen over het bestek en de aanvullende stukken worden, mits tijdig aangevraagd, uiterlijk zes dagen voor de uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen door de aanbestedende diensten of de bevoegde diensten verstrekt."

Zie in aansluiting op deze bepalingen ook art. 39 lid 2 Bao, art. 47 lid 2 Bass en art. 2.16.1 ARW 2005. Voor wat betreft de niet-openbare procedure, de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en – voorzover het de Algemene Richtlijn betreft – de concurrentiegerichtede dialoog, voorzien art. 40 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 47 lid 3 Richtlijn Nutssectoren in een nagevoeg vergelijkbare regeling. Zie daarvoor ook art. 40 lid 5 Bao, art. 48 lid 5 Bass en art. 3.18.1, art. 5.18.1, art. 6.15.1, art. 7.8.1 en art. 8.3.5 ARW 2005.

De aanbesteder is vervolgens verplicht om de verduidelijkende informatie die hij via een-op-eencommunicatie aan de marktpartij heeft verstrekt, ook aan de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure te verstrekken. Hij doet dat door middel van een schriftelijke nota van inlichtingen.

Toelichting Deze verplichting is in ieder geval opgenomen in de bepalingen van het ARW 2005, zie art. 2.16.2, art. 3.18.2, art. 5.18.2, art. 6.15.2, art. 7.8.2 en art. 8.3.5 ARW 2005. Deze bepalingen vormen een uitwerking van de hiervoor vermelde algemene bepalingen in art. 39 lid 2 en art. 40 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 39 lid 2 en art. 40 lid 5 Bao.

4.3.5 Aanpassen van de eisen in de vraagspecificatie al dan niet in relatie tot een voorgenomen inschrijving

4.3.5.1 Vertrekpunt

Het is ook mogelijk dat de inhoud van de eisen in de vraagspecificatie volstrekt duidelijk is voor een marktpartij, maar dat deze graag wil aansturen op aanpassing van die eisen. De overweging die daaraan ten grondslag ligt, is meestal dat de marktpartij bij een aangepaste vraagspecificatie een voor de aanbesteder – en dus ook voor hemzelf – meer interessante inschrijving kan produceren dan wanneer de vraagspecificatie ongewijzigd zou blijven.

Voorbeeld Een aanbesteder stelt in de vraagspecificatie eisen aan de milieuhygiënische kwaliteit van de toe te passen grond voor een geluidswal. Er moet schone grond toegepast worden, zoals bedoeld in het bouwstoffenbesluit. Een inschrijver heeft een grote hoeveelheid categorie 1 grond die vrijkomt uit een nabijgelegen werk. Deze grond voldoet weliswaar aan de civieltechnische eisen uit de vraagspecificatie, maar niet aan de milieuhygiënische eisen. De inschrijver probeert de aanbesteder te bewegen de vraagspecificatie op dit punt aan te passen. Dit zal waarschijnlijk zijn concurrentiepositie verbeteren en leiden tot een beduidend lagere inschrijving.

De marktpartij zal mogelijk willen aansturen op het een-op-een communiceren met de aanbesteder. Het doel van die communicatie is onderhandelen met het oogmerk te proberen de aanbesteder de vraagspecificatie te laten herzien. In de volgende paragrafen zal worden ingegaan op de vraag of en – zo ja – onder welke voorwaarden dat is toegestaan.

Deze situatie zal soms kunnen samenvallen met die waarin de aanbesteder er ook zelf prijs op stelt dat een marktpartij reflecteert op de inhoud van de eisen van de vraagspecificatie. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de aanbesteder zelf niet geheel overtuigd is van de adequaatheid van de vraagspecificatie, gegeven het resultaat dat hij met het bouwproces voor ogen heeft.

Voorbeeld Voor de aanleg van een provinciale weg heeft de aanbesteder in de vraagspecificatie een fundering van menggranulaat voorgeschreven. Hierop is de opbouw van de asfaltconstructie afgestemd. Toepassing van een cementgebonden fundering kan echter leiden tot een optimalisatie in de dikte en de opbouw van de asfaltconstructie. De aanbesteder twijfelt of de oplossing die in de vraagspecificatie is voorgeschreven wel de meest optimale is.

In een dergelijke situatie zal ook de aanbesteder willen aansturen op het een-op-een communiceren met een of meer marktpartijen. Hierbij is het doel van die communicatie verkennen met het oog op het verkrijgen van inzichten om tot een eventuele herziening van de vraagspecificatie te besluiten. Ook voor deze situatie zal in de navolgende paragrafen worden nagegaan welke ruimte voor een-op-een communiceren de aanbesteder heeft.

De aanbesteder kan ook nog een ander motief hebben om een-op-een met een marktpartij te communiceren over de eisen in de vraagspecificatie. Dat motief ligt overigens sterk in het verlengde van de eventuele behoefte om de markt op de vraagspecificatie te laten reflecteren. De aanbesteder kan in aanvulling daarop immers de behoefte hebben inzicht te krijgen in de oplossingsrichtingen die een marktpartij van plan is in zijn inschrijving op te nemen.

Voorbeeld Voor de realisatie van een kantoor op basis van D&B heeft de aanbesteder een vraagspecificatie in de markt gezet met veel ontwerpvrijheden ten aanzien van het aspect vormgeving. Er zijn abstracte eisen gesteld waarbinnen de inschrijver zijn aanbiedingsontwerp dient op te stellen. De aanbesteder heeft een sterke behoefte om ongewenste ontwerp oplossingen te voorkomen.

Ook over die mogelijke oplossingsrichtingen zal de aanbesteder wellicht een-op-een met een marktpartij willen communiceren. Het doel van die communicatie is ook nu verkennen met het oog op het verkrijgen van inzichten, maar nu ook met het doel te proberen die marktpartij te beïnvloeden voor wat betreft de inhoud van zijn voorgenomen inschrijving. Ook voor deze situatie moet de vraag worden beantwoord binnen welke juridische randvoorwaarden een-op-eencommunicatie tussen de aanbesteder en een individuele marktpartij mogelijk is.

De drie hiervoor geschetste situaties liggen feitelijk sterk in elkaars verlengde. De centrale vraag die voor deze situaties gezamenlijk kan worden gesteld is of – en zo ja, onder welke voorwaarden – het is toegestaan dat een aanbesteder en een marktpartij een-op-een met elkaar communiceren over de inhoud van de vraagspecificatie. Dit al dan niet in samenhang met de door die marktpartij voorgenomen inschrijving en tegen de achtergrond van een mogelijke aanpassing van de vraagspecificatie en/of de voorgenomen inschrijving.

Toelichting De vraag is dus niet of en onder welke voorwaarden een aanbesteder de eisen van de vraagspecificatie mag aanpassen. Die vraag komt aan de orde in hoofdstuk 3, par. 4.3.3.3. Het gaat evenmin om de vraag of en onder welke voorwaarden een gegadigde of inschrijver zijn inschrijving mag aanpassen. Die vraag komt aan de orde in hoofdstuk 9, par. 4.2 en 4.3.

De vraag waar het in deze paragraaf om gaat, is of en onder welke voorwaarden een mogelijke aanpassing van de vraagspecificatie of een voorgenomen inschrijving van een marktpartij onderwerp mogen zijn van bilaterale communicatie tussen aanbesteder en marktpartij.

Bij de beantwoording van deze vraag wordt in de volgende paragrafen een onderscheid gemaakt tussen de hoofdregel die voor bijna alle aanbestedingsprocedures geldt (paragraaf 4.3.5.2) en voor de uitzondering op die hoofdregel die geldt als gebruik wordt gemaakt van de concurrentiegerichtte dialoog (paragraaf 4.3.5.3).

4.3.5.2 Hoofdregel

Voor alle aanbestedingsprocedures geldt – met uitzondering van de concurrentiegerichtte dialoog – dat de aanbesteder voorafgaand aan de inschrijving niet zelf het initiatief mag nemen tot een-op-eencommunicatie over de inhoud van de eisen van de vraagspecificatie of over een voorgenomen inschrijving van een marktpartij.

Toelichting Het gaat in dit geval om de volgende aanbestedingsprocedures: openbare procedure, niet-openbare procedure, onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, onderhandse procedure, concessieovereenkomst en raamovereenkomst met meerdere ondernemers.

Een aanbesteder zal bij deze procedures moeten afwachten of een marktpartij een dergelijk initiatief neemt. Daarbij is het de marktpartij overigens alleen toegestaan om te vragen om verduidelijking van de inhoud van de vraagspecificatie.

Toelichting Zie daarvoor meer uitvoerig par. 4.3.4.

Zo'n vraag van een marktpartij kan natuurlijk tot effect hebben dat een aanbesteder bepaalde inzichten verwerft over de inhoud van zijn vraagspecificatie en dat hij op basis van die inzichten besluit tot aanpassing van de eisen van de vraagspecificatie.

Toelichting Zie hoofdstuk 3, par. 4.3.3.3 over de juridische randvoorwaarden die bij zo'n aanpassing in acht moeten worden genomen. Die randvoorwaarden kwamen deels ook al kort aan de orde in par. 4.3.4 omtrent de 'nota van inlichtingen'.

Dat effect kan zelfs in meer rechtstreekse zin optreden, wanneer een marktpartij niet alleen vraagt om verduidelijking van de inhoud van de vraagspecificatie, maar er bovendien expliciet bij de aanbesteder op aandringt dat de vraagspecificatie wordt aangepast.

De grens van het juridisch toelaatbare wordt echter bereikt zodra een-op-eencommunicatie over verduidelijking van de vraagspecificatie en/of over een eventuele aanpassing van de eisen van de vraagspecificatie plaatsvindt als onderdeel van een bredere gedachtewisseling die ook de inhoud van de voorgenomen inschrijving van de marktpartij betreft. Partijen mogen niet met elkaar communiceren over die inschrijving. Dat dit aanbestedingsrechtelijk is verboden, kan worden afgeleid uit een gemeenschappelijke Verklaring van de Raad en de Commissie.

Bron "De Raad en de Commissie verklaren dat, bij openbare en niet-openbare procedures, onderhandelingen met gegadigden of inschrijvers over fundamentele punten van de opdrachten waarvan wijziging de mededinging kan vervalsen, en met name over prijzen, uitgesloten zijn; wel mogen er besprekingen met gegadigden of inschrijvers plaatsvinden, maar alleen met het oog op een verduidelijking of aanvulling van de inhoud van hun offerte, alsmede van de eisen van de aanbestedende diensten, en voor zover zulks geen discriminatie veroorzaakt."

Uit: Gemeenschappelijke Verklaring van de Raad en de Commissie bij art. 7 lid 4 Richtlijn 93/37/EG, de voorloper van de actuele Algemene Richtlijn.

Toelichting Deze visie is uitgewerkt in Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 463 e.v.

Uit deze Verklaring kan echter ook worden afgeleid dat voorafgaand aan de inschrijving besprekingen met gegadigden en inschrijvers mogen plaatsvinden, met het oog op een verduidelijking of aanvulling van de eisen (in de vraagspecificatie) van de aanbesteder.

Toelichting Uit de Verklaring blijkt bovendien dat besprekingen met gegadigden en inschrijvers mogen plaatsvinden, met het oog op een verduidelijking of aanvulling van hun inschrijving. Dat aspect komt nog aan de orde in par. 4.3.6.

Dit betekent dat de Verklaring op dit punt strookt met de inhoud van de bepalingen die hiervoor zijn behandeld in paragraaf 4.3.4.

Toelichting Zie art. 39 lid 2 en art. 40 lid 4 Algemene Richtlijn jo. art. 39 lid 2 en art. 40 lid 5 Bao en art. 46 lid 2 en art. 47 lid 3 Richtlijn Nutssectoren jo. art. 47 lid 2 en art. 48 lid 5 Bass.

Die bepalingen vormen in de eerste plaats de grondslag voor de regeling in het ARW 2005 van een zogenoemde algemene inlichtingenronde waarbij een marktpartij via een-op-een-communicatie vragen aan de aanbesteder kan stellen over onduidelijkheden in de vraagspecificatie. Informatie die de aanbesteder in dat kader vervolgens aan de betreffende marktpartij verstrekt, moet ook worden verstrekt aan de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure. Dat gebeurt dan met behulp van een schriftelijke nota van inlichtingen.

Gegeven de ruimte die de Gemeenschappelijke Verklaring biedt, kunnen deze bepalingen echter óók als basis dienen voor een praktijk waarbij een marktpartij een-op-een vragen aan de aanbesteder stelt over de eisen van de vraagspecificatie zelfs als hij met die vragen – en passant – inzicht geeft in de inhoud van zijn voorgenomen inschrijving, met name op het punt van de oplossingsrichting die hij voornemens is aan te bieden.

Voorbeeld In de vraagspecificatie voor een wegreconstructie is een proceseis opgenomen die inhoudt dat 'gedurende de uitvoering de overlast voor omwonenden tot een minimum dient te worden beperkt'. Een inschrijver is voornemens een mobiele puinbreker op het werk te plaatsen. Het gebroken puin kan vervolgens als funderingsmateriaal dienen. De inschrijver verwacht hierdoor een scherpe inschrijving te kunnen doen. Keerzijde is dat deze wijze van uitvoering de nodige geluidshinder met zich meebrengt. De inschrijver vraagt wat in dit geval verstaan moet worden onder 'het beperken van de overlast tot een minimum'. Het is goed mogelijk dat de achtergrond van de proceseis het waarborgen van de bereikbaarheid van de woningen is geweest, of het beschermen van schoolgaande kinderen waarbij het toepassen van een mobiele puinbreker op een gedeelte van het werkterrein geen enkel probleem is. Voor de aanbesteder kan de gestelde vraag aanleiding zijn om aan te geven aan deze inschrijver dat het werken met een mobiele puinbreker binnen de wettelijke grenzen is toegestaan of de proceseis over de beperking van de overlast duidelijker te formuleren.

Door het stellen en beantwoorden van vragen over de inhoud van de vraagspecificatie, in het licht van de oplossingsrichting waarmee een marktpartij voornemens is in te schrijven, is het mogelijk om tot een betere afstemming tussen vraagspecificatie en inschrijving te komen. Het is dan wel belangrijk om goed na te gaan hoe de een-op-eencommunicatie in dat kader precies verloopt en wat in dat verband wel en niet is toegestaan.

Toelichting Het is de marktpartij die het proces van een-op-eencommunicatie opstart door vragen te stellen over de eisen van de vraagspecificatie. Daarbij kan hij dan aangeven wat voor hem de relevantie van die vragen is in het licht van de oplossingsrichting waarmee hij voornemens is in te schrijven. Die vragen zullen in de regel betrekking hebben op de wijze waarop de eisen in de vraagspecificatie moeten worden geïnterpreteerd. Gegeven het antwoord van de aanbesteder, kan de inschrijver vervolgens zelf nagaan of hij met zijn voor-

genomen oplossingsrichting kan voldoen aan de eisen. Daarbij kan hij dan bijvoorbeeld tot het inzicht komen dat hij de oplossingsrichting op onderdelen anders zal moeten inrichten.

De aanbesteder beperkt zich in dit proces van een-op-eencommunicatie tot het geven van antwoorden op de gestelde vragen. Hij doet dat door aan te geven hoe een bepaalde eis in de vraagspecificatie moet worden geïnterpreteerd. In dit verband moet worden opgemerkt dat het inherent is aan het beantwoorden van interpretatievragen dat daarbij voorbeelden aan de orde komen waarmee als het ware wordt geverifieerd of een eis met een bepaalde oplossing wel of niet mag worden opgelost, gegeven de interpretatie die aan die eis moet worden gegeven. Dat is toegestaan, zo lang die voorbeelden maar vragenderwijs worden aangedragen door de marktpartij. De aanbesteder beantwoordt de interpretatievraag vervolgens door aan te geven of de in de voorbeelden voorgestelde wijze van oplossen past binnen de kaders van de eisen in de vraagspecificatie. De aanbesteder mag echter niet aangeven – voorzover dat al mogelijk is, bijvoorbeeld door het uiten van een kwaliteitsoordeel – in welke mate een voorgenomen oplossingsrichting van een marktpartij beantwoordt aan de gestelde eisen. Het is al helemaal niet toegestaan om de marktpartij te informeren hoe hij in de ogen van de aanbesteder zijn voorgenomen oplossingsrichting het beste zou kunnen inrichten en/of aanpassen om zo optimaal mogelijk te voldoen aan de eisen van de vraagspecificatie.

Dat het de aanbesteder niet is toegestaan de marktpartij actief te bewegen tot het aanbieden van een bepaalde oplossingsrichting, laat onverlet dat deze geschetste gang van zaken de aanbesteder tot het inzicht kan brengen dat de vraagspecificatie op onderdelen moet worden aangepast. Zoals eerder uit deze paragraaf bleek, blijft die mogelijkheid altijd bestaan zo lang maar een aantal randvoorwaarden in acht wordt genomen. Die randvoorwaarden kwamen deels ook al kort aan de orde in par. 4.3.4 in het kader van de nota van inlichtingen. Zie in dit verband ook hoofdstuk 3, par. 4.3.3.3.

Voorbeeld

Een inschrijver vraagt of een gazon in een park, dat niet tot het werkterrein behoort, gebruikt mag worden om een tijdelijke weg aan te leggen gedurende de uitvoering van een werk. Hierdoor kan de inschrijver kostbare en ingrijpende omleidingsroutes vermijden. Het is de aanbesteder niet toegestaan alleen voor deze inschrijver de grenzen van het werkterrein uit te breiden. Omdat het een vraag betreft met een gerechtvaardigd commercieel belang is het evenmin toegestaan, zonder toestemming van de betreffende inschrijver, de door hem beoogde oplossing – het aanleggen van een tijdelijke weg door het park – als eis in de vraagspecificatie op te nemen. Het is de aanbesteder echter wel toegestaan de grenzen van het werkterrein uit te breiden zodat de voorgenomen oplossingsrichting van de inschrijver mogelijk wordt.

De hiervoor beschreven toegestane praktijk is gebaseerd op de Gemeenschappelijke Verklaring in relatie tot de bepalingen in de Europese aanbestedingsrichtlijnen, het Bao en het Bass

over het verstrekken van algemene inlichtingen tijdens een aanbestedingsprocedure. Deze praktijk is nader uitgewerkt in het ARW 2005. Die regeling voorziet met name ook in de oplossing van het vertrouwelijkheidsdilemma dat zich voordoet wanneer een marktpartij vraagt om verduidelijking van de vraagspecificatie en dat doet in het licht van een specifieke oplossingsrichting waarmee hij zou willen inschrijven.

Bron

Art. 2.17.1 ARW 2005: "Een ondernemer die voornemens is in te schrijven kan de aanbestedder gemotiveerd verzoeken om nadere inlichtingen die niet worden opgenomen in de nota van inlichtingen. De aanbestedder kan dergelijke inlichtingen verstrekken voorzover het opnemen daarvan, naar het oordeel van de aanbestedder, in de nota van inlichtingen schade kan toebrengen aan de rechtmatige commerciële belangen van de ondernemer. De aanbestedder mag deze inlichtingen alleen geven indien deze dienen ter verduidelijking van de eisen die de aanbestedder in de aankondiging, het bestek en de nota van inlichtingen heeft gesteld. Het verstrekken van dergelijke inlichtingen mag niet leiden tot discriminatie van andere ondernemers die voornemens zijn in te schrijven."

Zie ook in vergelijkbare zin: art. 3.19.1, art. 5.19.1, art. 6.16.1 en art. 7.9.1 ARW 2005.

Ook in de toelichting op deze bepalingen van het ARW 2005 worden in lijn met de Gemeenschappelijke Verklaring de grenzen aangegeven die een aanbestedder in acht moet nemen wanneer hij een-op-een communiceert over de eisen van de vraagspecificatie tegen de achtergrond van een voorgenomen inschrijving van een marktpartij.

Bron

"De aanbestedder kan dergelijke inlichtingen op verzoek van een gegadigde aan hem verstrekken als deze, naar het oordeel van de aanbestedder terecht, aangeeft dat hij een rechtmatig commercieel belang heeft bij vertrouwelijkheid. Een dergelijk rechtmatig commercieel belang zou zich vooral voor kunnen doen bij het aanbesteden van geïntegreerde contracten, zoals Design and Construct, en in het geval de gegadigde van plan is om een variant in te dienen. In zulke gevallen zullen vragen om verduidelijking vaak gerelateerd zijn aan de oplossing of het ontwerp dat de gegadigde voor ogen staat en diens vragen kunnen zijn oplossing of ontwerp voortijdig onthullen. Het bekend worden van zijn vraag tijdens de aanbesteding bij zijn concurrenten zou daardoor kunnen leiden tot schade voor de gegadigde en vervalsing van de mededinging." (...)

"Met betrekking tot nadere inlichtingen in geval van een gerechtvaardigd commercieel belang volgt het ARW 2005 deze verklaring van de Raad. De nadere inlichtingen hebben betrekking op de eisen van de aanbestedder en mogen alleen worden verstrekt om deze eisen te verduidelijken. Het verstrekken van de inlichtingen mag ten slotte niet leiden tot discriminatie."

Uit: Algemene Toelichting ARW 2005 – deel III, p. 284-285.

Het voorgaande houdt dus in dat de aanbesteder mag afwijken van de regel dat verduidelijkende informatie die in het kader van gevraagde inlichtingen aan de ene marktpartij is verstrekt, via een schriftelijke nota van inlichtingen ook aan de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure moet worden verstrekt. De aanbesteder bepaalt of van die regel kan worden afgeweken. Hij moet echter vasthouden aan die regel wanneer de marktpartij, voorafgaand aan het stellen van de verduidelijkingsvragen, niet heeft aangegeven dat hij van mening is een rechtmatig commercieel belang bij vertrouwelijkheid te hebben. Hij moet ook aan die regel vasthouden wanneer de marktpartij dat vooraf wél heeft aangegeven en de aanbesteder van mening is dat zo'n belang ontbreekt, nadat hij de verduidelijkingsvraag heeft gehoord.

Voorbeeld Een inschrijver stelt een vraag over de begaanbaarheid van het werkterrein langs een kanaal. Dit is relevant voor de keuze voor de inzet van materieel. Het antwoord op deze vraag gaat alle inschrijvers aan omdat zij met dezelfde problematiek van doen hebben. Hier is geen sprake van een gerechtvaardigd commercieel belang.

Voorbeeld Bij de inschrijving op het ontwerp en de aanleg van een woonwijk dient de inschrijver onder andere een voorstel in voor een speelvoorziening voor kinderen. De inschrijver denkt aan een zogenoemd 'speelbos' waarin kinderen ouderwets hutten kunnen bouwen, in bomen klimmen en slootje springen. De inschrijver twijfelt of de aanbesteder erg enthousiast zal zijn over het voorstel en wil daarover een verduidelijkingsvraag stellen. Dit is een vraag waarbij de inschrijver een gerechtvaardigd commercieel belang heeft omdat er direct relatie bestaat met zijn oplossingsrichting. Het is de aanbesteder in zo'n geval niet toegestaan om aan alle inschrijvers kenbaar te maken dat een 'speelbos' ook is toegestaan. Overigens is het de aanbesteder niet toegestaan om in reactie op de gestelde verduidelijkingsvraag aan te geven dat een 'speelbos' meer of minder goed gewaardeerd zal worden.

Tot slot moet worden opgemerkt dat het proces van een-op-eencommunicatie weliswaar vormvrij kan plaatsvinden, maar dat de verduidelijkingsvragen die de marktpartij stelt en de antwoorden die de aanbesteder daarop geeft, door de aanbesteder in een proces-verbaal moeten worden vastgelegd.

Bron Zie art. 2.17.3, art. 3.19.3, art. 5.19.3, art. 6.16.3 en art. 7.9.3 ARW 2005.

4.3.5.3 Uitzondering: concurrentiegericht dialoge

Binnen de concurrentiegericht dialoge heeft een aanbesteder meer juridische ruimte om een-op-een met een gegadigde te kunnen communiceren over de onderlinge afstemming van de eisen van de vraagspecificatie en de door die gegadigde voorgenomen inschrijving dan bij de andere aanbestedingsprocedures.

Het belangrijkste verschil is allereerst dat de aanbesteder bij de concurrentiegericht dialoge zelf het initiatief neemt tot het opstarten van een dialoge. De regeling van de concurrentiegericht dialoge voorziet namelijk expliciet in een dialoge gronde voorafgaand aan de inschrijving.

Toelichting Zie hierover ook hoofdstuk 5, par. 4.4.

Een tweede verschil betreft de inhoud van hetgeen onderwerp van die dialoog mag zijn. Bij de andere aanbestedingsprocedures is het zo dat alleen de marktpartij vragen stelt ter verduidelijking van de eisen in de vraagspecificatie en dat de aanbesteder die vragen vervolgens beantwoordt. De aanbesteder stelt bij die andere procedures geen vragen, noch om inzicht te krijgen in de visie van de gegadigde op de eisen van de vraagspecificatie, noch om inzicht te krijgen in de voorgenomen oplossingsrichting van de gegadigde, noch om inzicht te krijgen in de afstemming tussen vraagspecificatie en voorgenomen oplossingsrichting.

Toelichting Voor het verkrijgen van dergelijke inzichten zal de aanbesteder bij die andere procedures afhankelijk zijn van de vragen die door de marktpartij worden gesteld.

Bij de concurrentiegerichte dialoog ligt dat anders. Tijdens de dialoogronde is het de aanbesteder namelijk wel toegestaan om vragen te stellen aan de gegadigde met het doel de hiervoor beschreven inzichten te verkrijgen.

Bron Art. 29 lid 3 Algemene Richtlijn: "(...). Tijdens deze dialoog kunnen zij met de geselecteerde gegadigden alle aspecten van de opdracht bespreken. Tijdens de dialoog waarborgen de aanbestedende diensten de gelijke behandeling van alle inschrijvers. Met name geven zij geen – discriminerende – informatie die sommige inschrijvers kan beoordelen boven andere. (...)".

Zie ook art. 29 lid 4 en lid 5 Bao en art. 4.18.2 en art. 4.18.3 ARW 2005.

Tijdens de dialoogronde is het dus toegestaan over en weer alle aspecten van de vraagspecificatie, de voorgenomen inschrijving alsook de onderlinge afstemming tussen vraagspecificatie en inschrijving te bespreken. Een harde randvoorwaarde die de aanbesteder echter in acht moet nemen, is dat het verstrekken van (discriminerende) informatie aan een of meer gegadigden boven andere gegadigden niet is toegestaan.

Voorbeeld De werkzaamheden omvatten het ontwerp, de aanleg en het meerjarig onderhoud van een provinciale weg gedurende 25 jaar. In de vraagspecificatie is als eis opgenomen dat er gestreefd moet worden naar uniformiteit van wegbeeld met vergelijkbare aansluitende provinciale wegen. De aansluitende wegen zijn aangelegd in (zwart) asfalt. Een inschrijver is voornemens een oplossing in doorgaand gewapend (grijs) beton aan te bieden. De inschrijver vraagt of de grijze kleur van de betonweg in de ogen van de aanbesteder afbreuk doet aan de uniformiteit van het wegbeeld. De aanbesteder mag het antwoord op deze vraag zonder meer verstrekken en tevens vragen stellen over de gefaseerde uitvoering die de aanleg in beton met zich meebrengt. Ook kan hij vragen stellen over de stroefheid van beton en hoe de inschrijver die gedurende het meerjarig onderhoud denkt te waarborgen. Het is echter niet toegestaan de eisen met betrekking tot de uniformiteit van het wegbeeld alleen voor deze inschrijver te laten vervallen en ze onverkort voor de andere inschrijvers te handhaven.

Het is de aanbesteder evenmin toegestaan om oplossingsrichtingen die een gegadigde tijdens de dialoogronde voorstelt of vertrouwelijke inlichtingen die hij in dat kader aan de aanbesteder verstrekt, ook aan de andere gegadigden te verstrekken zonder toestemming van die gegadigde.

Bron Art. 29 lid 3 Algemene Richtlijn: “(…). De aanbestedende diensten mogen de voorgestelde oplossingen of andere door een deelnemer aan de dialoog verstrekte vertrouwelijke inlichtingen niet aan de andere deelnemers bekendmaken zonder de instemming van eerstgenoemde deelnemer.”

Zie ook art. 29 lid 4 en lid 6 Bao en art. 4.18.5 ARW 2005. Deze specifieke verplichting tot het inachtnemen van vertrouwelijkheid is in feite een nadere uitwerking van art. 6 van de Algemene Richtlijn. Zie daarover ook par. 4.1.

Het feit dat een aanbesteder tijdens een dialoogronde een bepaalde oplossingsrichting heeft vernomen van een gegadigde, betekent niet dat zo’n oplossingsrichting om alleen die reden nooit met andere gegadigden tijdens andere dialoogrondes besproken zou kunnen worden. Zeker wanneer een andere gegadigde tijdens een andere dialoogronde dezelfde oplossingsrichting ter sprake brengt, staat het de aanbesteder vrij daarover met die andere gegadigde van gedachten te wisselen. Echter, onder omstandigheden kan de aanbesteder dat óók doen wanneer die andere gegadigde niet zelf op het idee komt om die oplossingsrichting ter sprake te brengen, maar wel op dat idee had kunnen komen.

Toelichting Dat zal met name het geval zijn naarmate de bedachte oplossingsrichting algemeen van aard is, in de zin dat zij objectief gezien ook bedacht had kunnen worden zonder de specifieke kennis en vaardigheden van de gegadigde die de aanbesteder als eerste over deze oplossingsrichting heeft geïnformeerd. Overigens is het zo dat wanneer de aanbesteder op grond van het voorgaande besluit de oplossingsrichting met een andere gegadigde te bespreken, hij dat met alle andere gegadigden zal moeten doen.

Voorbeeld De werkzaamheden omvatten het ontwerp, de aanleg en het meerjarig onderhoud van een provinciale weg gedurende 25 jaar. Uit de vraagspecificatie blijkt dat er een kruispuntoplossing moet komen voor de kruising van de provinciale weg met een gemeentelijke gebiedsontsluitingsweg. Een inschrijver heeft een bijzondere variant van een turborotonde in de dialoogronde voorgelegd aan de aanbesteder. Het is de aanbesteder in zo’n geval toegestaan de mogelijkheid van een rotonde als kruispuntoplossing te bespreken met andere inschrijvers. Het is niet toegestaan de variant van de turborotonde als mogelijkheid te bespreken met andere inschrijvers, tenzij een andere inschrijver die oplossing zelf ter sprake brengt.

In dezelfde lijn kan ook de vraag worden beantwoord in welke gevallen een gegadigde mag stellen dat bepaalde inlichtingen die hij tijdens de dialoogronde heeft verstrekt niet aan de andere gegadigden mogen worden verstrekt, op grond van het vermeende vertrouwelijke karakter van die inlichtingen. Wanneer inlichtingen informatie bevatten die in feite tot het publieke domein behoort en objectief kan worden vastgesteld dat ook een ander die infor-

matie had kunnen vergaren, behoeft een aanbesteder de aan hem verstrekte inlichtingen niet als vertrouwelijk te beschouwen en mag hij deze inlichtingen ook aan andere gegadigden verstrekken. Als hij besluit dat te doen, zal hij die inlichtingen overigens aan alle andere gegadigden moeten verstrekken.

Voorbeeld Een inschrijver attendeert de aanbesteder erop dat door een uitbreiding van het verhardingsoppervlak de bestaande riolering niet meer zal voldoen. De inschrijver toont dit aan door middel van een berekening. De inschrijver stelt voor het probleem op te lossen door middel van infiltratievoorzieningen. In zo'n geval is het toegestaan dat de aanbesteder ook andere inschrijvers attendeert op de consequenties van hun ontwerp op de hemelwaterafvoer. Het is echter niet toegestaan om zonder toestemming de conclusies van de uitgevoerde berekening van de ene inschrijver aan de andere inschrijvers mee te delen.

Het proces van een-op-een communiceren dat tijdens een dialoogronde plaatsvindt, kan vormvrij plaatsvinden. Het proces en de uitkomsten daarvan moeten wel door de aanbesteder in een proces-verbaal worden vastgelegd.

Bron Zie art. 4.18.4 ARW 2005.

Het proces-verbaal wordt alleen toegestuurd aan de gegadigde met wie de dialoog is gevoerd die in het proces-verbaal is vastgelegd.

4.3.6 Verduidelijken en aanpassen van de inschrijving

4.3.6.1 Vertrekpunt

Bij alle aanbestedingsprocedures zal de aanbesteder inschrijvingen ontvangen. De aanbesteder moet vervolgens beoordelen welke van die inschrijvingen op grond van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus komt.

Toelichting Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 8, par. 4.5. Bij de openbare procedure zal die beoordeling overigens samenlopen met de beoordeling van de kwaliteit van de inschrijver zelf op basis van de uitsluitingsgronden, de kwalitatieve geschiktheidseisen en de eventuele selectiecriteria. Zie par. 4.3.3 en hoofdstuk 5, par. 4.2.

Met die inschrijvingen kunnen vanuit de optiek van de aanbesteder vervolgens verschillende dingen aan de hand zijn. Allereerst is het mogelijk dat de inhoud van een bepaalde inschrijving onduidelijk is voor de aanbesteder.

Voorbeeld De aanbesteder heeft de uitvoeringsduur als criterium gesteld in het kader van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving. In de concept-overeenkomst is tevens een korting opgenomen als er sprake is van te late oplevering. Een inschrijver schrijft in met een zeer korte uitvoeringsduur. De aanbesteder twijfelt over de haalbaarheid van de realisatie van het project binnen de aangeboden uitvoeringsduur en vraagt de inschrijver om een verduidelijking.

In een dergelijke situatie zal de aanbesteder er mogelijk behoefte aan hebben een-op-een met de betreffende inschrijver te communiceren over de onduidelijkheid die bij hem is gerezen. Het doel van die communicatie is dan verduidelijken van de inhoud van de inschrijving.

Het is ook mogelijk dat de inhoud van een inschrijving volstrekt duidelijk is voor de aanbesteder, maar dat hij zich daarin niet kan vinden en graag zou willen aansturen op aanpassing van die inschrijving.

Voorbeeld In het kader van de aanbesteding van de nieuwbouw van een stadskantoor, dient een inschrijver een voorlopig ontwerp in. Dat voldoet weliswaar aan de eisen die in de vraagspecificatie zijn gesteld, maar de kleur van de metselsteen die de inschrijver aanbiedt, valt niet in de smaak van de aanbesteder. Hij wil dan ook dat de inschrijver een andere kleur metselsteen aanbiedt.

In dat geval zal de aanbesteder mogelijk willen aansturen op het een-op-een communiceren met de inschrijver, waarbij het doel van die communicatie dan is onderhandelen met het oogmerk te proberen de inschrijver zijn inschrijving te laten herzien.

In de volgende paragrafen wordt ingegaan op de vraag of in de hiervoor beschreven behoefte tot een-op-een communiceren kan worden voorzien en, zo ja, onder welke juridische randvoorwaarden. Bij de beantwoording van die vraag wordt een onderscheid gemaakt tussen de hoofdregel die voor bijna alle aanbestedingsprocedures geldt (paragraaf 4.3.6.2) en voor de uitzondering op die hoofdregel die geldt als er gebruik wordt gemaakt van een van de onderhandelingsprocedures (paragraaf 4.3.6.3.).

4.3.6.2 Hoofdregel

Voor alle aanbestedingsprocedures geldt dat de aanbesteder na ontvangst van de inschrijving het initiatief mag nemen tot een-op-eencommunicatie met een inschrijver over de inhoud van diens inschrijving. Voor alle aanbestedingsprocedures geldt echter – met uitzondering van de onderhandelingsprocedures die ruimere mogelijkheden bieden – dat die communicatie alleen kan plaatsvinden met het doel tot een verduidelijking van de inhoud van de inschrijving te komen en/of tot een eventuele aanvulling daarvan. Dat dit aanbestedingsrechtelijk is toegestaan, kan worden afgeleid uit de Gemeenschappelijke Verklaring van de Raad en de Commissie:

Bron “(...) wel mogen er besprekingen met gegadigden of inschrijvers plaatsvinden, maar alleen met het oog op een verduidelijking of aanvulling van de inhoud van hun offerte, alsmede van de eisen van de aanbestedende diensten, en voor zover zulks geen discriminatie veroorzaakt.”

Uit: Gemeenschappelijke Verklaring van de Raad en de Commissie bij art. 7 lid 4 Richtlijn 93/37/EG, de voorloper van de actuele Algemene Richtlijn.

Toelichting Wat onder een verduidelijking of aanvulling van een inschrijving moet worden verstaan, komt aan de orde in hoofdstuk 9, par. 4.2.1. Hier wordt volstaan met de vaststelling dat de inhoud van een inschrijving in beginsel onderwerp mag

zijn van een-op-eencommunicatie tussen de aanbesteder en de indiener van die inschrijving.

Een ingangsvoorwaarde die aan deze wijze van communiceren wordt gesteld, is dat er sprake is van een geldige inschrijving die is ingediend door een gekwalificeerde inschrijver. Is daar namelijk geen sprake van, dan is het niet toegestaan een-op-een over de inschrijving te communiceren met het oog op verduidelijking of aanvulling daarvan.

Voorbeeld Bij een aanbesteding van een RAW-bestek wordt een variant ingediend. Varianten zijn echter niet toegelaten. De aanbesteder mag dan geen verduidelijking of aanvulling vragen aangezien de inschrijving op voorhand al ongeldig is.

Voorbeeld Bij een openbare aanbesteding waarbij gegund word op basis van de laagste prijs, blijkt de inschrijver met de laagste prijs niet in staat de gevraagde referenties van uitgevoerde werken te kunnen overleggen. De aanbesteder mag dan geen verduidelijking of aanvulling vragen omdat de inschrijving van een niet gekwalificeerde inschrijver terzijde moet worden gelegd.

Is aan de gestelde ingangsvoorwaarden voldaan, dan geldt bovendien dat de communicatie er niet toe mag leiden dat de inschrijving op fundamentele punten inhoudelijk wordt gewijzigd. Ook dat verbod vloeit voort uit de Gemeenschappelijke Verklaring.

Bron "De Raad en de Commissie verklaren dat, bij openbare en niet-openbare procedures, onderhandelingen met gegadigden of inschrijvers over fundamentele punten van de opdrachten waarvan wijziging de mededinging kan vervalsen, en met name over prijzen, uitgesloten zijn; (...)."

Uit: Gemeenschappelijke Verklaring van de Raad en de Commissie bij art. 7 lid 4 Richtlijn 93/37/EG, de voorloper van de actuele Algemene Richtlijn. Zie ook art. 2.26.1, art. 3.28.1, art. 7.18.1, art. 10.6.1 ARW 2005.

Het voorgaande betekent allereerst dat het aanvullen van een op zichzelf reeds geldige inschrijving dus niet mag worden opgevat als aanpassen, herzien of veranderen van de inschrijving op fundamentele punten. Het moet worden begrepen als concretiseren van de inhoud daarvan. Een oplossingsrichting kan in een inschrijving volstrekt duidelijk zijn omschreven, zodat geen nadere verduidelijking nodig is, maar zich tegelijkertijd op een bepaald abstractieniveau bevinden. De aanbesteder mag de inschrijver dan vragen om nadere uitwerking van die oplossingsrichting door aanvulling. Zonder dat hierbij de kaders van de oplossingsrichting worden verlaten.

Toelichting Zie ook hoofdstuk 9, par. 4.2.1.

Voorbeeld Bij de aanbesteding voor het ontwerp en de aanleg van een bergbezinkbassin geeft een inschrijver in zijn plan van aanpak aan dat hij deze van beton zal vervaardigen in het werk gestort. Hierdoor zal gedurende langere tijd grondwater onttrokken worden. In de vraagspecificatie is een eis opgenomen over de maximaal toegestane grondwaterverlaging. De aanbesteder mag de

inschrijver vragen hoe deze aan die eis denkt te kunnen voldoen. Hierdoor krijgt de aanbesteder de zekerheid dat het werk ook conform de gestelde eisen uitvoerbaar is. Het is niet toegestaan het ontwerp aan te passen zodat aan de eis van maximaal toegestane grondwaterverlaging wordt voldaan.

De Gemeenschappelijke Verklaring richt zich niet op het een-op-een communiceren na ontvangst van de inschrijvingen in de context van een concurrentiegericht dialog. Toch geldt het uitgangspunt van aanvullen dat in de Verklaring wordt gehanteerd ook voor deze aanbestedingsprocedure.

Bron Art. 29 lid 7 Algemene Richtlijn: "Op verzoek van de aanbestedende dienst kan de inschrijver die is aangewezen als de economisch voordeligste verzocht worden aspecten van zijn inschrijving te verduidelijken of in de inschrijving vervatte verbintenissen te bevestigen, op voorwaarde dat dit de inhoudelijke aspecten van de inschrijving of van de oproep tot mededinging ongewijzigd laat en niet dreigt te leiden tot concurrentievervalsing of discriminatie."

Zie ook art. 29 lid 14 Bao en art. 4.29.3 jo. 4.27.1 ARW 2005.

Overigens is het zo dat er verschil bestaat tussen de Gemeenschappelijke Verklaring en art. 29 lid 7 Algemene Richtlijn, in de zin dat die laatste bepaling zich vooral lijkt te beperken tot het bieden van de mogelijkheid via een-op-een-communicatie tot een verduidelijking van de inschrijving te komen. Daarbij mag die verduidelijking alleen maar worden gevraagd van de inschrijver wiens inschrijving is aangewezen als de economisch meest voordelige. Art. 4.27.1 ARW 2005 brengt overigens art. 4.29.3 ARW 2005 dat met art. 29 lid 7 Algemene Richtlijn overeenstemt, nagenoeg in lijn met de inhoud van de Gemeenschappelijke Verklaring.

Op grond van het voorafgaande kan worden geconcludeerd dat het bij alle aanbestedingsprocedures is toegestaan om een-op-een te communiceren voor een verduidelijking en/of een nadere uitwerking van de inhoud van een ontvangen geldige inschrijving. De inschrijver mag echter niet de kaders van zijn inschrijving verlaten.

4.3.6.3 Uitzondering: onderhandelingsprocedures

Ook als de aanbesteder gebruikmaakt van een onderhandelingsprocedure kan hij na ontvangst van de inschrijving het initiatief nemen tot een-op-eencommunicatie met een inschrijver over de inhoud van diens inschrijving. Het verschil met de andere aanbestedingsprocedures is echter dat die communicatie nu niet meer alleen in het teken behoeft te staan van een verduidelijking of nadere uitwerking van de inhoud van de inschrijving. Het doel van de communicatie mag nu namelijk ook zijn onderhandelen met het oogmerk te proberen dat de inschrijver zijn inschrijving herziet.

Bron Art. 30 lid 2 Algemene Richtlijn: "In de in lid 1 bedoelde gevallen onderhandelen de aanbestedende diensten met de inschrijvers over de door de inschrijvers ingediende inschrijvingen, teneinde deze aan te passen aan de eisen die zij in de aankondiging van de opdracht, het bestek en de eventuele aanvullende

documenten hebben gesteld, en teneinde het beste bod in de zin van art. 53, lid 1, te zoeken.”

Zie ook art. 30 lid 3 Bao, art. 5.29.1 en art. 6.26.1 ARW 2005.

Het is zelfs toegestaan een inschrijver door middel van het voeren van onderhandelingen te bewegen tot het wijzigen van zijn inschrijving op fundamentele punten, in de zin dat de kaders van de oorspronkelijke inschrijving als het ware worden verlaten. De juridische grens ligt uiteindelijk natuurlijk bij de kaders die de eisen van de vraagspecificatie stellen. De onderhandelingen over de wijziging van de inschrijving mogen er immers niet toe leiden dat buiten die kaders wordt getreden.

Voorbeeld Bij de aanbesteding van een DBFMO-contract voor een stationsgebouw krijgt de markt veel vrijheid ten aanzien van de vormgeving van het gebouw. Architectonische en ruimtelijke kwaliteit geldt als een belangrijk criterium in het kader van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Eén van de inschrijvingen betreft een gebouw met glazen wandpanelen, wat de aanbesteder bijzonder aanspreekt. De plaatsing van de kolommen staat de aanbesteder echter niet aan. Hij probeert vervolgens de inschrijver via onderhandelingen te bewegen tot aanpassing van zijn ontwerp zodat er geen kolommen in de ontvangsthal zullen staan. In een dergelijk geval is het niet toegestaan de eisen in de vraagspecificatie zodanig aan te passen dat het plaatsen van kolommen in de ontvangsthal niet (meer) is toegelaten.

Met de een-op-eenonderhandelingen hebben de aanbesteder en de marktpartij tevens de mogelijkheid de inschrijving goed af te stemmen op de inhoud van de eisen van de vraagspecificatie. Een onwrikbare randvoorwaarde waaraan de aanbesteder zich echter moet houden, is dat hij de inschrijvers gelijk behandelt. Hij moet alle inschrijvers tijdens de bilaterale onderhandelingen voorzien van dezelfde informatie.

Bron Art. 30 lid 3 Algemene Richtlijn: “Tijdens de onderhandelingen waarborgen de aanbestedende diensten de gelijke behandeling van alle inschrijvers. Met name geven zij geen – discriminerende – informatie die sommige inschrijvers kan bevoordelen boven andere.”

Zie ook art. 30 lid 4 Bao, art. 5.29.3 en art. 6.26.2 ARW 2005.

Voorbeeld Bij de aanbesteding van een DBFMO-contract voor een stationsgebouw attendeert de aanbesteder een van de inschrijvers op het feit dat zich regelmatig gevallen van vandalisme voordoen in de omgeving van het huidige stationsgebouw. Vandalisme is een risico voor het type glazen wandpanelen zoals voorzien in de inschrijving van de betreffende inschrijver. Door middel van onderhandelingen probeert de aanbesteder – binnen de kaders van de vraagspecificatie – met de inschrijver tot een keuze te komen waarmee het risico van beschadiging van de glazen wandpanelen als gevolg van vandalisme zoveel mogelijk kan worden beheerst. De informatie over het risico van vandalisme moet ook aan de andere inschrijvers worden medegedeeld.

Het exploitatierisico dat bij de uiteindelijke contractpartij wordt gelegd brengt immers met zich mee dat die informatie relevant is voor alle inschrijvers. Het is echter niet toegestaan om het type glazen wandpaneel van de ene inschrijver te communiceren naar de andere inschrijvers.

In het verlengde van het voorafgaande is het echter de aanbesteder in de onderhandelingen niet toegestaan om informatie die hij alleen uit een inschrijving of uit de onderhandelingen over die inschrijving heeft verworven, te verstrekken aan de andere inschrijvers.

Bron

Art. 6 Algemene Richtlijn: "Onverminderd het bepaalde in deze richtlijn, – Artikel 6, met name in artikel 35, lid 4 en artikel 41 over de plichten inzake de bekendmaking van gegunde overheidsopdrachten en informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers –, en met inachtneming van de nationale wetgeving waaronder hij valt, maakt een aanbestedende dienst de informatie die hem door een economisch subject als vertrouwelijk is verstrekt niet bekend; hieronder vallen met name fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijvingen."

Zie ook art. 13 lid 2 Richtlijn Nutssectoren, art. 6 Bao en art. 12 lid 2 Bass.
Zie ook par. 4.1.

Het feit dat een aanbesteder tijdens de onderhandelingen met de ene inschrijver bepaalde inzichten heeft verworven op grond van informatie die hij heeft verkregen van die inschrijver, betekent niet dat hij die inzichten niet zou kunnen gebruiken bij het voeren van onderhandelingen met een andere inschrijver. De juridische grens wordt echter overschreden wanneer het delen van die inzichten met een andere inschrijver er toe zou leiden dat die ander de beschikking krijgt over informatie die als vertrouwelijk moet worden beschouwd.

Voorbeeld

In het kader van de aanbesteding van een DBFMO-contract voor een sporthal wordt door een van de inschrijvers een inschrijving ingediend die er in voorziet dat het dak van de sporthal aan een uitwendige staalconstructie zal komen te hangen, zodat er geen kolommen in de hal komen te staan. Dit spreekt de aanbesteder om meerdere redenen bijzonder aan. Het is in zo'n geval toegestaan dat de aanbesteder met andere inschrijvers onderhandelt over de mogelijkheid van een uitwendige staalconstructie voorzover dit een gebruikelijke oplossing is. Het is echter niet toegestaan het specifieke type ophangconstructie dat de ene inschrijver voor ogen heeft, met andere inschrijvers te delen.

Het onderhandelingsproces kan vormvrij geschieden, maar het proces en de uitkomsten daarvan moeten wel door de aanbesteder in een proces-verbaal worden vastgelegd.

Bron

Zie art. 5.29.4 en art. 6.26.3 ARW 2005.

Het proces-verbaal wordt door de aanbesteder alleen toegestuurd aan de inschrijver met wie de onderhandelingen hebben plaatsgevonden die in het proces-verbaal zijn vastgelegd.

5 Doelmatig een-op-een communiceren

5.1 Vertrekpunt

Binnen de juridische randvoorwaarden uit de vorige paragraaf is de aanbesteder vrij om tijdens een aanbestedingsproces een-op-een te communiceren met individuele marktpartijen, gegadigden of inschrijvers. De vervolgvraag is nu hoe de aanbesteder dat binnen die juridische kaders het meest doelmatig kan doen.

Toelichting Een vraag die hier niet aan de orde komt, is welke mogelijkheden tot een-op-een communiceren de aanbesteder eigenlijk zou moeten willen om tot een zo optimaal mogelijke procesinrichting te komen. Die vraag moet namelijk worden beantwoord in wisselwerking met de beantwoording van vragen als: 'Welke bouworganisatievorm zou de aanbesteder het beste kunnen hanteren?', 'Welke mate van oplossingsvrijheid zou hij in het verlengde daarvan via de vraagspecificatie aan de markt moeten verlenen?', 'Welke contractvorm sluit daar het beste bij aan?' en 'Welke aanbestedingsprocedure is dan het meest geschikt?' Zie in dit verband met name hoofdstuk 5, par. 6.2 en par. 6.4. De mogelijkheden die een aanbesteder uiteindelijk tot zijn beschikking heeft voor het een-op-een communiceren met een individuele marktpartij, gegadigde of inschrijver vanaf het moment dat de aanbestedingsprocedure is gestart, hangt uiteindelijk sterk af van het type procedure dat wordt gehanteerd.

In paragraaf 5.2 wordt ingegaan op doelmatig een-op-een communiceren *voorafgaand* aan de start van een aanbestedingsprocedure. In paragraaf 5.3 komt doelmatig een-op-een-communicatie *tijdens* de aanbestedingsprocedure aan de orde.

5.2 Doelmatig een-op-een communiceren voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure

Een aanbesteder kan er vanuit het oogpunt van doelmatigheid belang bij hebben om in een zo vroeg mogelijk stadium van het aanbestedingsproces met een of meer marktpartijen te communiceren over de voorgenomen bouwopdracht. Hij kan wellicht willen communiceren nog voordat de aanbestedingsprocedure formeel van start gaat of voordat hij een aantal belangrijke keuzes moet maken, bijvoorbeeld over de te hanteren bouworganisatievorm. Dit staat hier niet ter discussie. Binnen de grenzen van wat aanbestedingsrechtelijk toelaatbaar is, zou een aanbesteder zoveel mogelijk moeten proberen input vanuit de markt te krijgen om het aanbestedingsproces vooraf zo doelmatig mogelijk te kunnen inrichten.

Toelichting Uiteindelijk komt dit neer op het adagium: 'Twee weten meer dan een'. Door de kennis en de ervaring van de markt reeds in de voorfase te betrekken, kan de aanbesteder in de eerste plaats zijn eigen oplossingsrichtingen en ideeën toetsen bij marktpartijen in een fase waarin deze informatie nog kan worden gebruikt in de besluitvorming. Hij kan daarnaast ook op nieuwe en betere ideeën worden gebracht. Verder is het zo dat het uitwisselen van informatie vóórdat de aanbestedingsprocedure wordt gestart, vragen en onduidelikheden tijdens de procedure zelf kan wegnemen.

Er zijn verschillende modaliteiten om de markt reeds voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure bij het aanbestedingsproces te betrekken.

Toelichting Zie allereerst de modaliteiten die in par. 4.2.2 t/m 4.2.4 zijn behandeld: marktconsultatie, een marktpartij bij het opstellen van de vraagspecificatie betrekken en Eigen Initiatief. Daarnaast zou ook kunnen worden gedacht aan een zogenoemde ideeëncompetitie of aan andere vormen van prijsvragen.

Deze modaliteiten zijn in principe uitstekend geschikt om het aanbestedingsproces nog doelmatiger in te richten dan mogelijk was zonder dat de markt in de voorfase was betrokken.

Voorbeeld De Rijksgebouwendienst heeft bijvoorbeeld meerdere malen van het instrument marktconsultatie gebruikgemaakt. In 2009 is een marktconsultatie uitgevoerd naar de mogelijkheden om het energiebesparingsprogramma E2020 te realiseren met onder andere continue monitoring van klimaatinstallaties. Doelstelling van de marktconsultatie was om in beeld te krijgen in hoeverre de markt de voorgestelde maatregelen in het kader van E2020 zou kunnen leveren en of er voldoende aanbieders daarvoor toegerust zouden zijn.

Er is medio februari 2009 een vragenlijst met zes vragen gepubliceerd op www.aanbestedingskalender.nl. 86 geïnteresseerden hebben het consultatiedocument gedownload. Uiteindelijk hebben vijftien ondernemingen begin maart een inhoudelijke reactie gegeven. Op basis van de reacties heeft de Rijksgebouwendienst een consultatierapport opgesteld. Eind april is dit rapport gepubliceerd op www.aanbestedingskalender.nl.

De bevindingen waren:

- De respons viel enigszins tegen, met name het aantal respondenten.
- Het primaire doel is bereikt, namelijk duidelijkheid of er voldoende animo in de markt is voor de opdracht in kwestie.

De Rijksgebouwendienst heeft de uitkomsten meegenomen in het verder vormgeven van de aanbestedingsstrategie voor E2020.

Toelichting Van geval tot geval moet de aanbesteder overigens nagaan welke specifieke modaliteit het beste aansluit. Een aanbesteder kan bijvoorbeeld met behulp van de criteria die staan opgenomen in de 'Werkwijzer Marktconsultatie' nagaan of het uitvoeren van een marktconsultatie voor een bepaalde situatie de geschikte modaliteit is (zie: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, *Werkwijzer Marktconsultatie* 2006, blz. 8 e.v.).

Wat een aanbesteder zich echter zal moeten realiseren wanneer hij gebruikmaakt van een van deze modaliteiten, is het volgende. Een-op-een communiceren met een marktpartij voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure kan tot gevolg hebben dat die marktpartij moet worden uitgesloten van deelname aan de uiteindelijke aanbestedingsprocedure.

Toelichting Zie in dit verband par. 4.2.2 t/m 4.2.4. Dat zal in beginsel moeten gebeuren wanneer een marktpartij als gevolg van informatie die hij in de voorfase heeft verkregen, in een bevoordeelde positie is komen te staan ten opzichte van andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure. De enige manier om uitsluiting te voorkomen, is de informatievoorsprong van de betreffende marktpartij te neutraliseren. Dat kan door de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure (alsnog) van dezelfde informatie te voorzien die de marktpartij met de kennisvoorsprong tijdens de voorfase heeft verkregen.

Een-op-eencommunicatie is niet problematisch wanneer de aanbesteder en de betrokken marktpartij ervan zijn uitgegaan dat de marktpartij niet deelneemt aan de aanbestedingsprocedure.

Voorbeeld De aanbesteder schakelt in de voorfase een adviseur in bij het opstellen van de vraagspecificatie. De adviseur is zelf helemaal niet geoutilleerd om de bouwopdracht uit te voeren en partijen zijn er dan ook stilzwijgend van uitgegaan dat de adviseur niet aan de aanbestedingsprocedure wil deelnemen.

Echter, er zijn ook situaties waarbij een marktpartij juist wel de intentie heeft om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure en tegen die achtergrond betrokken wil worden in de voorfase. Ook voor de aanbesteder zelf kan dat uiteindelijk voordelig zijn.

Voorbeeld Een aanbesteder schakelt een installatiebedrijf in voor advisering over varianten op een revisieplan van bedrijfsgebonden installaties. Dit installatiebedrijf is vanzelfsprekend ook in staat om de uiteindelijke installatiewerkzaamheden uit te voeren.

Om geen enkel misverstand te laten bestaan over de intenties van alle betrokkenen, doet de aanbesteder er dan ook verstandig aan om voorafgaand aan de start van een communicatieproces de positie van de deelnemende marktpartijen helder te hebben. Het is onverstandig om dat communicatieproces 'open' in te gaan, waardevolle informatie uit de markt te halen en vervolgens de marktpartijen te verrassen met de mededeling dat alle resultaten van het communicatieproces openbaar zullen worden gemaakt. Vooraf moet duidelijk zijn of een marktpartij die in de voorfase wordt betrokken de handen vrij wil hebben om later aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen. Als dat namelijk de positie is die een marktpartij wenst in te nemen, dan moet het communicatieproces daarop afgestemd worden.

Toelichting In de kern komt het dan neer op een adequate schriftelijke verslaglegging van de inhoud van de informatie die aanbesteder en marktpartij met elkaar hebben uitgewisseld en openbaarmaking van die verslaglegging ten behoeve van alle marktpartijen die in de bouwopdracht zijn geïnteresseerd.

Verder geldt voor alle modaliteiten dat een goede voorbereiding het halve werk is. Dat betekent dat de aanbesteder niet alleen voor zichzelf, maar ook voor de marktpartijen die deelnemen aan het communicatieproces vooraf duidelijk zal moeten maken hoe hij van plan is het communicatieproces te organiseren en wat de doelstellingen van dat proces zijn.

Voorbeeld Voorafgaand aan een marktconsultatie doet de aanbesteder er verstandig aan een plan van aanpak te formuleren waarin staat uitgewerkt:

- aanleiding en achtergrond van de marktconsultatie;
- doel van de marktconsultatie;
- aanpak van de marktconsultatie;
- planning en eventuele fasering;
- projectorganisatie van de marktconsultatie;
- verwachte inspanningen bij aanbesteder en marktpartijen (tijd en kosten);
- verdere procedure na afronding;
- communicatie rond de marktconsultatie;
- wijze van evalueren.

Zie: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, *Werkwijzer Marktconsultatie* 2006, blz. 18. e.v.

De onderwerpen waarover inhoudelijk van gedachten wordt gewisseld en de wijze waarop dat het beste kan gebeuren, hangen sterk af van het doel dat de aanbesteder met het communicatieproces voor ogen heeft, gegeven de fase waarin het aanbestedingsproces zich bevindt.

Toelichting Bevindt het proces zich in een al wat verder gevorderd stadium en gaat het de aanbesteder er vooral om zijn eigen oplossingsrichtingen en ideeën te toetsen bij de markt? Of is er nog ruimte om mogelijke oplossingsrichtingen en ideeën mee te nemen die de markt zelf zou kunnen aandragen? Of is het vooral de bedoeling om bij wijze van laatste check de concept-vraagspecificatie aan de markt voor te leggen met de bedoeling vragen en onduidelijkheden over de daarin opgenomen eisen tijdens de aanbestedingsprocedure zoveel mogelijk te voorkomen?

Afhankelijk van deze en andere omstandigheden kan het geëigend zijn om met meerdere marktpartijen tegelijk van gedachten te wisselen. Er zijn natuurlijk ook gevallen denkbaar waarin het meer voor de hand ligt om slechts met één partij te communiceren.

Voorbeeld Een aanbesteder is van plan een innovatieve manier van wegbewijzing aan te besteden. Voordat hij dat gaat doen, wil hij eerst de visie van een aantal marktpartijen over deze manier horen.

Voorbeeld Een aanbesteder speelt met de gedachte een bestaande installatie uit te breiden. Hij besluit de leverancier – tevens installateur – van de bestaande installatie in dat kader om informatie te vragen.

Een algemene aanbeveling is dat aanbesteders voor de inrichting en de uitvoering van het communicatieproces zoveel mogelijk gebruikmaken van de daarvoor ontwikkelde leidraden en standaarden.

Toelichting Bij het inrichten en het uitvoeren van een marktconsultatie kan het beste zoveel mogelijk gebruik worden gemaakt van de 'Werkwijzer Marktconsul-

tatie' (zie: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, *Werkwijzer Marktconsultatie* 2006, blz. 15. e.v.).

Voor een communicatieproces in het kader van een Eigen Initiatief kan het beste gebruik worden gemaakt van: *Unsollicited Proposals. Handleiding voor Eigen Initiatieven in de bouw in het (semi-)publieke domein*, Gouda: Regieraad Bouw 2006.

5.3 Doelmatig een-op-een communiceren tijdens een aanbestedingsprocedure

5.3.1 Verduidelijken van de uitsluitingsgronden, de kwalitatieve geschiktheidseisen, de eventuele selectiecriteria, het gunningscriterium en de eisen van de vraagspecificatie

De bekendgemaakte uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen, eventuele selectiecriteria, het gunningscriterium en de eisen van de vraagspecificatie kunnen mogelijk onduidelijk zijn voor een marktpartij die zich als gegadigde wil aanmelden of die een inschrijving wil indienen. Dan is het toegestaan dat de marktpartij de aanbesteder benadert met de vraag of deze kunnen worden verduidelijkt. Juridisch gezien zijn er geen beletselen voor de aanbesteder om die vragen te beantwoorden. Hij moet de gestelde vragen en de antwoorden daarop wel doen toekomen aan de andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure.

Toelichting Zie par. 4.3.2 en par. 4.4.4.

Een aanbesteder doet er verstandig aan de vragen duidelijk en adequaat te beantwoorden in een nota van inlichtingen.

Voorbeeld Een aanbesteder heeft een vraagspecificatie die bestaat uit verschillende documenten. In het ene document staat een andere maatvoering waarvan moet worden uitgegaan dan in een ander document. Hier is sprake van een kennelijke vergissing. Een van de inschrijvers vraagt de aanbesteder van welke maatvoering moet worden uitgegaan. Dan kan de aanbesteder niet volstaan met het antwoord dat de inschrijver de keuze over de maatvoering maar zelf moet maken. Of met het antwoord dat de vraagspecificatie duidelijk is. De aanbesteder zal moeten aangeven welke van de twee in de vraagspecificatie aangegeven maatvoeringen gehandhaafd blijft en welke als vervallen kan worden beschouwd.

Duidelijke en adequate antwoorden zijn in de eerste plaats in het belang van de marktpartij. Deze moet immers voldoende geïnformeerd kunnen beslissen over de verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure. Daarmee is ook het belang van de aanbesteder zelf gediend. Het voorgaande draagt er immers aan bij dat het verdere verloop van het aanbestedingsproces zo veel mogelijk in de lijn van de verwachtingen van alle betrokkenen zal plaatsvinden.

5.3.2 Verduidelijken van de aanmelding als gegadigde

Marktpartijen die zich als gegadigde aanmelden voor een aanbestedingsprocedure moeten in dat kader informatie overleggen. De aanbesteder beoordeelt deze informatie vervolgens op basis van de vooraf gestelde uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria.

Toelichting Zie in dit verband hoofdstuk 7, par. 4.1.4, par. 4.2.5 en par. 4.3.5.

De inhoud van de overlegde informatie kan onduidelijk zijn voor de aanbesteder. Dan mag hij een gegadigde vragen om opheldering.

Toelichting Zie par. 4.3.3.

Een aanbesteder doet er verstandig aan doelmatig gebruik te maken van deze mogelijkheid en alleen die verduidelijkende informatie te vragen die echt nodig is voor de beoordeling.

Voorbeeld Navragen bij een gegadigde of inschrijver of ook echt alle referentiewerken zijn opgegeven, levert informatie op die niet nodig is voor de beoordeling.

Voorbeeld Het opvragen van ontbrekende of slecht leesbare bladzijden van het uittreksel van de Kamer van Koophandel of van een jaarverslag, kan bijvoorbeeld wel nodig zijn.

Het vragen van andere – onnodige – informatie leidt tot een onnodige verzwarend van de administratieve lasten die met het aanbestedingsproces zijn gemoeid. Dat doet uiteindelijk afbreuk aan de belangen van alle partijen die bij het proces zijn betrokken.

5.3.3 Aanpassen van de eisen in de vraagspecificatie al dan niet in relatie tot een voorgenomen inschrijving

5.3.3.1 Hoofregel

Het een-op-een communiceren tussen aanbesteder en een marktpartij, met het oog op een verduidelijking van de eisen in de vraagspecificatie, kwam reeds aan de orde in paragraaf 5.3.1. Partijen kunnen echter ook andere motieven hebben om voorafgaand aan de inschrijving met elkaar te communiceren over de vraagspecificatie.

Toelichting Zie voor deze motieven par. 4.3.5.1. In die paragraaf zijn wat dat betreft een aantal in elkaars verlengde liggende situaties onderscheiden. Vervolgens is in par. 4.3.5.2 en par. 4.3.5.3 ingegaan op de vraag of het is toegestaan dat een aanbesteder en een marktpartij een-op-een met elkaar communiceren over de inhoud van de vraagspecificatie. Dit al dan niet in samenhang met een voorgenomen inschrijving en tegen de achtergrond van een mogelijke aanpassing van de vraagspecificatie en/of de voorgenomen inschrijving.

Voor alle aanbestedingsprocedures – met uitzondering van de concurrentiegerichted dialoog – geldt dat de communicatiemogelijkheden juridisch beperkt zijn tot het stellen van vragen door de marktpartij over de eisen van de vraagspecificatie. De aanbesteder mag in dat verband niet meer doen dan het beantwoorden van die vragen.

Toelichting Een aanbesteder mag in zijn antwoorden op de gestelde vragen er geen blijk van geven in welke mate een voorgenomen oplossingsrichting van een marktpartij aan de gestelde eisen beantwoordt. Het is al helemaal niet toegestaan om de marktpartij te informeren hoe hij in de ogen van de aanbesteder de

voorgenomen oplossingsrichting het beste zou kunnen inrichten en/of aanpassen om zo optimaal mogelijk te voldoen aan de eisen van de vraagspecificatie.

In paragraaf 4.3.5.2 is echter uitvoerig toegelicht en geïllustreerd dat deze beperkingen niet een betere afstemming tussen de vraagspecificatie en een voorgenomen inschrijving hoeven te belemmeren. De marktpartij moet echter de communicatie op gang brengen door het stellen van vragen.

Aanbesteders wordt sterk geadviseerd de marktpartijen die deelnemen aan een aanbestedingsprocedure nadrukkelijk te wijzen op de mogelijkheid tot het stellen van vragen als instrument om tot een betere afstemming te komen. Dat is vanuit het oogpunt van doelmatigheid met name wenselijk bij een vraagspecificatie die de markt een ruime mate van oplossingsvrijheid geeft en die geënt is op een variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm (D&B, DBM, DBFM, DBFMO) of de alliantievorm.

Bron Zie hierover ook hoofdstuk 5, par. 6.4.

In die gevallen kunnen zowel de aanbesteder als de betrokken marktpartij voordelen proberen te behalen door over de eisen van de vraagspecificatie te communiceren in het licht van de oplossingsrichting waarmee de marktpartij van plan is in te schrijven.

Het operationeel maken van het communicatieproces is niet eenvoudig, met name omdat de aanbesteder zich strikt moet beperken tot het beantwoorden van vragen die door de marktpartij worden gesteld. Het communicatieproces kan daardoor een statisch en onnatuurlijk karakter krijgen. Om toch het maximale resultaat uit dat proces te halen, wordt geadviseerd dat proces te faciliteren door gebruik te maken van de Leidraad Aanbesteden van Geïntegreerde Contracten, in het bijzonder van bijlage 7 van die Leidraad ('Protocol individuele informatie-uitwisseling'). Een goede illustratie biedt art. 3 lid 1 van dat protocol:

- Toelichting** "De individuele informatie-uitwisseling moet een optimale afstemming tussen inschrijving en vraagspecificatie mogelijk maken. De informatie-uitwisseling wordt evenwel beperkt tot het volgende:
- a. De interpretatie van de vraagspecificatie/ aanbestedingstukken: een abstracte formulering van de vraagspecificatie en het stellen van functionele eisen kan met zich meebrengen dat de inschrijver en de aanbesteder de vraagspecificatie verschillend kunnen interpreteren. Gesignaleerde onduidelijkheden worden door de aanbesteder aan alle gegadigden kenbaar gemaakt (dit wordt vermeld in het verslag onder algemene informatie).
 - b. Kenbaar maken van risico's:
 1. Benoemen van risico's ten behoeve van de verdeling van die risico's. De aanbesteder dient de risico's te benoemen die voortkomen uit de (risicovolle) interacties tussen vraagspecificatie en omgevingsfactoren en heeft deze kenbaar gemaakt aan alle gegadigden (opgenomen in de desbetreffende Annex/vraagspecificatie). Eventuele onvolledigheden in deze aan de vraag gerelateerde risico's moet de inschrijver melden en worden door de aanbesteder alsnog aan de andere gegadigden

- kenbaar gemaakt (dit wordt vermeld in het verslag onder algemene informatie);
2. De inschrijver moet vanuit *eigen deskundigheid* de risicoinventarisatie completeren met de risico's die samenhangen met de door hem gekozen oplossingsrichting (risicovolle interacties tussen aanbieder en omgevingsfactoren) en deze kenbaar maken. Deze informatie wordt door de aanbesteder vertrouwelijk behandeld en niet kenbaar gemaakt aan de andere gegadigden. De aanbesteder kan aangeven dat – gegeven het project – bepaalde risico's niet acceptabel zijn.
 - c. Globaal inzicht geven van de oplossingsrichtingen door gegadigde; de aanbesteder krijgt hiermee een indruk van mogelijke oplossingsrichtingen. Oplossingsrichtingen die voor de aanbesteder 'niet haalbaar' zijn, zullen als zodanig worden gekenmerkt door de aanbesteder. Deze informatie wordt door de aanbesteder vertrouwelijk behandeld en niet kenbaar gemaakt aan de andere gegadigden."

5.3.3.2 Uitzondering: concurrentiegericht dialoge

Binnen de dialoogronde(s) van de concurrentiegericht dialoge is er een (nog) ruimere mogelijkheid voor de aanbesteder om met een individuele marktpartij een-op-een te communiceren over de eisen van de vraagspecificatie, de voorgenomen inschrijving en hun onderlinge afstemming. De aanbesteder mag nu ook zelf het initiatief voor deze communicatie nemen en hoeft zich ook niet te beperken tot het alleen maar beantwoorden van vragen.

Toelichting Zie ook par. 4.3.5.3.

Aanbesteders wordt sterk aanbevolen de maximale communicatiemogelijkheden van een dialoogronde te benutten om zo tot een optimale afstemming tussen de eisen van de vraagspecificatie en de voorgenomen inschrijving te komen.

Toelichting Zie hoofdstuk 5, par. 5.2.2 voor de mogelijkheden van toepassing van de concurrentiegericht dialoge.

De aanbesteder doet er bovendien verstandig aan, niet alleen voor zichzelf maar ook voor de gegadigden die deelnemen aan de dialoogrondes, vooraf duidelijk te maken hoe hij het communicatieproces tijdens die dialoogrondes wil organiseren en welke doelstellingen hij ermee wil realiseren.

5.3.4 Verduidelijken en aanpassen van de inschrijving

5.3.4.1 Hoofregel

Als de aanbesteder een inschrijving ontvangt die op onderdelen onduidelijk is, heeft hij juridisch gezien de ruimte om de betreffende inschrijver te vragen die onduidelijkheid op te helderen.

Toelichting Zie par. 4.3.6.2.

Een aanbesteder doet er verstandig aan doelmatig gebruik te maken van deze mogelijkheid en alleen die verduidelijkende informatie te vragen die echt nodig is om de inschrijving te kunnen beoordelen op basis van het gunningscriterium.

Voorbeeld Het is bijvoorbeeld niet nodig dat de aanbesteder de offerte van een toeleverancier opvraagt, terwijl de inschrijving is opgesteld op basis van een gedetailleerde vraagspecificatie.

Voorbeeld Bij een abstracte vraagspecificatie kan het geëigend zijn dat de aanbesteder vraagt of de outputspecificatie van een installatieonderdeel dat de inschrijver voorstelt, voldoet aan de eisen in de vraagspecificatie.

Het vragen van andere – onnodige – informatie leidt tot een onnodige verzwaring van de administratieve lasten die met het aanbestedingsproces zijn gemoeid. Dit wordt dan ook ten stelligste afgeraden. Het risico bestaat namelijk dat hierdoor afbreuk wordt gedaan aan de belangen van alle partijen die bij het aanbestedingsproces zijn betrokken.

De aanbesteder mag in het verlengde van verduidelijking ook de inschrijver verzoeken zijn inschrijving op onderdelen nader te concretiseren. Daarbij mogen niet de kaders van de inschrijving worden verlaten.

Toelichting Zie ook par. 4.3.6.2.

Het vragen van deze concretisering *kán* nodig zijn om de inschrijving beter te kunnen beoordelen in het licht van het gestelde gunningscriterium, doch dat behoeft niet altijd het geval te zijn.

Voorbeeld Concretisering is bijvoorbeeld niet nodig wanneer een aanbesteder in het kader van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving een bepaald gewicht toekent aan het criterium bouwtijdverkortening en de inschrijver met zijn inschrijving laat zien tot een versnelling van de bouwtijd te kunnen komen zonder dat de inschrijving daarmee ‘abnormaal’ wordt. In zo’n geval is het voor de beoordeling van de inschrijving niet relevant te vragen hoe de inschrijver de aangeboden verkorting van de bouwtijd precies denkt te behalen.

Voorbeeld Concretisering van de inschrijving is bijvoorbeeld wel nodig bij het volgende geval. Het plan van aanpak van een inschrijver voor de renovatie van een liftstelsel geeft aan dat de liftcapaciteit in de periode van maandag t/m vrijdag tussen 07.30 tot 18.30 uur voor 50% benut zal kunnen blijven. Het te renoveren gebouw bevat zes liften. De aanbesteder vraagt zich af of de inschrijver het voornemen heeft om elke dag gedurende de aangegeven periode maximaal drie liften buiten werking te stellen. Of biedt het plan de ruimte om op sommige momenten de liftengroep volledig buiten werking te stellen en op andere momenten weer volledig in werking te stellen. De aanbesteder kan de inschrijver vragen diens plan van aanpak op dit punt te concretiseren.

Ook hier past terughoudendheid van de aanbesteder. Het nader laten uitwerken van een inschrijving vergt extra investeringen. Die investeringen behoeven niet altijd een toegevoegde waarde op te leveren voor het doel dat de inschrijving in deze fase van het aanbestedingsproces in de eerste plaats heeft, namelijk de aanbesteder in staat stellen de inschrijving op basis van het gestelde gunningscriterium te beoordelen.

Behalve een-op-eencommunicatie voor verduidelijking of voor een eventuele uitwerking van de inhoud van een inschrijving, is verdere een-op-eencommunicatie over de inschrijving niet mogelijk.

Voorbeeld Zie voor een uitzondering par. 5.3.4.2 waarin de onderhandelingsprocedures aan bod komen.

Dit betekent dat een aanbesteder die niet tevreden is over het inschrijvingsresultaat in beginsel geen andere keuze heeft dan de bouwopdracht te gunnen aan de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen of de aanbestedingsprocedure te annuleren en eventueel een gewijzigde bouwopdracht opnieuw aan te besteden. Als de aanbesteder alleen maar onregelmatige, onaanvaardbare of ongeschikte inschrijvingen heeft ontvangen kan hij ook nog overstappen op een van de onderhandelingsprocedures. Het antwoord op de vraag welke optie het meest doelmatig zal uitpakken, gegeven de beslissingen die de aanbesteder eventueel verder nog kan nemen, komt uitvoerig aan de orde in hoofdstuk 9.

5.3.4.2 Uitzondering: onderhandelingsprocedures

Anders dan bij de andere aanbestedingsprocedures, behoeft de een-op-eencommunicatie over de inschrijving bij de onderhandelingsprocedures niet meer alleen in het teken te staan van een verduidelijking of nadere uitwerking van de inhoud van de inschrijving. Het doel van de communicatie mag nu namelijk ook zijn onderhandelen, eventueel met een wijziging van de inschrijving tot gevolg. Een belangrijke juridische randvoorwaarde is echter dat de kaders van de vraagspecificatie niet mogen worden verlaten.

Toelichting Zie par. 4.3.6.3.

Het moge duidelijk zijn dat aanbesteder en inschrijver hier veel ruimte hebben om een-op-een met elkaar te communiceren na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen. Sterk aanbevolen wordt dat de aanbesteder deze ruimte maximaal benut om tot een zo optimaal mogelijke afstemming van de inschrijving op de eisen van de vraagspecificatie te komen.

Toelichting Zie hoofdstuk 5, par. 5.2.3 en 5.2.4 voor de mogelijkheden tot toepassing van de onderhandelingsprocedures.

Sterk aanbevolen wordt dat de aanbesteder vooraf duidelijk maakt voor zichzelf en voor de inschrijvers hoe hij na de inschrijving het communicatieproces tijdens de onderhandelingen wil organiseren. Dit gezien de doelstellingen die hij daarmee wil realiseren.

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



1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt als uitgangspunt genomen dat de aanbesteder bepaalde beslissingen heeft genomen – dan wel overweegt die te nemen – met betrekking tot:

- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm;
- de aankondiging;
- de aanbestedingsprocedure;
- het gunningscriterium.

Voor de meeste aanbestedingsprocedures geldt dat de aanbesteder in aansluiting op en in samenhang met deze beslissingen ook beslissingen neemt over de uitsluitingsgronden, de kwalitatieve geschiktheidseisen en eventueel ook de selectiecriteria.

Toelichting Met behulp van de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria wordt in het kader van de niet-openbare aanbestedingsprocedures vastgesteld welke gegadigden voor het doen van een inschrijving of – ingeval van de concurrentiegerichtte dialoog – tot de zogenoemde dialoogronde worden uitgenodigd. Zie voor een korte beschrijving van die aanbestedingsprocedures hoofdstuk 5, par. 4.3 (niet-openbare procedure), par. 4.4 (concurrentiegerichtte dialoog), par. 4.5 (onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking) en par. 4.8 (concessieovereenkomst voor openbare werken).

Bij de openbare procedure vindt een vergelijkbare beoordeling – maar dan ten aanzien van de inschrijvers – alleen plaats op basis van de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve geschiktheidseisen, zie hoofdstuk 5, par. 4.2. Alleen de inschrijvingen van de inschrijvers die niet worden uitgesloten en die zich kwalificeren, komen vervolgens in aanmerking voor beoordeling op basis van het gestelde gunningscriterium, zie ook hoofdstuk 8, par. 4.5.1. Bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (hoofdstuk 5, par. 4.6) hebben de uitsluitingsgronden en kwalitatieve geschiktheidseisen een enigszins vergelijkbare functie. Bij de onderhandse procedure (hoofdstuk 5, par. 4.7) hebben de uitsluitingsgronden die functie ook.

Bij de overige aanbestedingsprocedures is het nemen van beslissingen op basis van de uitsluitingsgronden, de kwalitatieve geschiktheidseisen en de eventuele selectiecriteria niet aan de orde, zie hoofdstuk 5, par. 4.9 (raamovereenkomst met een enkele ondernemer) en par. 4.10 (raamovereenkomst met meerdere ondernemers).

Welke uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria de aanbestedder het beste zou kunnen kiezen en hoe hij bij de uitwerking en toepassing daarvan te werk moet gaan, hangt af van tal van omstandigheden. De aanbestedder moet daarbij ook letten op de beslissingen die hij heeft genomen of overweegt te nemen over andere belangrijke aspecten van het aanbestedingsproces. Zie ook par. 3.

Het doel van dit hoofdstuk is aanbesteders te helpen bij het nemen van die beslissingen. Eerst zal duidelijk worden gemaakt wat in de Leidraad wordt verstaan onder de begrippen uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria en hoe die begrippen zich tot elkaar verhouden in de context van een aanbestedingsprocedure (paragraaf 2). Vervolgens komt de vraag aan de orde waarom het belangrijk is dat een aanbestedder de beslissingen daarover goed doordenkt (paragraaf 3). Daarna wordt ingegaan op de juridische randvoorwaarden waarbinnen hij de beslissingen moet nemen (paragraaf 4). Tot slot wordt ingegaan op de vraag door welke overwegingen van doelmatigheid hij zich binnen het kader van die randvoorwaarden zou moeten laten leiden bij het nemen van zijn beslissingen (paragraaf 5).

2 ***Wat zijn uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria?***

Uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria zijn alle te beschouwen als maatstaven die betrekking hebben op de kwalitatieve beoordeling en selectie van gegadigden en inschrijvers die aan een aanbestedingsprocedure deelnemen.

Uitsluitingsgronden hebben betrekking op omstandigheden die de (persoon van de) gegadigde of inschrijver betreffen en die zijn uitsluiting van deelname aan aanbestedingsprocedures *in het algemeen* kunnen rechtvaardigen.

Voorbeeld Een voorbeeld van een dergelijke omstandigheid staat in art. 45 lid 1 sub a van de Algemene Richtlijn. Het betreft hier de omstandigheid dat tegen een bepaalde inschrijver bij onherroepelijk vonnis een veroordeling is uitgesproken vanwege deelname aan een criminele organisatie in de zin van art. 2, lid 1, van Gemeenschappelijk Optreden 98/773/JBZ van de Raad (PB 1998, L 351/1). Deze omstandigheid diskwalificeert de betreffende inschrijver niet alleen van deelname aan de aanbestedingsprocedure in het concrete geval, maar van deelname aan alle aanbestedingsprocedures die op grond van de Richtlijn plaatsvinden.

Kwalitatieve geschiktheidseisen zijn eisen van kwalitatieve aard waaraan een gegadigde of inschrijver *ten minste* moet voldoen om voor (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure *in het concreet voorliggende geval* in aanmerking te komen. In zoverre kan worden gezegd dat het gaat om *minimumeisen*.

Toelichting Die minimumeisen betreffen dan bijvoorbeeld de economische en de financiële draagkracht waarover een gegadigde of inschrijver *ten minste* moet beschikken.

Die minimeisen kunnen ook betrekking hebben op de technische en/of de beroepsbekwaamheid waarover een gegadigde of inschrijver in ieder geval moet beschikken om aan de procedure te kunnen blijven deelnemen. Zie hierover meer uitvoerig par. 4.2.

Voldoet een gegadigde of inschrijver vervolgens niet aan een of meer van deze minimum-eisen, dan is hij niet geschikt voor de betreffende bouwopdracht en kwalificeert hij zich niet voor verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Toelichting Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat hij eveneens ongeschikt is voor *andere* bouwopdrachten die onderwerp vormen van *andere* aanbestedingsprocedures. In zoverre onderscheiden kwalitatieve geschiktheidseisen zich van de uitsluitingsgronden. Het niet voldoen aan kwalitatieve geschiktheidseisen houdt geen algemene diskwalificatie in van de betreffende gegadigde of inschrijver, maar heeft 'slechts' consequenties voor zijn verdere deelname aan de betreffende aanbestedingsprocedure.

Het gebruik van selectiecriteria kan vervolgens aan de orde zijn wanneer de aanbesteder de omvang van het aantal tot de inschrijving uit te nodigen *gegadigden* wenst te beperken tot een bepaald maximum.

Toelichting Het gebruik van selectiecriteria is alleen mogelijk bij de niet-openbare procedure, de concurrentiegericht dialogische procedure en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, zie ook par. 4.3. Aangezien geïnteresseerde marktpartijen zich bij die procedures eerst als gegadigden moeten aanmelden, worden selectiecriteria dus alleen gehanteerd om te bepalen of een *gegadigde* (verder) mag deelnemen aan de betreffende aanbestedingsprocedure.

Bij een openbare procedure of enige andere aanbestedingsprocedure is een nadere selectie van *inschrijvers* niet mogelijk.

Voor de uitvoering van een selectie worden verschillende methoden gebruikt. Bij de meest gebruikte selectiemethode beoordeelt de aanbesteder eerst op basis van kwalitatieve geschiktheidseisen als afzonderlijke minimeisen, zoals hiervoor bedoeld. Als er dan meer geschikte gegadigden overblijven dan het maximumaantal dat in de aankondiging is aangegeven, gaat de aanbesteder bij deze methode over tot een *nadere* selectie op basis van de selectiecriteria. Dat zijn criteria aan de hand waarvan hij een rangorde van alle gegadigden kan vaststellen die geschikt blijken te zijn en die om die reden voor nadere selectie in aanmerking komen. De rangorde is in afnemende volgorde van geschiktheid. Na toepassing van de nadere selectiecriteria nodigt de aanbesteder het aantal meest geschikte gegadigden uit tot inschrijving, zoals dat vooraf is aangekondigd.

Uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en selectiecriteria moeten worden onderscheiden van de gunningscriteria die in hoofdstuk 8 aan de orde komen. Gunningscriteria hebben betrekking op de eigenschappen van de inschrijving. De uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en selectiecriteria hebben betrekking op de eigenschappen van de gegadigde of inschrijver.

Toelichting Zie ook hoofdstuk 8, par. 4.2.1.2.

In de praktijk komt regelmatig de vraag aan de orde of bij de kwalitatieve beoordeling en selectie van gegadigden en inschrijvers gebruik kan worden gemaakt van een systematiek die in de wandelgangen wordt aangeduid met ‘past performance’. Het gaat hier om een systematiek waarbij een aanbestedder zijn eigen ervaringen – of de ervaringen van derden – met een gegadigde of inschrijver als afwegingscriterium gebruikt bij de kwalitatieve beoordeling en selectie. Die ervaringen kunnen ook worden gebruikt als afwegingscriterium in het kader van de gunning. Het gaat hier in de regel om ervaringen die betrekking hebben op de (technische) kwaliteit van een eerder gerealiseerd project. Zij kunnen ook betrekking hebben op het proces van totstandkoming van dat project of op de tevredenheid van derden die dat project inmiddels in gebruik hebben genomen.

Op dit moment is in ons land de systematiek van past performance nog volop in ontwikkeling. Er wordt gezocht naar de grenzen van de juridische mogelijkheden om past performance in aanbestedingsprocedures te kunnen toepassen. Ook wordt nagegaan hoe die systematiek op operationeel niveau zo breed mogelijk toepasbaar zou kunnen worden gemaakt. In afwachting van deze uitkomsten bevat deze Leidraad (nog) geen aanbevelingen voor het gebruik van past performance.

Toelichting Rijkswaterstaat, Rijksgebouwendienst en ProRail hebben in 2008 het principebesluit genomen om te gaan starten met past performance. Daartoe is in de zomer van dat jaar een stuurgroep ingesteld, waaraan naast deze organisaties ook Bouwend Nederland heeft deelgenomen. Op basis van de aanbevelingen van de stuurgroep hebben Rijkswaterstaat en ProRail in het voorjaar van 2009 geëxperimenteerd met de aanpak van past performance zoals ProRail die al enige tijd toepast. Ook andere deelnemers aan het zogenoemde Opdrachtgeversforum zijn benaderd om met die aanpak te experimenteren. Besluitvorming over het vervolgtraject moest bij het ter perse gaan van de Leidraad nog plaatsvinden.

Een aanbestedder neemt in het kader van een aanbestedingsproces een aantal beslissingen ten aanzien van uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en soms ook ten aanzien van selectiecriteria. Hij zal zich bijvoorbeeld moeten afvragen of hij de omvang van het aantal inschrijvingen op voorhand tot een bepaald maximum zou willen beperken. Ook zal hij zich moeten beraden over de inhoud van de te hanteren uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en selectiecriteria en de wijze waarop hij die tijdens de aanbestedingsprocedure zal bekend maken en toepassen. Op elk van deze beslissingen zal in dit hoofdstuk worden ingegaan.

3 *Waarom moeten beslissingen met betrekking tot uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria goed zijn doordacht?*

Het is al eerder opgemerkt dat een aanbesteder een bouwproces initieert met het oog op het bereiken van een bepaald resultaat. Om tot dat resultaat te komen, zal hij voor een bepaalde procesinrichting kiezen.

Toelichting Zie hierover met name par. 2.1 en par. 3 van hoofdstuk 2. Het te bereiken resultaat kan worden omschreven in termen van kwaliteit, kosten en tijd, waarbij het ene aspect soms wat belangrijker voor de aanbesteder zal zijn dan het andere, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Het is bovendien al eerder gesignaleerd dat de aanbesteder daarbij met name goed zal moeten nadenken over de keuze van de bouworganisatievorm, de bijbehorende vraagspecificatie en de toe te passen contractvorm gezien de doelstellingen die hij voor ogen heeft.

Toelichting Zie hoofdstuk 2, par. 2.1 en par. 3.1, hoofdstuk 3, par. 3 en hoofdstuk 4, par. 3. Zie daarnaast ook hoofdstuk 1, par. 4.1.

Beslissingen die de aanbesteder neemt met betrekking tot bouworganisatievorm, vraagspecificatie en contractvorm moeten onderling goed op elkaar zijn afgestemd. Die beslissingen moeten echter ook goed zijn afgestemd op de keuzes die de aanbesteder verder maakt ten aanzien van andere aspecten van het aanbestedingsproces. In dit hoofdstuk wordt dan met name gedacht aan de maatstaven die de aanbesteder wil hanteren voor de kwalitatieve beoordeling en de selectie van gegadigden en inschrijvers die aan een aanbestedingsprocedure deelnemen. Het is niet verstandig die maatstaven ondoordacht te bepalen. Gegeven de keuzes die zijn gemaakt met betrekking tot bouworganisatievorm, vraagspecificatie en contractvorm, moet de aanbesteder zich met name afvragen wat nu eigenlijk de kerncompetenties (zouden) moeten zijn voor de realisatie van het project. De uitkomst van die analyse moet immers worden vertaald in een aantal maatstaven die de aanbesteder kan hanteren voor de kwalitatieve beoordeling en de selectie van gegadigden en inschrijvers.

Een andere reden om vooraf goed na te denken over deze maatstaven is dat het aanbestedingsrecht grenzen stelt aan het gebruik daarvan. Onduidelijke en/of disproportionele maatstaven kunnen strijdig zijn met aanbestedingsrechtelijke beginselen en om die reden onderuit worden gehaald in een juridische procedure. Dat kan ertoe leiden dat de aanbesteder de aanbestedingsprocedure moet annuleren en tot heraanbesteding van de bouwopdracht moet overgaan, met alle onwenselijke gevolgen van dien. Dergelijke problemen kunnen meestal niet worden voorkomen door de maatstaven nog tijdens de aanbestedingsprocedure bij te stellen. Alle reden dus om die maatstaven voorafgaande aan de start van de procedure goed te doordenken.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 Uitsluitingsgronden

4.1.1 Vertrekpunt

Zoals in paragraaf 2 aangegeven, hebben uitsluitingsgronden betrekking op omstandigheden die de (persoon van de) gegadigde of inschrijver betreffen en die zijn uitsluiting van deelname aan aanbestedingprocedures *in het algemeen* kunnen rechtvaardigen.

In de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving wordt een onderscheid gemaakt tussen zogenoemde 'dwingende' en 'facultatieve' uitsluitingsgronden. Dat onderscheid is afkomstig uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Een aanbesteder die een aanbestedingsprocedure toepast op grond van een verplichting die is gebaseerd op een Europese aanbestedingsrichtlijn *moet* de dwingende uitsluitingsgronden toepassen. Hij *mag* dan de facultatieve uitsluitingsgronden toepassen.

In paragraaf 4.1.2. volgt een korte toelichting op de verplichting van aanbesteders tot het gebruik van dwingende uitsluitingsgronden. In paragraaf 4.1.3 wordt ingegaan op het formuleren, bekendmaken, wijzigen en aanvullen van de facultatieve uitsluitingsgronden. Het toepassen van de dwingende en de facultatieve uitsluitingsgronden komt in paragraaf 4.1.4 aan de orde.

4.1.2 Dwingende uitsluitingsgronden

4.1.2.1 Overzicht

Dwingende uitsluitingsgronden hebben betrekking op de professionele integriteit van de gegadigden of inschrijvers die aan een aanbestedingsprocedure (willen) deelnemen en op zeer ernstige vormen van economische criminaliteit.

Bron Art. 45 lid 1 Algemene Richtlijn verplicht de aanbesteder om iedere gegadigde of inschrijver uit te sluiten jegens wie bij een onherroepelijk vonnis een veroordeling om een of meer van de hieronder opgegeven redenen is uitgesproken, waarvan hij kennis heeft:

- (a) *deelneming aan een criminele organisatie* in de zin van artikel 2, lid 1, van Gemeenschappelijk Optreden 98/773/JBZ van de Raad;
- (b) *omkoping* in de zin van artikel 3, van het besluit van de Raad van 26 mei 1997, respectievelijk artikel 3 lid 1 van Gemeenschappelijk Optreden 98/742/JBZ van de Raad;
- (c) *fraude* in de zin van artikel 1 van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap;
- (d) *witwassen van geld* in de zin van artikel 1 van Richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.

Vergelijk ook art. 45 lid 1 Bao, dat aansluiting zoekt bij de bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht waarin de hierboven genoemde delicten zijn

geregeld. Het ARW 2005 noemt zowel de delicten zoals ze staan opgesomd in de Algemene Richtlijn, als hun Nederlandse ‘vertaling’ uit het Wetboek van Strafrecht, zie: art. 2.7.1 *jo.* 2.7.2, art. 3.7.1 *jo.* 3.7.2, art. 4.8.1 *jo.* 4.8.2, art. 5.8.1 *jo.* 5.8.2 en art. 6.5.1 *jo.* 6.5.2 ARW 2005.

Voor Rijksdiensten vloeit de verplichting tot het toepassen van de dwingende uitsluitingsgronden ook nog voort uit art. 2 van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren van 2004, zoals gewijzigd in 2005.

De verplichting tot het hanteren van *dwingende* uitsluitingsgronden bestaat overigens alleen wanneer de aanbestedingsplicht voortvloeit uit de Algemene Richtlijn.

Toelichting Zie in dit verband ook art. 54 lid 4 Richtlijn Nutssectoren en art. 55 lid 4 Bass, die een aanbesteder de *bevoegdheid* geven om de dwingende uitsluitingsgronden van de Algemene Richtlijn te hanteren.

De verplichting bestaat dus niet wanneer een aanbesteder een aanbestedingsprocedure hanteert op grond van een aanbestedingsplicht die enkel voortvloeit uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG of uit nationale wet- en regelgeving, zoals het BAW 2005 of een gemeentelijke of provinciale verordening.

Toelichting Voor Rijksdiensten vloeit zo’n verplichting in die situaties evenmin voort uit art. 2 van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren omdat deze Beleidsregels voor het Rijk alleen van toepassing zijn wanneer de aanbestedingsplicht voortvloeit uit de Algemene Richtlijn.

De aanbesteder *mag* de dwingende uitsluitingsgronden in dergelijke situaties – facultatief – natuurlijk best gebruiken, maar hij zal zich dan vooraf moeten realiseren dat het ARW 2005 daarin niet voorziet, gesteld dat hij het ARW in zo’n geval verplicht dan wel vrijwillig op de aanbestedingsprocedure van toepassing verklaart.

Toelichting De aanbesteder moet dan dus vooraf een aanvullende regeling in de aanbestedingsdocumenten treffen zodat een of meer van de dwingende uitsluitingsgronden kunnen worden gebruikt.

Voorbeeld Een gemeente wenst onder toepasselijkheid van het ARW 2005 een werk openbaar aan te besteden waarvan de waarde ligt beneden het drempelbedrag van de Europese aanbestedingsrichtlijn. Zij wil bedrijven kunnen uitsluiten die zich schuldig hebben gemaakt aan omkoping. Omdat het ARW voor opdrachten beneden de drempel een veroordeling wegens omkoping niet als uitsluitingsgrond noemt, zal de gemeente de uitsluitingsgrond omkoping (met verwijzing naar het desbetreffende wetsartikel) afzonderlijk in de aankondiging moeten vermelden.

De dwingende uitsluitingsgronden vormen een gesloten stelsel. Dit betekent dat wanneer de aanbestedingsplicht van de aanbesteder voortvloeit uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen, hij geen andere dan de hiervoor opgesomde dwingende uitsluitingsgronden mag hanteren.

Voorbeeld Een provincie besteedt de verbreding en de herinrichting van een weg aan waarvan de waarde ruim boven het drempelbedrag ligt dat in de Algemene Richtlijn wordt vermeld. Een groot deel van de toe te passen bouwstoffen worden aan de aannemer ter beschikking gesteld en vertegenwoordigen een behoorlijke waarde. Het is de provincie echter niet toegestaan om een gegadigde uit te sluiten die in het verleden veroordeeld is geweest voor verduistering. Dat delict is immers niet opgenomen in de opsomming van dwingende uitsluitingsgronden in de Algemene Richtlijn.

4.1.2.2 *Afwijken van de verplichting tot gebruik dwingende uitsluitingsgronden*

De verplichting tot het gebruik van dwingende uitsluitingsgronden zoals bedoeld in de vorige paragraaf, is niet absoluut. De aanbesteder mag van die verplichting afwijken op grond van dwingende redenen van algemeen belang.

Bron Zie art. 45 lid 1, derde alinea, Algemene Richtlijn en art. 45 lid 2 Bao. Zie ook art. 2.7.3, art. 3.7.3, art. 4.8.3, art. 5.8.3 en art. 6.5.3 ARW 2005.

Het gaat hier om het uitzonderlijke en daardoor tamelijk hypothetische geval dat voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure al duidelijk is dat een of meer dwingende uitsluitingsgronden van toepassing zijn op *alle* ondernemingen binnen een bepaalde sector. Dat zou dan als consequentie hebben dat al die ondernemingen uitgesloten moeten worden met als gevolg dat de aanbesteder geen mogelijkheid heeft de bouwopdracht door middel van een aanbesteding op de markt te brengen.

Bron Zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 269.

Voorbeeld Stel dat de bedrijven waaraan de NMa wegens hun betrokkenheid bij de zogenaamde bouwaffaire een boete oplegde, alle ook strafrechtelijk zouden zijn veroordeeld voor fraude (hetgeen in werkelijkheid niet het geval is). Een aanbesteder die vervolgens een werk aanbesteedt waarvan de waarde boven het drempelbedrag uit de Algemene Richtlijn ligt, zou dan om die reden nog niet kunnen afwijken van de verplichte toepassing van de dwingende 'fraude-uitsluitingsgrond'. Omdat lang niet alle bouwbedrijven immers zijn beboet en wegens fraude veroordeeld, mag worden aangenomen dat er voldoende concurrentie overblijft.

Aanbesteders zullen zich moeten realiseren dat van de bevoegdheid tot afwijken van de verplichte toepassing van dwingende uitsluitingsgronden in de praktijk niet snel gebruik zal kunnen worden gemaakt.

4.1.3 Facultatieve uitsluitingsgronden

4.1.3.1 Overzicht

Facultatieve uitsluitingsgronden hebben betrekking op de kredietwaardigheid en de professionele integriteit van gegadigden en inschrijvers, op de nakoming van hun verplichtingen uit hoofde van fiscale en sociale zekerheidswetgeving en op hun betrouwbaarheid in het algemeen.

Bron

Art. 45 lid 2 Algemene Richtlijn, art. 45 lid 3 Bao, art. 2.7.4, art. 3.7.4, art. 4.8.4, art. 5.8.4, art. 6.5.4 en art. 7.3.1 ARW 2005 geven de aanbestedder de bevoegdheid om een gegadigde of inschrijver uit te sluiten:

- (a) die in staat van faillissement of van liquidatie verkeert, wiens werkzaamheden zijn gestaakt, jegens wie een surséance van betaling of een akkoord geldt of die in een andere vergelijkbare toestand verkeert ingevolge een soortgelijke procedure die voorkomt in de op hem van toepassing zijnde wet- of regelgeving;
- (b) wiens faillissement of liquidatie is aangevraagd of tegen wie een procedure van surséance van betaling of akkoord dan wel een andere soortgelijke procedure die voorkomt in de op hem van toepassing zijnde wet- of regelgeving, aanhangig is gemaakt;
- (c) jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de op hem van toepassing zijnde wet- of regelgeving is gedaan, waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels;
- (d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op een grond die de aanbestedder aannemelijk kan maken;
- (e) die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van de sociale zekerheidsbijdragen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij is gevestigd of van Nederland;
- (f) die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van zijn belastingen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij gevestigd is of van Nederland;
- (g) die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die ingevolge aanbestedingsprocedures kunnen worden verlangd of die inlichtingen niet heeft verstrekt.

Zie ook art. 54 lid 4 Richtlijn Nutssectoren en art. 55 lid 4 Bass, die een aanbestedder eveneens de bevoegdheid geven om de facultatieve uitsluitingsgronden van de Algemene Richtlijn te hanteren. Art. 54 lid 4 Richtlijn Nutssectoren verwijst weliswaar niet naar lid 2 van art. 45 lid 2 van de Algemene Richtlijn, maar dat is het gevolg van een kennelijke verschrijving gelet op de Engelse en de Franse taalversie van de Richtlijn (zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 274).

De uitsluitingsgronden sub (a) en (b) hebben betrekking op de kredietwaardigheid en de gronden sub (c) en (d) zien op de professionele integriteit van gegadigden en inschrijvers. De gronden sub (e) en (f) houden verband met

hun verplichtingen uit hoofde van fiscale en sociale zekerheidswetgeving en uitsluitingsgrond sub (g) ziet op hun betrouwbaarheid in het algemeen. De sub (g) bedoelde ‘inlichtingen die ingevolge aanbestedingsprocedure kunnen worden verlangd’ hebben met name betrekking op inlichtingen die een gegadigde of inschrijver aan de aanbesteder moet verstrekken en die de aanbesteder in staat stellen de beoordelingen op basis van de (overige) uitsluitingsgronden, de kwalitatieve geschiktheidseisen en de eventuele selectiecriteria uit te voeren.

Wanneer een aanbesteder verplicht is een aanbestedingsprocedure te volgen op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, heeft hij in beginsel de *bevoegdheid* om deze facultatieve uitsluitingsgronden te hanteren. Dat beginsel geldt overigens niet voor Rijksdiensten. Zij zijn namelijk *verplicht* om de facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren, althans wanneer het volgen van een aanbestedingsprocedure voor hen verplicht is op grond van de Algemene Richtlijn.

Bron Zie art. 2 van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren van 2004, zoals gewijzigd in 2005.

Voor de situatie dat een Rijksaanbesteder *verplicht* is de facultatieve uitsluitingsgronden toe te passen – maar ook alleen voor die situatie – staan de hiervoor vermelde facultatieve uitsluitingsgronden sub (c) en sub (d) nader uitgewerkt in de artikelen 5 en 6 van de Beleidsregels.

Op grond van art. 5 van de Beleidsregels zal dan sprake zijn van ‘strijd met de beroepsgedragingsregels’ ingeval van een of meer van de volgende delicten:

- schending van geheimen als bedoeld in de artt. 272 en 273 WvSr;
- afpersing of afdreiging als bedoeld in de artt. 317 en 318 WvSr;
- oplichting als bedoeld in art. 326 WvSr;
- bedrog bij de bouw als bedoeld in art. 331 WvSr.

Op grond van art. 6 van de Beleidsregels zal dan sprake zijn van een ‘ernstige fout’ ingeval van een of meer van de volgende feiten:

- Het doen van een gift of belofte of het aanbieden van een dienst indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daarmee wordt beoogd iemand iets te laten doen wat in strijd is met zijn plicht.
- Het vervalsen of valselijk opmaken van een geschrift dat bestemd is om tot bewijs van enig feit te dienen.
- Het verstrekken van onjuiste gegevens of het ten onrechte niet verstrekken van juiste gegevens, indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daarmee wordt beoogd financieel voordeel te behalen.
- Het handelen of nalaten waardoor de lichamelijke integriteit van werknemers of andere personen ernstig in gevaar wordt gebracht.
- Het opgelegd hebben gekregen van een boete of last onder dwangsom in de zin van art. 56, lid 1, van de Mededingingswet.
- Het in het kader van de uitvoering van een opdracht hebben begaan van een onrechtmatige daad waaruit ernstige schade is voortgevloeid.

De gedragingen die in artikel 6 staan opgesomd, moeten dan wel plaatsvinden in het kader van de beroepsuitoefening om als een 'ernstige fout' te kunnen worden gekwalificeerd.

Wanneer een aanbestedder facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing verklaart in het kader van een verplichte aanbestedingsprocedure op grond van een Europese aanbestedingsrichtlijn, mag hij geen andere facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing verklaren dan die welke in de Algemene Richtlijn staan. In die context vormen de facultatieve uitsluitingsgronden namelijk een gesloten stelsel.

Bron

Zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 266. Zie ook HvJ EG 9 februari 2006, zaken C-226/04 en C-228/04 (*La Cascina*), r.o. 22.

Voorbeeld

Bij de openbare aanbesteding van een werk waarvan de waarde boven het drempelbedrag ligt van de Algemene Richtlijn, neemt de aanbestedende gemeente in de aankondiging op dat uitgesloten zullen worden die bedrijven die in strijd hebben gehandeld met een aan hen verleende milieuvergunning. Dat is toegestaan wanneer de formulering van de uitsluitingsgrond voldoet aan juridische randvoorwaarden zoals bijvoorbeeld het proportionaliteitsvereiste. Deze voorwaarden komen nog aan de orde in par. 4.1.3.2. Het in strijd handelen met een milieuvergunning kan in beginsel immers worden gekwalificeerd als een overtreding van beroepsgedragsregels op het gebied van milieu of wellicht zelfs als een ernstige beroepsfout op het gebied van milieu.

Het staat een aanbestedder natuurlijk vrij om facultatieve uitsluitingsgronden ook van toepassing te verklaren op een aanbestedingsprocedure die niet voortvloeit uit een verplichting vanuit de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Hier kan met name worden gedacht aan gevallen waarin een aanbestedingsprocedure wordt gevolgd op grond van een aanbestedingsplicht die voortvloeit uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG of op grond van nationale wet- en regelgeving.

Wanneer in die gevallen – verplicht dan wel onverplicht – ook het ARW 2005 van toepassing wordt verklaard op de aanbestedingsprocedure, mag de aanbestedder vervolgens geen andere facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing verklaren dan die welke in het ARW 2005 staan opgesomd.

Toelichting

Het ARW 2005 sluit op dit punt voor de nationale aanbestedingen aan bij de lijst van facultatieve uitsluitingsgronden die ook mogen worden toegepast als de aanbestedingsplicht voortvloeit uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Bij de onderhandse procedure is het overigens zo dat de bevoegdheid op grond van het ARW 2005 *niet* bestaat wanneer sprake is van een Europese aanbesteding, zie art. 7.3.1 ARW 2005.

Wanneer een Rijksdienst een bouwopdracht aanbesteedt anders dan op grond van een aanbestedingsplicht die voortvloeit uit de Algemene Richtlijn, zijn de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-

sectoren niet van toepassing. Dit betekent dat dan ook de nadere uitwerking die de artikelen 5 en 6 van de Beleidsregels geven aan de begrippen 'delict in strijd met zijn beroepsgedragsregels' en 'ernstige fout', niet van toepassing is.

Wanneer de aanbesteder het ARW 2005 niet van toepassing verklaart, kan hij zelf bepalen of en welke facultatieve uitsluitingsgronden hij gebruikt.

4.1.3.2 Formuleren van facultatieve uitsluitingsgronden

De vraag aan welke juridische randvoorwaarden uitsluitingsgronden inhoudelijk moeten voldoen, is in beginsel alleen relevant voorzover het om *facultatieve* uitsluitingsgronden gaat. Voor wat betreft de *dwingende* uitsluitingsgronden biedt de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving namelijk geen ruimte om voor een andere formulering te kiezen dan die welke de regels zelf bieden. Dit laatste geldt ook voor de formulering van *facultatieve* uitsluitingsgronden wanneer de aanbesteder een Rijksdienst is die op grond van de Algemene Richtlijn verplicht is een aanbestedingsprocedure te volgen.

Toelichting In zo'n geval is een Rijksaanbesteder op grond van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren immers *verplicht* tot toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden zoals die staan omschreven in de Algemene Richtlijn en zoals die op onderdelen nader zijn uitgewerkt in de artikelen 5 en 6 van de Beleidsregels. Zie par. 4.1.3.1.

Een aanbesteder heeft in een aantal gevallen echter wel enige ruimte om zelf de inhoudelijke formulering vast te stellen van de facultatieve uitsluitingsgronden die hij van toepassing verklaart.

Toelichting Zoals hierna nog in deze paragraaf staat uitgewerkt, is die ruimte binnen bepaalde randvoorwaarden aanwezig in de volgende gevallen:

- (i) Op een aanbesteder – niet zijnde een Rijksdienst – rust een verplichting tot aanbesteden op grond van een Europese aanbestedingsrichtlijn. Wanneer die aanbesteder gebruikmaakt van zijn bevoegdheid een of meer van de facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren, zal hij zich moeten houden aan de formulering van die gronden zoals die staan opgenomen in de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving. Hij mag echter een aantal voor meerdere uitleg vatbare begrippen die in de facultatieve uitsluitingsgronden worden gebruikt, nader invullen.
- (ii) Op een aanbesteder – waarbij het óók om een Rijksdienst kan gaan – rust een verplichting tot aanbesteden. Die verplichting vloeit echter niet voort uit een Europese aanbestedingsrichtlijn. Wanneer die aanbesteder tevens verplicht is tot toepassing van het ARW 2005 – of wanneer hij daarvoor vrijwillig kiest – heeft hij de bevoegdheid een of meer facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren. Wanneer hij van die bevoegdheid gebruikmaakt, zal hij zich moeten houden aan de formulering van de gronden zoals die staan opgenomen in het ARW 2005. Ook in dat geval mag hij echter een aantal voor meerdere uitleg vatbare begrippen die in de facultatieve uitsluitingsgronden worden gebruikt, nader invullen.

In deze gevallen is die ruimte dat de aanbestedder zelf een aantal voor meerdere uitleg vatbare begrippen mag invullen. Die begrippen worden gebruikt in de facultatieve uitsluitingsgronden die hij van toepassing verklaart. Deze uitsluitingsgronden zijn vastgelegd in de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving. Het gaat hier met name om de begrippen 'delict in strijd met zijn beroepsgedragsregels' en 'ernstige fout'.

Bron Zie ook Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 270-271.

Het gaat hier om begrippen die worden gebruikt in de facultatieve uitsluitingsgronden sub (c) en sub (d) van de volgende bepalingen: Art. 45 lid 2 Algemene Richtlijn, art. 45 lid 3 Bao, art. 2.7.4, art. 3.7.4, art. 4.8.4, art. 5.8.4, art. 6.5.4 en art. 7.3.1 ARW 2005.

Toelichting De ruimte om die begrippen zelf door de aanbestedder te laten invullen is er omdat er op dit moment geen nationale wet- en regelgeving bestaat die de begrippen in de facultatieve uitsluitingsgronden nader invult. Regelgeving bestaat op dit punt alleen ten aanzien van Rijksdiensten – in de vorm van Beleidsregels – voor de gevallen waarin zij moeten aanbesteden op grond van de Algemene Richtlijn.

Vooropgesteld moet worden dat een aanbestedder bij het nader invullen van deze begrippen, niet zodanig te werk mag gaan dat daardoor als het ware een nieuwe uitsluitingsgrond wordt gecreëerd. Dat zou immers strijdig zijn met het principe dat het stelsel van de facultatieve uitsluitingsgronden een gesloten stelsel is.

Voorbeeld Een aanbestedder neemt in de aankondiging op dat ook die bedrijven zullen worden uitgesloten waarvan de directie onder andere bestaat uit een persoon die eerder directeur was van een bedrijf dat failliet is gegaan.

De bevoegdheid van de aanbestedder om de begrippen nader in te vullen, wordt bovendien begrensd door de algemene beginselen van non-discriminatie en transparantie. Dit betekent dat de aanbestedder de begrippen reeds in de aankondiging van de bouwopdracht zodanig zal moeten invullen dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden of inschrijvers voorafgaande aan hun besluit tot deelname aan de aanbestedingsprocedure in staat zijn die begrippen op dezelfde wijze te interpreteren.

Voorbeeld Een provincie houdt een openbare aanbesteding voor de aanleg van een vuilstortplaats. Hierbij wordt geen gebruik gemaakt van het ARW 2005. Toegestaan is dat zij in de aankondiging vermeldt dat van deelneming zullen worden uitgesloten bedrijven die in de uitoefening van hun beroep een ernstige fout hebben begaan, waar onder verstaan moet worden het door de NMa opgelegd hebben gekregen van een boete op grond van artikel 56, lid 1 van de Mededingingswet.

Voorbeeld Niet toegestaan, want onduidelijk, is daarentegen het bij deze aanbesteding aangeven dat elke onderneming zal worden uitgesloten die bij de uitvoering van werken van de vraagspecificaties is afgeweken of op een andere manier een bouwfout heeft begaan.

De aanbesteder zal bovendien het proportionaliteitsbeginsel in acht moeten nemen en de begrippen niet zodanig mogen invullen dat daardoor als het ware de mogelijkheid wordt gecreëerd een gegadigde of inschrijver uit te sluiten op grond van een omstandigheid die irrelevant moet worden beschouwd in het kader van de aanbestede bouwopdracht.

Voorbeeld Toegestaan lijkt een uitsluitingsgrond die inhoudt dat van deelneming wordt uitgesloten een bedrijf dat in de afgelopen drie jaar een zodanige bouwfout heeft begaan dat daardoor werknemers of andere personen zijn overleden of gewond geraakt of dat als gevolg van die fout hun lichamelijke integriteit ernstig in gevaar is gebracht.

Voorbeeld Niet toegestaan, want onvoldoende verband houdende met de aard van opdracht, is dat een aanbestedende dienst bepaalt dat van deelneming van de aanbesteding voor het uitvoeren van een werk worden uitgesloten bedrijven waarvan de directie in het verleden veroordeeld is geweest voor een zedenmisdrijf.

Er kan tot slot nog één geval worden genoemd waarin een aanbesteder over een aanzienlijke ruimte beschikt om zelf de aard en de inhoud van de van toepassing te verklaren facultatieve uitsluitingsgronden vast te stellen.

Toelichting Het gaat hier om de situatie dat op een aanbesteder – niet zijnde een Rijksdienst – een verplichting rust tot aanbesteden, maar die verplichting niet voortvloeit uit een Europese aanbestedingsrichtlijn. De aanbesteder is niet verplicht tot toepassing van het ARW 2005 en kiest daar ook vrijwillig niet voor. Deze aanbesteder is vrij om een of meer facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren en heeft in beginsel de vrijheid om zelf te bepalen hoe hij die formuleert.

Ook in dit specifieke geval moet de aanbesteder zich houden aan de hiervoor aangegeven aanbestedingsrechtelijke uitgangspunten.

4.1.3.3 Bekendmaken van facultatieve uitsluitingsgronden

Wanneer de aanbesteder verplicht is tot toepassing van de zogenoemde *dwingende* uitsluitingsgronden hoeft hij de voorgenomen toepassing van die gronden niet vooraf bekend te maken.

Toelichting Zie voor deze uitsluitingsgronden par. 4.1.2.1. Alleen wanneer de aanbesteder de toepasselijkheid van dwingende uitsluitingsgronden zou willen uitsluiten – zie par. 4.1.2.2 – zal hij dat in de aankondiging van de aanbestedingsprocedure bekend moeten maken.

Een aanbestedder die een of meer *facultatieve* uitsluitingsgronden van toepassing wil verklaren in het kader van een aanbestedingsprocedure is verplicht dat bekend te maken in de aankondiging van de bouwopdracht, onder verwijzing naar die gronden.

Bron Zie Bijlage VII A Algemene Richtlijn, onder nr. 17 alsook Bijlage 4, onderdeel A, Bao, eveneens onder nr. 17. Zie daarnaast Bijlage XIII A (onder nr. 15), B (onder nr. 14) of C (onder nr. 13) Richtlijn Nutssectoren en Bijlage 2, onderdeel A, onder 1^o (nr. 15), 2^o (nr. 14) of 3^o (nr. 13) Bass. Zie ook Model B, sub III.1.4, behorende bij het ARW 2005.

In de gevallen waarin deze regels niet van toepassing zijn, vloeit de verplichting voort uit de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

De verplichting tot bekendmaking vooraf geldt ook voor de Rijksdiensten die op grond van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren *verplicht* zijn tot toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden zoals die staan omschreven in de Algemene Richtlijn. Het bestaan van die verplichting neemt de verplichting tot bekendmaking vooraf dus niet weg.

Voorbeeld De gemeente die, gegeven de omvang van het uit te voeren werk, tot Europese aanbesteding verplicht is, heeft in de aankondiging correct aangegeven dat zij alle uitsluitingsgronden zal hanteren zoals opgesomd in artikel 45, lid 3 van het Bao.

Voorbeeld De gemeente uit het vorige voorbeeld heeft verzuimd in de aankondiging aan te geven dat zij alle uitsluitingsgronden zal hanteren zoals opgesomd in artikel 45, lid 3 van het Bao. Zij wenst de bij de openbare aanbesteding als laagste geëindigde inschrijver uit te sluiten omdat die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van zijn belastingen overeenkomstig de wettelijke Nederlandse bepalingen. Uitsluiting is in dit geval echter niet toegestaan.

Als het om facultatieve uitsluitingsgronden gaat, moeten gegadigden of inschrijvers aan het begin van de aanbestedingsprocedure immers weten waar ze aan toe zijn en niet voor verrassingen komen te staan wanneer zij eenmaal te kennen hebben gegeven aan de aanbestedingsprocedure te willen deelnemen.

De consequentie van deze verplichte bekendmaking is dat wanneer een aanbestedder een of meer facultatieve uitsluitingsgronden niet in de aankondiging van toepassing verklaart, die gronden in beginsel vervolgens ook niet van toepassing zijn in de verdere aanbestedingsprocedure.

4.1.3.4 Wijzigen of aanvullen van facultatieve uitsluitingsgronden

Kan de aanbestedder reeds bekendgemaakte facultatieve uitsluitingsgronden nog op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure wijzigen of aanvullen?

Voorbeeld Te denken valt aan de situatie dat een gemeentelijke aanbestedder in de aankondiging van een openbare procedure waarop het ARW 2005 van toepassing is verklaard, bekend heeft gemaakt dat (alleen) de facultatieve uitsluitingsgrond van art. 2.7.4 sub (e) ARW 2005 van toepassing is. Na die aankondiging komt de aanbestedder als gevolg van voortschrijdend inzicht tot de conclusie dat in plaats van – of in aanvulling op – die uitsluitingsgrond (ook) die van art. 2.7.4 sub (f) ARW 2005 van toepassing verklaard had moeten worden. Een andere mogelijkheid is dat de aanbestedder in het geschetste geval weliswaar alle facultatieve uitsluitingsgronden van art. 2.7.4 ARW 2005 van toepassing heeft verklaard, maar dat hij na de aankondiging tot de conclusie komt dat de nadere invulling die hij heeft gegeven aan het begrip ‘ernstige fout’ als bedoeld in art. 2.7.4 sub (d) niet zo gelukkig is gekozen.

Op grond van het beginsel van non-discriminatie en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel, is het de aanbestedder in ieder geval niet toegestaan de facultatieve uitsluitingsgronden nog te wijzigen of aan te vullen wanneer hij eenmaal kennis heeft genomen van de identiteit van een of meer van de marktpartijen die aan de aanbestedingsprocedure (willen) deelnemen.

Voorbeeld De gemeentelijke aanbestedder uit het vorige voorbeeld heeft dus de mogelijkheid om een facultatieve uitsluitingsgrond die in de aankondiging is opgenomen, te wijzigen of aan te vullen als een openbare procedure is toegepast en de inschrijving nog niet heeft plaatsgevonden. Hetzelfde geldt wanneer een niet-openbare procedure is toegepast en het tijdstip nog niet is aangebroken waarop ondernemingen zich als gegadigden dienen aan te melden.

Voorbeeld Het is diezelfde gemeentelijke aanbestedder echter niet toegestaan om een eerder in de aankondiging opgenomen facultatieve uitsluitingsgrond te wijzigen of aan te vullen als een niet openbare procedure is toegepast en de gegadigden zich inmiddels hebben aangemeld.

De consequentie van het voorafgaande is dat een aanbestedder die een facultatieve uitsluitingsgrond wil wijzigen nadat zich gegadigden hebben aangemeld of – bij een openbare procedure – nadat de inschrijvingen zijn ontvangen, dat alleen kan doen door de aanbestedingsprocedure af te breken en een nieuwe aanbestedingsprocedure te beginnen.

Toelichting Zie hoofdstuk 9, par. 4.2.9 en par. 4.2.10 voor de juridische randvoorwaarden die een aanbestedder in acht moet nemen als hij heraanbesteding van een bouwopdracht overweegt na annulering van een eerdere aanbestedingsprocedure.

4.1.4 Toepassen van dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden

4.1.4.1 Vertrekpunt

Een aanbestedder moet op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure daadwerkelijk beoordelen of een gegadigde of inschrijver moet worden uitgesloten op basis van verplichte en van toepassing verklaarde facultatieve uitsluitingsgronden.

Toelichting Als de aanbesteder de openbare procedure toepast, zal hij deze beoordeling uitvoeren nadat hij de inschrijvingen van de inschrijvers heeft ontvangen. Bij alle andere aanbestedingsprocedures die algemeen bekend worden gemaakt, vindt die beoordeling plaats nadat de gegadigden zich hebben aangemeld. Een en ander laat overigens onverlet dat een gegadigde of inschrijver ook na die beoordeling nog altijd kan worden uitgesloten op grond van een dwingende uitsluitingsgrond als op een later tijdstip tijdens de aanbestedingsprocedure blijkt dat hij daarvoor in aanmerking komt. De aanbesteder is overigens verplicht de dwingende en de van toepassing verklaarde facultatieve uitsluitingsgronden op objectieve en uniforme wijze toe te passen op alle gegadigden of inschrijvers die deelnemen aan de aanbestedingsprocedure. Dit houdt tevens in dat hij een bepaalde uitsluitingsgrond gedurende alle stadia van de aanbestedingsprocedure telkens op dezelfde manier moet uitleggen en toepassen.

Verder geldt dat de aanbesteder niet eerst in de aankondiging melding mag maken van het feit dat hij van plan is een of meer van de facultatieve uitsluitingsgronden toe te passen, om dat vervolgens achterwege te laten als blijkt dat een gegadigde of inschrijver voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van een van die uitsluitingsgronden. Ook het omgekeerde is het geval: wanneer een aanbesteder in de aankondiging van de aanbesteding géén melding maakt van het feit dat hij voornemens is een of meer van de facultatieve uitsluitingsgronden te gaan hanteren, kan hij lopende de aanbestedingsprocedure niet alsnog overgaan tot het toepassen ervan, zie ook par. 4.1.3.4.

Om de beoordeling te kunnen uitvoeren, zal de aanbesteder over informatie moeten beschikken. In de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving is vastgelegd welke informatie de aanbesteder van de gegadigden of inschrijvers mag vragen om die beoordeling te faciliteren. Daarbij moet dan een onderscheid worden gemaakt tussen Rijksaanbesteders die verplicht zijn tot toepassing van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren (paragraaf 4.1.4.3) en aanbesteders op wie die verplichting niet rust (paragraaf 4.1.4.2). Voor de Rijksaanbesteders gelden in dit verband strengere verplichtingen dan voor de andere aanbesteders.

4.1.4.2 Aanbesteders in het algemeen

Een aanbesteder kan voor de beoordeling de volgende informatie verlangen van gegadigden of inschrijvers.

Toelichting Ten aanzien van de *dwingende* uitsluitingsgronden mag een aanbesteder (alleen) verlangen dat een gegadigde of inschrijver een verklaring omtrent gedrag (VOG-rechtspersoon) overlegt die door de Minister van Justitie op grond van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens is afgegeven.

Het overleggen van zo'n VOG-rechtspersoon mag een aanbesteder ook verlangen in het kader van de facultatieve uitsluitingsgrond die betrekking heeft op de *professionele integriteit* van gegadigden of inschrijvers: de '(c)-grond'.

Ten aanzien van de facultatieve uitsluitingsgronden die betrekking hebben op de *kredietwaardigheid* van gegadigden of inschrijvers – de ‘(a)-grond’ en de ‘(b)-grond’ – mag de aanbesteder een gegadigde of inschrijver vragen om een verklaring van de griffier van de rechtbank die op grond van de Faillissementswet bevoegd is tot het uitspreken van een eventuele faillietverklaring van de betreffende gegadigde of inschrijver of tot het op die gegadigde of inschrijver van toepassing verklaren van een eventuele schuldsanering natuurlijke personen.

Ten aanzien van de facultatieve uitsluitingsgronden die betrekking hebben op de verplichtingen van gegadigden of inschrijvers uit hoofde van *fiscale en sociale zekerheidswetgeving* – de ‘(e)-grond’ en de ‘(f)-grond’ – mag de aanbesteder een gegadigde of inschrijver vragen om een verklaring van de ontvanger onder wie de gegadigde of inschrijver ressorteert voor de inning van belastingen.

Bron

Zie voor de bewijsmiddelen die een aanbesteder mag vragen in het kader van de *dwingende* uitsluitingsgronden: art. 45 lid 1, laatste alinea *jo.* lid 3 aanhef en sub (a) en lid 4 Algemene Richtlijn en art. 45 lid 4 *jo.* art. 46 lid 2 Bao. Het ARW 2005 bevat op dit punt geen regeling.

Zie voor de bewijsmiddelen die hij mag vragen met het oog op de beoordeling in het licht van de *facultatieve* uitsluitingsgronden: art. 45 lid 3 en lid 4 Algemene Richtlijn en art. 45 lid 4 *jo.* art. 46 Bao. Zie ook art. 2.7.5, art. 3.7.5, art. 4.8.5, art. 5.8.5, art. 6.5.5 en art. 7.3.2 ARW 2005.

Wanneer een gegadigde of inschrijver niet een of meer van de bewijsmiddelen overlegt die de aanbesteder van hem verlangt, dan moet de aanbesteder die gegadigde of inschrijver uitsluiten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Ten aanzien van het verzoek van de aanbesteder een VOG-rechtspersoon over te leggen, kunnen nog de volgende opmerkingen worden gemaakt.

Een gegadigde of inschrijver moet een aanvraag voor een VOG-rechtspersoon indienen bij zijn gemeente. Verantwoordelijk voor de afgifte van de VOG-rechtspersoon is vervolgens het Centraal Orgaan Verklaring Omtrent het Gedrag (COVOG) dat onderzoek doet naar het strafrechtelijke verleden van de gegadigde of inschrijver. Het COVOG geeft na dat onderzoek een beschikking af, die er uit kan bestaan dat de VOG-rechtspersoon wordt afgegeven of wordt geweigerd.

Toelichting

Van buitenlandse ondernemingen mag worden verlangd dat zij een uittreksel uit het strafregister van hun land overleggen of, bij gebreke daaraan, een gelijkwaardig document, afgegeven door een bevoegde gerechtelijke of administratieve instantie van hun land.

Wanneer de gegadigde of inschrijver een VOG-rechtspersoon van het COVOG ontvangt, overlegt hij deze vervolgens aan de aanbesteder. Deze kan dan nagaan of jegens de

gegadigde of inschrijver bij een onherroepelijk vonnis een veroordeling is uitgesproken vanwege een delict dat tot de dwingende uitsluitingsgronden behoort of vanwege een delict dat in strijd is met zijn beroepsgedagsregels (de facultatieve '(c)-grond'). Hij kan met behulp van die verklaring ook nagaan of de gegadigde of inschrijver bij de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan in de zin van de facultatieve '(d)-grond'.

Toelichting Aanbesteders die de facultatieve (c)- grond en (d)-grond toepassen, kunnen in de aankondiging van de bouwopdracht de begrippen 'delict in strijd met zijn beroepsgedagsregels' en 'ernstige fout' zelf nader hebben uitgewerkt, zie par. 4.1.3.2. Dit geldt niet voor Rijksaanbesteders die verplicht zijn de bouwopdracht aan te besteden op grond van de Algemene Richtlijn en die in het verlengde daarvan verplicht zijn de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren toe te passen. De begrippen zijn namelijk nader uitgewerkt in art. 5 en art. 6 van de Beleidsregels, zie par. 4.1.3.2.

Wanneer de aanbesteder na beoordeling vaststelt dat de gegadigde of inschrijver in aanmerking komt voor uitsluiting, is hij verplicht die gegadigde of inschrijver ook daadwerkelijk uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure.

Toelichting Dat moet de aanbesteder ook doen wanneer hij tot uitsluiting oordeelt op basis van de informatie die is overlegd voor de beoordeling van de toepassing van de andere (van toepassing verklaarde) facultatieve uitsluitingsgronden: de '(a)-grond', de '(b)-grond', de '(e)-grond', de '(f)-grond' en de '(g)-grond'.

Voorbeeld Een inschrijver is niet in staat om een verklaring van de ontvanger voor de inning van belastingen over te leggen, waaruit blijkt dat hij aan zijn verplichtingen heeft voldaan voor het betalen van zijn belastingen overeenkomstig de in Nederland geldende wettelijke bepalingen (de '(g)-grond').

Wanneer het COVOG weigert om een VOG-rechtspersoon aan de gegadigde of inschrijver af te geven, biedt dat op zichzelf nog geen legitimatie voor de aanbesteder om die gegadigde of inschrijver van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure uit te sluiten. Er kunnen namelijk verschillende redenen zijn waarom het COVOG de verklaring weigert af te geven. De aanbesteder moet in dit geval aan de hand van de inhoud van de negatieve beschikking nagaan of er een grondslag is om tot toepassing van een uitsluitingsgrond over te gaan.

Voorbeeld Een gemeentelijke aanbesteder heeft een werk openbaar aanbesteed onder toepasselijkheid van het ARW 2005 op zo'n manier dat ook de facultatieve uitsluitingsgronden gehanteerd moeten worden. Aan de inschrijver die het meest voor gunning in aanmerking komt, wordt evenwel de VOG-rechtspersoon onthouden. De reden daarvan blijkt dat het COVOG heeft geoordeeld dat er sprake is van een ernstige fout van de inschrijver in de uitoefening van zijn beroep. Aan de hand van de aard van die ernstige fout moet de gemeente beoordelen of die fout relevant is voor de uitvoering van deze opdracht en dus of die fout moet leiden tot uitsluiting van de betreffende inschrijver.

Voor het overige gelden er geen verplichtingen als het gaat om informatie van gegadigden of inschrijvers voor de beoordeling van de toepasselijkheid van de dwingende en de van toepassing verklaarde facultatieve uitsluitingsgronden.

Aanbesteders zijn dus ook niet verplicht tot het vragen van een zogenoemde ‘eigen verklaring’ van gegadigden of inschrijvers voorafgaand aan het overleggen van de informatie die hiervoor is toegelicht.

Toelichting Wanneer het ARW 2005 op de aanbestedingsprocedure van toepassing is verklaard, hebben aanbesteders wel de *bevoegdheid* om zo’n eigen verklaring te vragen. De aanbesteder zal dan wel in de aankondiging van de bouwopdracht moeten aangeven voor welke uitsluitingsgronden gegadigden of inschrijvers voorsnog kunnen volstaan met zo’n eigen verklaring. Met die eigen verklaring geeft de gegadigde of inschrijver aan dat hij voldoet aan de voorwaarden voor het verkrijgen van de bewijsmiddelen en dat hij in staat is deze over te leggen binnen de termijn die in de aankondiging staat aangegeven. De aanbesteder kan dan nadat hij de eigen verklaring heeft ontvangen, ter onderbouwing van die eigen verklaring inzage verlangen in de onderliggende bewijsmiddelen. Zie art. 2.14, art. 3.14, art. 4.15, art. 5.15, art. 6.12 en art. 7.4 ARW 2005.

Er rust geen verplichting op de aanbesteder – althans niet op grond van het aanbestedingsrecht – tot het vragen (en doen) van inzage in de onderliggende bewijsmiddelen. Een gegadigde of inschrijver kan zich er niet op beroepen dat de aanbesteder hem niet (meer) mag uitsluiten wanneer de aanbesteder geen kennis heeft genomen van de onderliggende bewijsmiddelen terwijl dat op dat moment wel mogelijk was. De aanbesteder is namelijk verplicht de betreffende gegadigde of inschrijver uit te sluiten wanneer hij op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure constateert dat voor die uitsluiting een grondslag bestaat. Ook op grond van het verbintenissenrecht zal de aanbesteder in de regel niet verplicht zijn tot het vragen (en doen) van inzage. De aanbesteder moet kunnen afgaan op de juistheid van mededelingen die de gegadigde of inschrijver zelf heeft gedaan. De aanbesteder zal alleen dan moeten twifelen – waarbij die twijfel dan als basis voor inzage fungeert – wanneer uit de eigen verklaring ook zonder verder onderzoek klip en klaar blijkt dat de betreffende gegadigde of inschrijver dient te worden uitgesloten.

Als de aanbesteder in dit geval nog nader onderzoek verricht, is het denkbaar dat hij op grond van het verbintenissenrecht schadeplichtig is jegens de gegadigde of inschrijver voor de kosten die deze tevergeefs heeft gemaakt. De aanbesteder had de betreffende gegadigde of inschrijver immers voorafgaand aan verder onderzoek kunnen wijzen op het feit dat deze niet kwalificeerde. Hij had hem om die reden al op voorhand de moeite tot verdere deelname aan de procedure kunnen besparen door hem uit te sluiten.

Aanbesteders zijn in het algemeen evenmin verplicht om in het kader van een aanbestedingsprocedure onder omstandigheden een BIBOB-adviesprocedure te doorlopen. Rijks-

diensten die een bouwopdracht moeten aanbesteden op grond van de Algemene Richtlijn en die in het verlengde daarvan verplicht zijn de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren toe te passen, hebben deze verplichting wel.

4.1.4.3 Rijksaanbesteders die verplicht zijn de Beleidsregels toe te passen

Rijksdiensten die verplicht zijn een aanbestedingsprocedure te volgen op grond van de Algemene Richtlijn, zijn *verplicht* om eerst een eigen verklaring van gegadigden of inschrijvers te verlangen voordat zij mogen verzoeken de in de vorige paragraaf toegelichte bewijsmiddelen over te leggen.

Bron Deze verplichting tot het (eerst) vragen van een eigen verklaring vloeit voort uit art. 3 lid 1 jo. Bijlage 1 van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren.

Rijksaanbesteders moeten in de aankondiging van de bouwopdracht aangeven dat gegadigden of inschrijvers de vragenlijst moeten invullen en overleggen die is opgenomen in Bijlage 1 behorende bij de Beleidsregels.

Voorbeeld Een van de te beantwoorden vragen uit de lijst luidt bijvoorbeeld: "Heeft de onderneming in de vier jaar voorafgaand aan deze aanbestedingsprocedure in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout begaan als bedoeld in artikel 6 van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren? (Ja/Nee). Zo ja vermeld de aard van de fout en de eventueel opgelegde straf of maatregel."

Toelichting Bij de openbare procedure moet de inschrijver de ingevulde vragenlijst voegen bij zijn inschrijving. Bij de andere aanbestedingsprocedures die algemeen worden bekendgemaakt zal de gegadigde de ingevulde vragenlijst moeten voegen bij zijn aanmelding als gegadigde, zie art. 3 lid 1 Beleidsregels.

Met de beantwoording van de vragenlijst – de eigen verklaring – kan de gegadigde of inschrijver zelf duidelijk maken of zich feiten of omstandigheden voordoen of hebben voorgedaan die maken dat er op hem een dwingende dan wel facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing kan zijn.

Voorbeeld Een andere vraag uit de lijst is bijvoorbeeld: "2.1 Verkeert de onderneming in staat van faillissement, vereffening, surséance van betaling of akkoord, of heeft de onderneming zijn werkzaamheden gestaakt of verkeert hij in een andere soortgelijke toestand ingevolge een gelijkaardige procedure van de nationale wettelijke regeling?"

Vervolgens is een Rijksaanbesteder verplicht om de vijf inschrijvers of gegadigden die naar zijn oordeel het meest in aanmerking komen om de bouwopdracht uit te voeren respectievelijk een uitnodiging tot inschrijving te krijgen, te vragen de bewijsmiddelen over te leggen die in de vorige paragraaf zijn behandeld. Daarmee kan hij de juistheid van de informatie in de eigen verklaring in het licht van de dwingende en de facultatieve uitsluitingsgronden controleren.

Bron Zie art. 3 lid 2 van de Beleidsregels.

Toelichting Ook hier geldt dat een gegadigde of inschrijver zich er niet op kan beroepen dat de Rijksaanbesteder hem niet (meer) mag uitsluiten, wanneer deze die verplichting niet heeft nageleefd. De aanbesteder is en blijft op grond van het aanbestedingsrecht verplicht de betreffende gegadigde of inschrijver uit te sluiten wanneer hij op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure constateert dat voor die uitsluiting een grondslag bestaat. De niet-naleving van de verplichting zal in de regel evenmin de basis kunnen vormen voor een civielrechtelijke schadevergoedingsactie van de uitgesloten gegadigde of inschrijver jegens de aanbesteder. De norm van art. 3 lid 2 van de Beleidsregels strekt immers niet tot bescherming van de vermogensbelangen van die gegadigde of inschrijver, maar tot bescherming van het mededingingsbelang. Alleen wanneer de aanbesteder uit de eigen verklaring ook zonder verder onderzoek eenvoudig had kunnen opmaken dat de betreffende gegadigde of inschrijver moest worden uitgesloten – doch verzuimd heeft dat op dat moment te doen – bestaat mogelijk een grondslag voor een schadevergoedingsaanspraak van de betrokken gegadigde of inschrijver betreffende tevergeefs gemaakte kosten. Zie ook par. 4.1.4.2.

Die controle kan vervolgens aanwijzingen opleveren dat een gegadigde of inschrijver mogelijk voor uitsluiting van de aanbestedingsprocedure in aanmerking komt. Wanneer een Rijksaanbesteder echter over onvoldoende informatie beschikt om die conclusie te kunnen onderbouwen, is hij verplicht om een advies te vragen aan het Bureau BIBOB.

Bron Zie art. 4 Beleidsregels jo. art. 8 van de Wet BIBOB.

Een Rijksaanbesteder kan het advies van het Bureau BIBOB vervolgens laten meewegen in zijn beslissing of de betreffende gegadigde of inschrijver van (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure zal worden uitgesloten.

Bron Zie art. 7 Beleidsregels. Voor zijn beslissing is hij verplicht in ieder geval de volgende aspecten in overweging te nemen:

- a. De maatregelen die een gegadigde of zijn onderaannemer heeft getroffen om herhaling van de schending van de beroepsgedragregels of herhaling van de ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep te voorkomen.
- b. De zwaarte van de schending van de beroepsgedragregels of de ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep.
- c. Het totaal aantal schendingen van de beroepsgedragregels of ernstige fouten in de uitoefening van zijn beroep voorafgaand aan de aanbesteding.
- d. De tijd die is verstreken sinds de ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep of schending van de beroepsgedragregels.
- e. De opgelegde straf.
- f. De mate van betrokkenheid van de leidinggevenden binnen het bedrijf van de gegadigde of zijn onderaannemer bij de ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep of schending van de beroepsgedragregels.

4.2 Kwalitatieve geschiktheidseisen

4.2.1 Vertrekpunt

Geschiktheidseisen zijn door de aanbesteder gestelde eisen van kwalitatieve aard waaraan een gegadigde of inschrijver *ten minste* moet voldoen om voor (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure *in het concreet voorliggende geval* in aanmerking te komen. In zoverre kunnen deze eisen ook wel worden aangeduid als *minimumgeschiktheidseisen*.

Toelichting Zie par. 2.

Een aanbesteder is op grond van de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving niet verplicht tot het hanteren van geschiktheidseisen: Hij *kan* dat doen, maar hij hoeft het niet.

Toelichting In de bepalingen uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen, het Bao, het Bass en het ARW 2005 is expliciet bepaald dat een aanbesteder dergelijke eisen *kan* stellen. Het zal in de regel bij de organisatie waartoe de aanbesteder behoort beleid zijn om geschiktheidseisen bij aanbestedingsprocedures te stellen.

Een verplichting tot het hanteren van geschiktheidseisen mag overigens niet worden afgeleid uit het gegeven dat er een aanbestedingsprocedure wordt gevolgd waarbij een selectie binnen de groep van gegadigden plaatsvindt met het oog op een uitnodiging tot inschrijving. Die selectie *kan* plaatsvinden op basis van geschiktheidseisen die de aanbesteder heeft gesteld, maar dat *hoeft* niet. Die selectie kan immers ook op andere manieren plaatsvinden, zo lang maar is voldaan aan een aantal eisen die aan de gekozen selectiemethode kunnen worden gesteld. Zie daarvoor ook par. 4.3.

Gesteld dat een aanbesteder gebruikmaakt van de mogelijkheid tot het stellen van geschiktheidseisen, dan kan hij in de meeste gevallen twee typen geschiktheidseisen hanteren. In de eerste plaats kunnen dat eisen zijn die worden gerelateerd aan de *economische en de financiële draagkracht* waarover een gegadigde of inschrijver ten minste moet beschikken.

Voorbeeld De inschrijver moet in de laatste 3 afgesloten boekjaren voorafgaand aan de datum van aanbesteding een gemiddelde jaaromzet in de GWW-sector hebben bereikt gelijk aan of groter dan € 3.000.000,-.

Geschiktheidseisen kunnen ook betrekking hebben op de *technische bekwaamheid en/of de beroepsbekwaamheid* waarover een gegadigde of inschrijver moet beschikken.

Voorbeeld De inschrijver moet over voldoende capaciteit beschikken en ervaring hebben om het onderhavige werk op vakkundige en regelmatige wijze te kunnen uitvoeren en aantonen dat hij, in de periode van 3 jaar, voorafgaande aan de datum van aanbesteding van dit bestek, tijdig heeft opgeleverd, verleend uitstel daarin begrepen: ten minste twee op een vakkundige en regelmatige wijze uitgevoerde werken op het gebied van bouwrijp maken van een bedrijventerrein, soortgelijk werk, met een aandeel in de aannemingsom of een gefactureerd bedrag gelijk aan of groter dan € 500.000,-.

Aanbesteders die verplicht zijn tot het volgen van een aanbestedingsprocedure op grond van de Algemene Richtlijn of die om een andere reden het ARW 2005 van toepassing hebben verklaard op de aanbestedingsprocedure, kunnen alleen maar geschiktheidseisen stellen ten aanzien van de economische en de financiële draagkracht en ten aanzien van de technische bekwaamheid en/of de beroepsbekwaamheid. Zij mogen geen andere eisen stellen.

Bron Zie voor wat betreft de geschiktheidseisen ten aanzien van de economische en financiële draagkracht: art. 44 lid 2 *jo.* lid 1 en art. 47 Algemene Richtlijn. Zie verder art. 44 lid 2 *jo.* lid 1 en art. 48 Bao. Zie daarnaast ook art. 2.3.4 *jo.* art. 2.8, art. 3.3.4 *jo.* art. 3.8, art. 4.4.4 *jo.* art. 4.9, art. 5.4.5 *jo.* art. 5.9 en art. 8.2.4 ARW 2005.

Zie voor wat betreft de geschiktheidseisen ten aanzien van de technische bekwaamheid en/of de beroepsbekwaamheid: art. 44 lid 2 *jo.* lid 1 en art. 48 Algemene Richtlijn. Zie verder art. 44 lid 2 *jo.* lid 1 en art. 49 Bao. Zie daarnaast ook art. 2.3.4 *jo.* art. 2.9, art. 3.3.4 *jo.* art. 3.9, art. 4.4.4 *jo.* art. 4.10, art. 5.4.5 *jo.* art. 5.10 en art. 8.2.4 ARW 2005.

Overigens kan nog worden opgemerkt dat een gegadigde of inschrijver in aanvulling op het voorafgaande ook kan worden verzocht aan te tonen dat hij volgens de voorschriften van de lidstaat waarin hij is gevestigd in het beroepsregister of in het handelsregister is ingeschreven. Hij kan ook worden verzocht een verklaring onder ede of een attest te verstrekken als bedoeld in bijlage IX A, zie art. 46 Algemene Richtlijn en art. 47 Bao (ingeval van het Bao gaat het om bijlage 5, onderdeel A).

In zoverre vormen de Algemene Richtlijn, het Bao en het ARW 2005 wat betreft de bevoegdheid tot het stellen van kwalitatieve geschiktheidseisen een gesloten stelsel.

Voorbeeld Zo mag wel worden gevraagd naar de beroepskwalificaties, waaronder studie- en beroepsdiploma's van de ondernemer of van het kaderpersoneel van de onderneming en in het bijzonder van degenen die met de leiding van de werken zijn belast. Echter, er mag niet worden gevraagd naar hun werkervaring. De aanbesteder moet dicht blijven bij hetgeen op grond van de Richtlijnen, het BAO en ARW aan kwalitatieve geschiktheidseisen gesteld mag worden.

Er zijn gevallen waarin een aanbesteder zich *niet* hoeft te beperken tot de hiervoor aangegeven categorieën van eisen.

Toelichting Allereerst is het zo dat de Richtlijn Nutssectoren toestaat dat een aanbesteder ook geschiktheidseisen stelt die niet tot de twee hiervoor vermelde typen eisen behoren, zie art. 54 lid 1 en lid 2 Richtlijn Nutssectoren. Zie ook art. 55 lid 1 en lid 2 Bass.

Een aanbesteder mag ook in het volgende geval andere eisen stellen. Op de aanbesteder – niet zijnde een Rijksdienst – rust een verplichting tot aanbesteding

den. Die verplichting vloeit echter niet voort uit een Europese aanbestedingsrichtlijn. De aanbesteder is niet verplicht tot toepassing van het ARW 2005 en kiest daar ook vrijwillig niet voor. Deze aanbesteder wil echter wel kwalitatieve geschiktheidseisen stellen. Hij bepaalt zelf welke dat zijn.

Een bijzonderheid waarop hier tot slot nog kan worden gewezen, betreft de onder de Richtlijn Nutssectoren bestaande mogelijkheid voor aanbesteders om een zogenoemde erkenningsregeling in te voeren en te beheren. Wanneer zij dat doen, kunnen zij zich bij de niet-openbare procedure en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking beperken tot het uitnodigen van die gegadigden die daarvoor volgens de erkenningsregeling in aanmerking komen.

Toelichting Zie art. 53 lid 9 Richtlijn Nutssectoren en art. 54 lid 12 Bass. Onder de Algemene Richtlijn en het Bao bestaat deze mogelijkheid niet. Echter, bij de aanbesteding van een opdracht met een waarde die geringer is dan het op grond van die regelingen toepasselijke drempelbedrag, mag ook van zo'n erkenningsregeling gebruik worden gemaakt.

De erkenning van de geschiktheid van de gegadigden heeft dan al in een eerder stadium plaatsgevonden naar aanleiding van een aanvraag tot erkenning door een onderneming. Aanbesteders onder de Richtlijn Nutssectoren moeten zo'n aanvraag te allen tijde in behandeling nemen conform de in de Richtlijn opgenomen procedurevoorschriften.

Bron Zie art. 53 lid 1 e.v. Richtlijn Nutssectoren en art. 54 lid 2 e.v. Bass.

Erkenningsregelingen komen in deze Leidraad verder niet meer aan bod. In de volgende paragrafen zal met name worden ingegaan op de juridische randvoorwaarden die een aanbesteder in acht moet nemen wanneer hij besluit gebruik te maken van zijn gewone bevoegdheid tot het stellen van kwalitatieve geschiktheidseisen. In paragraaf 4.2.2. komt allereerst de vraag aan bod welke juridische randvoorwaarden de aanbesteder in acht moet nemen bij het formuleren van de inhoud van geschiktheidseisen. Daarna wordt in paragraaf 4.2.3 ingegaan op de voorwaarden waaraan de bekendmaking van dergelijke eisen moet voldoen. Paragraaf 4.2.4 behandelt de juridische mogelijkheden die bestaan voor het wijzigen of aanvullen van bekendgemaakte geschiktheidseisen. In paragraaf 4.2.5 wordt tot slot nog ingegaan op de juridische randvoorwaarden die aanbesteders in acht moeten nemen bij het feitelijk toepassen van geschiktheidseisen.

4.2.2 Formuleren van geschiktheidseisen

Welke juridische randvoorwaarden moet een aanbesteder in acht nemen bij het formuleren van de inhoud van de geschiktheidseisen?

Een aanbesteder zal zich in de eerste plaats moeten afvragen of hij alleen geschiktheidseisen mag stellen die betrekking hebben op de economische en de financiële draagkracht van gegadigden of inschrijvers en op hun technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid of dat hij ook buiten die domeinen geschiktheidseisen mag stellen.

Toelichting Zie par. 4.2.1.

Wanneer een aanbesteder de ruimte heeft om ook buiten die domeinen geschiktheidseisen te stellen, zal hij die eisen moeten formuleren met inachtneming van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

Toelichting Zie impliciet art. 54 lid 1 en lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 55 lid 1 en lid 2 Bass. Dat betekent dat de hierna te behandelen verplichtingen ook relevant zijn voor aanbesteders die de ruimte hebben om geschiktheidseisen te stellen anders dan met betrekking tot economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, omdat die verplichtingen een uitwerking zijn van die algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

Zoals hierna nog uitvoeriger zal worden toegelicht, gelden die algemene beginselen ook voor de aanbesteder die een wat beperktere beleidsvrijheid heeft in de zin dat hij alleen maar geschiktheidseisen mag stellen die betrekking hebben op de economische en de financiële draagkracht en op de technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van gegadigden of inschrijvers. Zo'n aanbesteder zal er voor moeten waken dat hij met de gestelde eisen niet buiten de kaders van die beleidsvrijheid treedt.

Toelichting Zo'n handelwijze zou immers strijdig zijn met het gesloten stelsel van geschiktheidseisen, zie par. 4.2.1.

De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving geeft overigens geen concrete materiële voorschriften die in acht moeten worden genomen om bij het stellen van geschiktheidseisen binnen die kaders te blijven.

Toelichting Uit art. 48 lid 5 Algemene Richtlijn kan overigens wel worden afgeleid dat de geschiktheid van gegadigden of inschrijvers voor wat betreft hun technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, kan worden beoordeeld "aan de hand van met name hun knowhow, efficiëntie, ervaring en betrouwbaarheid".

Uiteindelijk zal een eis met betrekking tot de economische en de financiële draagkracht in het teken moeten staan van de beperking van het risico van discontinuïteit, insolventie en onvoldoende capaciteit van de gegadigde of inschrijver aan wie de opdracht uiteindelijk wordt gegund. Geschiktheidseisen die betrekking hebben op de technische bekwaamheid en/of de beroepsbekwaamheid moeten uiteindelijk dienstbaar zijn aan het beperken van het risico dat er een prestatie van onvoldoende kwaliteit wordt geleverd.

Voorbeeld Een redelijke eis is bijvoorbeeld dat een gegadigde in de afgelopen drie boekjaren gemiddeld een omzet heeft behaald van ten minste 200% van de waarde van het uit te voeren werk op jaarbasis. Een bedrijf dat immers in staat is geweest om de afgelopen drie jaar opdrachten uit te voeren met een totale waarde van gemiddeld twee keer de waarde van de aanbestede opdracht, zal geen moeite hebben met het uitvoeren van die opdracht.

Een aanbesteder is in de tweede plaats verplicht de geschiktheidseisen op een begrijpelijke en eenduidige wijze te formuleren. De toets die een geschiktheidseis moet kunnen doorstaan, is dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden of inschrijvers

voorafgaande aan hun besluit tot deelname aan de aanbestedingsprocedure in staat zijn de geschiktheidseis op dezelfde wijze te interpreteren.

Toelichting Deze verplichting is door het Hof van Justitie EG en ook in nationale rechtspraak al verscheidene malen gebaseerd op het beginsel van non-discriminatie en het beginsel van transparantie.

In de derde plaats zal een aanbesteder zich bij het stellen van geschiktheidseisen moeten laten leiden door het proportionaliteitsbeginsel. Dit houdt concreet in dat hij alleen geschiktheidseisen ten aanzien van draagkracht en bekwaamheid mag stellen, voorzover die verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Bron Zie art. 44 lid 2, tweede alinea, Algemene Richtlijn en art. 44 lid 3 Bao. Zie ook art. 2.3.4, art. 3.3.4, art. 4.4.4, art. 5.4.5 en art. 8.2.4 ARW 2005.

Deze bepalingen geven verder geen concrete materiële voorschriften voor de inhoud van de geschiktheidseisen. Dat is ook niet mogelijk omdat de mate van proportionaliteit van een geschiktheidseis in sterke mate bepaald wordt door de concrete omstandigheden van het geval waarin zo'n eis wordt gehanteerd. Wel zijn er vanuit het perspectief van de in acht te nemen juridische randvoorwaarden een aantal gezichtspunten waarmee een aanbesteder rekening moet houden wanneer hij geschiktheidseisen formuleert.

Zo zal het antwoord op de vraag of een geschiktheidseis proportioneel is, in de eerste plaats afhangen van de specifieke kenmerken van de aanbestede bouwopdracht, waarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan de aard, de omvang en het doel van het te realiseren project.

De proportionaliteit van een geschiktheidseis zal daarnaast ook afhangen van het doel dat de aanbesteder met het stellen van die eis voor ogen heeft, gegeven de specifieke kenmerken van de aanbestede bouwopdracht.

Toelichting Het doel dat de aanbesteder voor ogen mag hebben met het stellen van geschiktheidseisen ten aanzien van de economische en de financiële draagkracht, is te toetsen of een gegadigde of inschrijver over voldoende draagkracht voor de uitvoering van de opdracht beschikt en of die gegadigde of inschrijver voldoende verhaal zal bieden als hij die opdracht onverhoopt niet conform de gemaakte afspraken uitvoert.

Het doel dat de aanbesteder voor ogen mag hebben met het stellen van geschiktheidseisen ten aanzien van de technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, is te toetsen of een gegadigde of inschrijver over de bekwaamheid beschikt die nodig is om de opdracht tijdig en deugdelijk uit te voeren.

Een vierde belangrijke juridische randvoorwaarde is dat een aanbesteder met de formulering van een geschiktheidseis een gegadigde of inschrijver niet mag beperken in zijn mogelijkheden om een beroep te doen op de draagkracht en bekwaamheid van andere natuurlijke of rechtspersonen, ongeacht de juridische aard van de banden met hen. Dit om te bewijzen dat de gegadigde of inschrijver over de vereiste draagkracht en bekwaamheid beschikt.

Bron Zie art. 47 lid 2 en art. 48 lid 3 Algemene Richtlijn alsook art. 48 lid 2 en art. 49 lid 3 Bao. Zie vervolgens ook art. 54 lid 5, eerste alinea, Richtlijn Nutssectoren en art. 55 lid 6 Bass. Zie ook art. 2.8.4 jo. 2.9.3, art. 3.8.4 jo. 3.9.3, art. 4.9.4 jo. 4.10.3, art. 5.9.4 jo. 5.10.3 en art. 6.6.4 jo. 6.7.3 ARW 2005.

De aanbesteder mag echter wel eisen dat de gegadigde of inschrijver aan-toont dat hij werkelijk kan beschikken over de middelen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht.

In het verlengde hiervan mag een aanbesteder evenmin een gegadigde of inschrijver die uit een samenwerkingsverband van ondernemingen bestaat, beperken in zijn mogelijkheden om een beroep te doen op de draagkracht en de bekwaamheid van de ondernemingen die tot het samenwerkingsverband behoren. Dit om te bewijzen dat hij over de vereiste draagkracht en bekwaamheid beschikt. Aan zo'n samenwerkingsverband mogen bovendien geen hogere eisen worden gesteld dan aan gegadigden of inschrijvers die niet uit zo'n samenwerkingsverband bestaan.

Bron Zie art. 47 lid 3 en art. 48 lid 4 Algemene Richtlijn alsook art. 48 lid 3 en art. 49 lid 4 Bao. Zie vervolgens ook art. 54 lid 5, tweede alinea, Richtlijn Nutssectoren en art. 55 lid 7 Bass. Zie ook art. 2.8.5 jo. 2.9.4, art. 3.8.5 jo. 3.9.4, art. 4.9.5 jo. 4.10.4, art. 5.9.5 jo. 5.10.4 en art. 6.6.5 jo. 6.7.4 ARW 2005.

Ook in dit geval mag de aanbesteder eisen dat de gegadigde of inschrijver aantoont dat hij werkelijk kan beschikken over de middelen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht.

Binnen de kaders van deze juridische randvoorwaarden, moet een aanbesteder proberen maatwerk te leveren in de formulering van de geschiktheidseisen. In de praktijk is dat niet altijd een eenvoudige opgave. In paragraaf 5.3.2 worden daarom een aantal aanbevelingen gedaan die aanbesteders wat dat betreft enigszins op weg helpen.

4.2.3 Bekendmaken van geschiktheidseisen

Een aanbesteder die geschiktheidseisen wil kunnen hanteren tijdens een aanbestedingsprocedure, is verplicht die eisen vooraf bekend te maken in de aankondiging van de bouwopdracht.

Bron Zie art. 44 lid 2, laatste alinea, jo. Bijlage VII A, onder nr. 17, Algemene Richtlijn, alsook art. 44 lid 3 jo. Bijlage 4, onderdeel A, Bao, eveneens onder nr. 17. Zie daarnaast Bijlage XIII A (onder nr. 15), B (onder nr. 14) of C (onder nr. 13) Richtlijn Nutssectoren en Bijlage 2, onderdeel A, onder 1^o (nr. 15), 2^o (nr. 14) of 3^o (nr. 13) Bass. Zie ook art. 2.3.4, art. 3.3.4, art. 4.4.4, art. 5.4.5, art. 8.2.4 alsook Model B, sub III.1.4, behorende bij het ARW 2005.

In de gevallen waarin deze regels niet van toepassing zijn, vloeit de verplichting voort uit de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

Gegadigden of inschrijvers moeten aan het begin van de aanbestedingsprocedure immers weten waar ze aan toe zijn en niet voor verrassingen komen te staan wanneer zij eenmaal te kennen hebben gegeven aan de aanbestedingsprocedure te willen deelnemen.

De consequentie van deze verplichting is dat wanneer een aanbesteder een of meer geschiktheidseisen niet van toepassing verklaart in de aankondiging, die gronden in beginsel vervolgens ook niet van toepassing zijn in de aanbestedingsprocedure.

4.2.4 Wijzigen of aanvullen van geschiktheidseisen

Kan de aanbesteder reeds bekendgemaakte geschiktheidseisen nog op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure wijzigen of aanvullen?

De aanbesteder mag op grond van het beginsel van non-discriminatie en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel in ieder geval de geschiktheidseisen niet wijzigen of aanvullen wanneer hij na de aankondiging heeft kennisgenomen van de identiteit van een of meer van de marktpartijen die aan de aanbestedingsprocedure willen deelnemen. Wanneer zich nog geen gegadigde heeft aangemeld, mogen de bekendgemaakte geschiktheidseisen nog worden gewijzigd. De aanbesteder moet daarbij de gestelde termijnen voor aanmelding aanpassen.

De consequentie van het voorafgaande is dat een aanbesteder die een geschiktheidseis wil wijzigen nadat zich gegadigden hebben aangemeld of – bij een openbare procedure – nadat de inschrijvingen zijn ontvangen – dat alleen kan doen door de aanbestedingsprocedure af te breken en een nieuwe aanbestedingsprocedure te beginnen.

Toelichting Zie hoofdstuk 9, par. 4.2.9 en par. 4.2.10 voor de juridische randvoorwaarden die de aanbesteder in acht moet nemen als hij heraanbesteding van een bouwopdracht overweegt na annulering van een eerdere aanbestedingsprocedure:

4.2.5 Toepassen van geschiktheidseisen

Wanneer een aanbesteder geschiktheidseisen stelt, moet hij op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure daadwerkelijk beoordelen of een gegadigde of inschrijver zich kwalificeert voor (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Toelichting Als de aanbesteder de openbare procedure toepast, zal hij deze beoordeling uitvoeren nadat hij de inschrijvingen van de inschrijvers heeft ontvangen. Bij alle andere aanbestedingsprocedures die algemeen bekend worden gemaakt, vindt die beoordeling plaats nadat de gegadigden zich hebben aangemeld. Een en ander laat overigens onverlet dat een gegadigde of inschrijver ook na die beoordeling nog altijd kan worden gediskwalificeerd als op een later tijdstip tijdens de aanbestedingsprocedure blijkt dat hij niet voldoet aan een gestelde geschiktheidseis. De aanbesteder is overigens verplicht de geschiktheidseisen op objectieve en uniforme wijze toe te passen op alle gegadigden of inschrijvers die deelnemen aan de aanbestedingsprocedure. Dit houdt tevens in dat hij een bepaalde geschiktheidseis gedurende alle stadia van

de aanbestedingsprocedure telkens op dezelfde manier moet uitleggen en toepassen.

Een aanbesteder mag niet eerst in de aankondiging dergelijke eisen stellen en vervolgens het daadwerkelijk toepassen van die eisen achterwege laten als blijkt dat een gegadigde of inschrijver gegeven de gestelde eisen moet worden gediskwalificeerd. Ook het omgekeerde is het geval: wanneer een aanbesteder in de aankondiging van de aanbesteding géén melding maakt van het feit dat hij voornemens is een bepaalde geschiktheidseis te gaan hanteren, kan hij lopende de aanbestedingsprocedure niet alsnog overgaan tot het toepassen van zo'n eis, zie ook par. 4.2.4.

Voor de beoordeling moet de aanbesteder over informatie beschikken. In de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving is vastgelegd welke informatie de aanbesteder van de gegadigden of inschrijvers mag vragen voor de beoordeling in het licht van de gestelde geschiktheidseisen. In het volgende overzicht staat die informatie aangegeven.

Toelichting De aanbesteder mag voor het bewijzen van voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen die betrekking hebben op de economische en de financiële draagkracht verlangen dat de gegadigde of inschrijver de volgende bescheiden overlegt:

- (a) passende bankverklaringen of het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's;
- (b) balansen of balansuittreksels, als de wetgeving van het land waarin de gegadigde of inschrijver is gevestigd, de bekendmaking van balansen voorschrijft, of
- (c) een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is, over ten hoogste de laatste 3 beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de gegadigde of inschrijver met zijn bedrijvigheid is begonnen, voorzover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn.

Zie in dit verband art. 47 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 48 lid 1 Bao. Zie verder art. 2.8.1, art. 3.8.1, art. 4.9.1, art. 5.9.1 en art. 6.6.1 ARW 2005. De aanbesteder moet overigens in de aankondiging welke referenties en andere bewijsstukken overgelegd moeten worden, zie art. 47 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 48 lid 4 Bao. Zie ook art. 2.8.2, art. 3.8.2, art. 4.9.2, art. 5.9.2 en art. 6.6.2 ARW 2005.

De aanbesteder mag voor het bewijzen van voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen die betrekking hebben op de technische bekwaamheid en/of de beroepsbekwaamheid verlangen dat de gegadigde of inschrijver de volgende bescheiden overlegt (de onderstaande opsomming is afkomstig uit het ARW. Zie voor de vindplaats het bronnenoverzicht na de opsomming):

- “(a) een lijst van de werken die de afgelopen 5 jaar zijn verricht, welke lijst vergezeld gaat van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd en waarin het bedrag van de werken, de

- plaats en het tijdstip waarop ze zijn uitgevoerd vermeld wordt, en waarin wordt aangegeven of de werken volgens de regels der kunst zijn uitgevoerd en tot een goed einde zijn gebracht. De aanbesteder mag verlangen dat de gegadigde of inschrijver bewerkstelligt dat deze lijst door de bevoegde instantie rechtstreeks aan hem wordt toegezonden;
- (b) een opgave van de al dan niet tot de onderneming van de gegadigde of inschrijver behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole en van die welke de gegadigde of inschrijver ter beschikking zullen staan om de werken uit te voeren;
 - (c) een opgave van de beroepskwalificaties waaronder studie- en beroepsdiploma's van de ondernemer of het kaderpersoneel van de gegadigde of inschrijver en in het bijzonder van degenen die met de leiding van de werken zijn belast;
 - (d) een opgave van de maatregelen inzake milieubeheer die de gegadigde of inschrijver kan toepassen in het kader van de uitvoering van de bouwopdracht;
 - (e) een verklaring betreffende de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de onderneming van de gegadigde of inschrijver, en de omvang van het kaderpersoneel gedurende de laatste 3 jaar;
 - (e) een verklaring die de outillage, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de gegadigde of inschrijver voor het verlenen van de bouwopdracht beschikt."

Zie in dit verband art. 48 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 49 lid 2 Bao. Zie verder art. 2.9.1, art. 3.9.1, art. 4.10.1, art. 5.10.1 en art. 6.7.1 ARW 2005. De aanbesteder moet overigens in de aankondiging aangeven welke referenties en andere bewijsstukken overgelegd moeten worden, zie art. 48 lid 6 Algemene Richtlijn en art. 49 lid 6 Bao. Zie ook art. 2.9.2, art. 3.9.2, art. 4.10.2, art. 5.10.2 en art. 6.7.2 ARW 2005.

Ingeval de aanbesteder in de onder punt (d) bedoelde gevallen de overlegging verlangt van een verklaring van een onafhankelijke instelling dat de gegadigde of inschrijver aan bepaalde normen inzake milieubeheer voldoet, moet hij verwijzen naar het communautair milieubeheer- en milieuauditsysteem (EMAS) of naar normen inzake milieubeheer die gebaseerd zijn op de desbetreffende Europese of internationale normen die gecertificeerd zijn door instellingen die beantwoorden aan het Gemeenschapsrecht of aan de toepasselijke Europese of internationale normen voor certificering. De aanbesteder moet gelijkwaardige certificaten van in andere lidstaten gevestigde instellingen erkennen. Tevens moet hij andere bewijzen inzake gelijkwaardige maatregelen op het gebied van milieubeheer aanvaarden die de gegadigde of inschrijver overlegt: zie art. 50 Algemene Richtlijn, art. 51 Bao en art. 2.11, art. 3.11, art. 4.12, art. 5.12 en art. 6.9 ARW 2005.

In zijn algemeenheid geldt dat als de aanbesteder de overlegging verlangt van verklaringen van onafhankelijke instanties dat de gegadigde of inschrijver

aan bepaalde kwaliteitsnormen voldoet, hij moet verwijzen naar kwaliteitsbewakingsregelingen die op de Europese normenreeksen op dit terrein zijn gebaseerd en die zijn gecertificeerd door instanties die voldoen aan de Europese normenreeks voor certificering. Hij moet gelijkwaardige certificaten van in andere lidstaten gevestigde instellingen erkennen. Tevens moet hij andere bewijzen inzake gelijkwaardige maatregelen op het gebied van de kwaliteitsbewaking van ondernemers aanvaarden: zie art. 49 Algemene Richtlijn, art. 50 Bao en art. 2.10, art. 3.10, art. 4.11, art. 5.11 en art. 6.8 ARW 2005.

Een aanbestedder zal zich mogelijk afvragen hoe om te gaan met de situatie waarin een gegadigde of inschrijver een samenwerkingsverband van ondernemingen blijkt te zijn. In paragraaf 4.2.2 is opgemerkt dat een aanbestedder een gegadigde of inschrijver niet mag beperken in de mogelijkheid de gedaante aan te nemen van een samenwerkingsverband. Dit geldt in beginsel ook wanneer een samenwerkingsverband het resultaat is van een combinatieovereenkomst die tussen ondernemingen is gesloten. In de regel zal zo'n combinatieovereenkomst namelijk niet op mededingingsrechtelijke bezwaren stuiten.

Toelichting Over het algemeen worden in de bouwsector slechts *incidentele* combinaties gevormd. Alleen in gevallen waarin *permanente* combinatieovereenkomsten worden aangegaan, kan dat op bezwaren stuiten op grond van de Beleidsregels Combinatieovereenkomsten die naar verwachting in het najaar van 2009 in werking zullen treden en die zijn gebaseerd op art. 5 sub d van de Mededingingswet. De Beleidsregels hebben betrekking op de toepassing van art. 6 van de Mededingingswet door de Raad van bestuur van de NMA. Zij geven die Raad richting bij de beoordeling van combinatieovereenkomsten die onder de Mededingingswet vallen.

Een aanbestedder kan op basis van de beoordeling van de overgelegde bescheiden tot het oordeel komen dat een gegadigde of inschrijver niet voldoet aan de gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen. Dan moet de aanbestedder die gegadigde of inschrijver diskwalificeren van (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure.

Een diskwalificatie moet ook volgen wanneer een gegadigde of inschrijver – desgevraagd – niet een of meer van de hiervoor vermelde bescheiden kan overleggen die de aanbestedder verlangt. Hierop geldt echter een uitzondering als een gegadigde of inschrijver om gegronde redenen niet in staat is de gevraagde bescheiden over te leggen om aan te tonen dat hij voldoet aan de geschiktheidseisen met betrekking tot zijn economische en financiële draagkracht. In zo'n geval mag de gegadigde of inschrijver zijn economische en financiële draagkracht aantonen met andere bescheiden die de aanbestedder geschikt acht.

Toelichting Zie in dit verband art. 47 lid 5 Algemene Richtlijn en art. 48 lid 5 Bao. Zie voorts art. 2.8.3, art. 3.8.3, art. 4.9.3, art. 5.9.3 en art. 6.6.3 ARW 2005.

Een andere uitzondering heeft betrekking op de situatie dat de aanbestedder bepaalde bescheiden niet binnen de daartoe gestelde termijn heeft ontvangen, maar het gebrek eenvoudig te herstellen is. Als de ARW 2005 op de aanbesteding van toepassing is, moet de aanbestedder namelijk de gegadigde of

inschrijver in de gelegenheid stellen om binnen een termijn van twee werkdagen het gebrek te herstellen. Die termijn moet gerekend worden vanaf de dag van verzending van een verzoek daartoe. Zie in dit verband art. 2.12.4, art. 3.14.4, art. 4.15.4, art. 5.15.4, art. 6.12.4, art. 7.4.4 ARW 2005.

Voor het overige gelden er geen verplichtingen voor aanbesteders ten aanzien van het vragen van informatie van gegadigden of inschrijvers met het oog op de beoordeling van hun kwalitatieve geschiktheid in het licht van de gestelde geschiktheidscriteria. Dit betekent dat een aanbesteder dus ook niet verplicht is om een zogenoemde 'eigen verklaring' van gegadigden of inschrijvers te vragen voordat ze de hiervoor vermelde bescheiden overleggen.

Toelichting Ook nu hebben zij wel de *bevoegdheid* om zo'n eigen verklaring te vragen, althans wanneer het ARW 2005 op de aanbestedingsprocedure van toepassing is verklaard. De aanbesteder zal dan wel in de aankondiging van de bouwopdracht moeten aangeven voor welke geschiktheidseisen gegadigden of inschrijvers vooralsnog kunnen volstaan met zo'n eigen verklaring. Met die eigen verklaring geeft de gegadigde of inschrijver aan dat hij voldoet aan de voorwaarden voor het verkrijgen van de bewijsmiddelen en dat hij in staat is deze over te leggen binnen de termijn die de aanbesteder in de aankondiging heeft aangegeven. De aanbesteder kan na ontvangst van de eigen verklaring ter onderbouwing van die eigen verklaring inzage verlangen in de onderliggende bewijsmiddelen. Zie art. 2.14, art. 3.14, art. 4.15, art. 5.15, art. 6.12 en art. 7.4 ARW 2005.

Ook hier geldt overigens hetzelfde als wat over de uitsluitingsgronden is opgemerkt in par. 4.1.4.2 en 4.1.4.3. Er rust geen verplichting op de aanbesteder – althans niet op grond van het aanbestedingsrecht – tot het vragen (en doen) van inzage in de hiervoor bedoelde onderliggende bewijsmiddelen. Een gegadigde of inschrijver kan zich er niet op beroepen dat de aanbesteder hem niet (meer) mag diskwalificeren, wanneer de aanbesteder geen kennis heeft genomen van de onderliggende bewijsmiddelen terwijl dat op dat moment wel mogelijk was. De aanbesteder is namelijk verplicht de betreffende gegadigde of inschrijver te diskwalificeren wanneer hij op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure constateert dat daarvoor een grondslag bestaat. Ook op grond van het verbintenissenrecht zal de aanbesteder in de regel niet verplicht zijn tot het vragen (en doen) van inzage zoals hiervoor bedoeld. De aanbesteder moet kunnen afgaan op de juistheid van mededelingen die de gegadigde of inschrijver zelf heeft gedaan. De aanbesteder zal alleen dan moeten twijfelen – waarbij die twijfel dan als basis voor inzage fungeert – wanneer uit de eigen verklaring ook zonder verder onderzoek klip en klaar blijkt dat de betreffende gegadigde of inschrijver moet worden gediskwalificeerd. Denkbaar is dat de aanbesteder in dat geval op grond van het verbintenissenrecht schadeplichtig is jegens die gegadigde of inschrijver voor wat betreft de investeringen die deze tevergeefs heeft gepleegd. De aanbesteder had de betreffende gegadigde of inschrijver immers zonder enige onderzoeksinspanning kunnen wijzen op het feit dat deze niet kwalificeerde. Hij had hem op voorhand al de moeite tot verdere deelname aan de procedure kunnen besparen door hem te diskwalificeren.

4.3 Selectiecriteria

4.3.1 Vertrekpunt

Het selecteren van marktpartijen tijdens een aanbestedingsprocedure kan aan de orde zijn wanneer de aanbesteder de omvang van het aantal gegadigden dat hij tot inschrijving wil uitnodigen wil beperken tot een bepaald maximum. Deze selectie kan plaatsvinden bij een niet-openbare procedure of een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Selecteren kan ook aan de orde zijn bij een concurrentiegericht dialoog wanneer de aanbesteder het aantal gegadigden dat hij wil uitnodigen tot de dialoogronde tot een bepaald maximum wil beperken.

Toelichting Zie par. 2. Op deze plaats wordt nog eens herhaald dat nadere selectie van *inschrijvers* bij een openbare procedure verboden is.

Het aantal *gegadigden* dat bij de concurrentiegericht dialoog tot de dialoogronde is toegelaten, kan tijdens die dialoogronde niet worden beperkt. Dat mag echter wel voor het aantal *oplossingen* dat tijdens de dialoogronde wordt besproken.

Een aanbesteder is overigens op grond van de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving niet verplicht om tot een selectie van het aantal uit te nodigen gegadigden – hetzij voor het doen van een inschrijving, hetzij voor deelname aan een dialoogronde – over te gaan. Hij *kan* dat doen, maar hij hoeft het niet.

Toelichting In de bepalingen uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen, het Bao en het ARW 2005 is expliciet bepaald dat een aanbesteder tot een dergelijke selectie *kan* overgaan. Het nader selecteren van gegadigden voor inschrijving of voor deelname aan een dialoogronde zal overigens in de regel binnen de organisatie van de aanbesteder beleid zijn.

Aanbesteders die verplicht een aanbestedingsprocedure volgen op grond van de Algemene Richtlijn of die om een andere reden het ARW 2005 van toepassing hebben verklaard op de aanbestedingsprocedure, hebben op grond van die wet- en regelgeving de bevoegdheid het aantal uit te nodigen gegadigden door middel van selectie te beperken.

Bron Zie art. 44 lid 3 Algemene Richtlijn en art. 44 lid 4 Bao. Zie verder art. 3.1.2 jo. 3.1.3, art. 4.1.2 en art. 5.1.2 ARW 2005.

In de volgende paragrafen zal worden ingegaan op de juridische randvoorwaarden die een aanbesteder in acht moet nemen wanneer hij besluit gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot het beperken van het aantal uit te nodigen gegadigden. In paragraaf 4.3.2 komt allereerst de vraag aan bod welke juridische randvoorwaarden de aanbesteder in acht moet nemen bij het formuleren van de selectiecriteria en de selectiemethode. In dat kader wordt ook ingegaan op de voorwaarden waaraan moet worden voldaan voor het vaststellen van het aantal uit te nodigen gegadigden dat de aanbesteder na toepassing van de selectiecriteria en de selectiemethode minimaal en maximaal zou willen overhouden. Daarna wordt in paragraaf 4.3.3 ingegaan op de voorwaarden waaraan de bekendmaking van de selectiecriteria, de selectie-

methode en de minimaal en maximaal uit te nodigen gegadigden moet voldoen. In paragraaf 4.3.4 wordt vervolgens kort ingegaan op de juridische mogelijkheden voor wat betreft het wijzigen of het aanvullen van bekendgemaakte selectiecriteria en –methoden. Paragraaf 4.3.5 besteedt tot slot nog aandacht aan de juridische randvoorwaarden die aanbesteders in acht moeten nemen bij het feitelijk toepassen van de selectiecriteria en de selectiemethode.

4.3.2 Formuleren van selectiecriteria, selectiemethode en minimum- en maximaantal

De aanbesteder moet een aantal juridische randvoorwaarden in acht nemen bij het formuleren van de selectiecriteria en de selectiemethode. De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving verplicht hem namelijk de selectie uit te voeren op basis van objectieve en niet-discriminerende criteria of regels.

Bron Zie art. 44 lid 3 Algemene Richtlijn en art. 44 lid 4 Bao. Zie verder art. 3.1.5, art. 4.1.4 en art. 5.1.4 ARW 2005.

In deze wet- en regelgeving is verder overigens niet uitgewerkt hoe de aanbesteder het selecteren van gegadigden binnen de genoemde juridische randvoorwaarden zou kunnen vormgeven.

Toelichting De bepalingen van het ARW 2005 vermelden slechts dat de aanbesteder gebruik *kan* maken van loting.

De volgende drie methoden van selectie worden onderscheiden:

- (1) Kwalitatieve minimumgeschiktheidseisen als bedoeld in paragraaf 4.2 worden gebruikt als selectiecriteria, al dan niet in combinatie met een systeem van loting.
- (2) Selectiecriteria worden gebruikt om tot een rangorde van gegadigden te komen.
- (3) Naast kwalitatieve minimumgeschiktheidseisen worden nadere selectiecriteria gebruikt om tot een rangorde van gegadigden te komen in afnemende volgorde van geschiktheid.

De eerste methode komt er op neer dat de aanbesteder de kwalitatieve geschiktheidseisen – in de zin van minimeisen – tevens als selectiecriteria hanteert. Gegadigden die *niet* aan de gestelde minimeisen voldoen, worden niet geselecteerd tot het doen van een inschrijving of – ingeval van de concurrentiegericht dialoog – tot deelname aan de dialoogronde. Wat betreft de gegadigden die *wel* aan de minimeisen voldoen, kan de aanbesteder er voor kiezen al deze – geschikte – gegadigden uit te nodigen of het aantal uit te nodigen gegadigden te beperken door middel van een loting.

Toelichting Wellicht ten overvloede wordt hier opgemerkt dat het formuleren, bekendmaken en toepassen van de selectiecriteria in deze eerste methode moet plaatsvinden met inachtneming van de juridische randvoorwaarden die staan in par. 4.2.

Bij de tweede selectiemethode ziet de aanbesteder af van het gebruik van kwalitatieve geschiktheidseisen als afzonderlijke minimumeisen. In plaats daarvan formuleert hij enkel selectiecriteria. Hij doet dat op een zodanige manier dat hij meteen een rangorde kan vaststellen – in afnemende volgorde van geschiktheid – van alle gegadigden die zich aanmelden. Vervolgens nodigt hij het aantal meest geschikte gegadigden uit tot de inschrijving, corresponderend met het vooraf aangekondigde aantal.

Voorbeeld Denkbaar is bijvoorbeeld dat de aanbesteder de gegadigden een vragenlijst laat invullen waarin onder andere de volgende vraag voorkomt: 'Hoeveel nieuwbouwwerken burgerlijke en utiliteitsbouw, inhoudende bouwkundige en installatietechnische werkzaamheden, met een minimale aanneemsom of gefactureerd bedrag van € 5.000.000,- (excl. BTW) heeft u in de laatste 5 jaren op vakkundige en regelmatige wijze uitgevoerd en tijdig opgeleverd, verleend uitstel daaronder inbegrepen?'. Deze vraag zou kunnen zijn voorzien van de volgende antwoordmogelijkheden: (a) geen; (b) één; (c) twee; (d) meer dan twee. Denkbaar is dat de aanbesteder per antwoordmogelijkheid het aantal punten aangeeft dat de gegadigde met het betreffende antwoord kan verdienen in het kader van de selectie.

De derde selectiemethode wordt het meest gebruikt. De aanbesteder voert bij die methode eerst een beoordeling uit op basis van kwalitatieve geschiktheidseisen als afzonderlijke minimumeisen. Als er dan meer geschikte gegadigden overblijven dan het maximumaantal dat in de aankondiging is aangegeven, gaat de aanbesteder over tot een *nadere* selectie op basis van selectiecriteria. Aan de hand daarvan kan hij een rangorde vaststellen – in afnemende volgorde van geschiktheid – van alle gegadigden die geschikt blijken te zijn en die voor nadere selectie in aanmerking komen. Na toepassing van de nadere selectiecriteria nodigt de aanbesteder het aantal meest geschikte gegadigden uit tot inschrijving, corresponderend met het vooraf aangekondigde aantal.

Voorbeeld Bij een niet-openbare procedure hanteert een aanbesteder bijvoorbeeld de volgende minimumeis: 'De gegadigde moet in de laatste 5 jaren op vakkundige en regelmatige wijze hebben uitgevoerd en tijdig hebben opgeleverd, verleend uitstel daaronder inbegrepen, 2 nieuwbouwwerken burgerlijke en utiliteitsbouw, inhoudende bouwkundige en installatietechnische werkzaamheden, met een minimale aanneemsom of gefactureerd bedrag van € 10.000.000,- (excl. BTW)'. Een gegadigde die niet aan deze minimumeis voldoet, komt niet voor nadere selectie in aanmerking. Een gegadigde die wel aan deze eis voldoet, zal in het kader van de nadere selectie bijvoorbeeld antwoord moeten geven op de vraag wanneer de nieuwbouwwerken zoals omschreven in de minimumeis precies zijn uitgevoerd. Afhankelijk van de beantwoording van die vraag kan de aanbesteder nagaan wie van de geschikte gegadigden de meest recente ervaring heeft opgedaan en om die reden aanspraak kan maken op de toekenning van punten in het kader van de nadere selectie.

De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving verplicht de aanbesteder niet om van een van de hiervoor genoemde of enige andere selectiemethode gebruik te maken.

Welke selectiemethode een aanbesteder uiteindelijk ook kiest, hij is verplicht die methode en de selectiecriteria op een begrijpelijke en eenduidige wijze te formuleren. De toets die de criteria en de methode moeten kunnen doorstaan, is dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden of inschrijvers voorafgaande aan hun besluit tot deelname aan de aanbestedingsprocedure in staat zijn die criteria en methode op dezelfde wijze te interpreteren.

Een belangrijke verplichting die nog op de aanbesteder rust wanneer hij het aantal uit te nodigen gegadigden wil beperken, is dat hij vooraf het minimumaantal geschikte gegadigden moet vaststellen dat hij ten minste wil uitnodigen voor het doen van een inschrijving of deelname aan de dialoogronde. Om er voor te zorgen dat de mededinging ondanks de selectie voldoende blijft gewaarborgd, stelt de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving grenzen aan het minimumaantal dat de aanbesteder mag stellen.

Bron

Zie art. 44 lid 3, tweede alinea, Algemene Richtlijn en art. 44 lid 5 Bao. Daarin is bepaald dat bij een niet-openbare procedure het minimumaantal ten minste op 5 moet worden gesteld. Bij de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en bij de concurrentiegerichtte dialoog moet het minimumaantal op ten minste 3 worden gesteld. Deze minimumaantallen gelden in ieder geval wanneer de aanbesteder voor een van de genoemde aanbestedingsprocedures kiest op grond van een verplichting die uit de Algemene Richtlijn voortvloeit. Als in dat geval ook de ARW 2005 verplicht dan wel onverplicht van toepassing wordt verklaard, is de verplichting tot het hanteren van deze minimumaantallen ook terug te vinden in art. 3.1.2, art. 4.1.2 en art. 5.1.2 ARW 2005.

Als op de aanbesteder geen aanbestedingsplicht uit hoofde van de Algemene Richtlijn rust, maar hij wel op een andere grond tot aanbesteden verplicht is en in dat kader – verplicht dan wel onverplicht – kiest voor toepassing van het ARW 2005, moet hij bij een niet-openbare procedure het minimumaantal ten minste op 3 stellen. Bij de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en bij de concurrentiegerichtte dialoog moet het minimumaantal op ten minste 3 worden gesteld. Zie art. 3.1.3, art. 4.1.2 en art. 5.1.2 ARW 2005.

De verplichting houdt slechts in dat de aanbesteder het omschreven minimumaantal *ten minste* zal moeten stellen. Hij mag natuurlijk ook een hoger minimumaantal stellen.

De verplichting heeft verder alleen betrekking op het daadwerkelijk stellen van een minimumaantal. Dit moet overigens gebeuren in de aankondiging van de bouwopdracht. Zie daarvoor ook par. 4.3.3. De verplichting houdt dus niet in dat de aanbesteder het gestelde minimumaantal gegadigden ook daadwerkelijk zal moeten uitnodigen, in het geval dat er minder geschikte gegadigden zijn dan het gestelde minimumaantal. Zie voor die problematiek par. 4.3.5.

De aanbestede*er* *kan* ook een maximumaantal uit te nodigen gegadigden stellen, maar hij is dat niet verplicht.

Bron Zie art. 44 lid 3, tweede alinea, Algemene Richtlijn en art. 44 lid 5 Bao. Zie ook art. 3.1.3, art. 4.1.3 en art. 5.1.3 ARW 2005.

Binnen de kaders van deze juridische randvoorwaarden, moet een aanbestede*er* proberen maatwerk te leveren in de formulering van de selectiecriteria, de selectiemethode en het minimum- en maximumaantal uit te nodigen gegadigden. In de praktijk is dat niet altijd een eenvoudige opgave. In paragraaf 5.4 worden daarom nog enkele aanbevelingen gegeven om aanbestede*rs* wat dat betreft enigszins op weg te helpen.

4.3.3 Bekendmaken van selectiecriteria, selectiemethode en minimum- en maximumaantal

Een aanbestede*er* die het aantal uit te nodigen gegadigden tijdens een aanbestedingsprocedure wil beperken, is verplicht de daarvoor te gebruiken selectiecriteria en selectiemethode en het minimumaantal uit te nodigen gegadigden vooraf bekend te maken in de aankondiging van de bouwopdracht. Het maximumaantal uit te nodigen gegadigden *kan* hij eventueel bekendmaken.

Bron Zie art. 44 lid 3 Algemene Richtlijn en art. 44 lid 4 Bao. Zie verder art. 3.3.5, art. 4.4.5 en art. 5.4.6 ARW 2005.

In de gevallen waarin deze regels niet van toepassing zijn, vloeit de verplichting voort uit de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

Gegadigden of inschrijvers moeten aan het begin van de aanbestedingsprocedure immers weten waar ze aan toe zijn en niet voor verrassingen komen te staan wanneer zij eenmaal te kennen hebben gegeven aan die procedure te willen deelnemen. Wanneer een aanbestede*er* bepaalde selectiecriteria, een bepaalde selectiemethode of het maximumaantal uit te nodigen gegadigden niet omschrijft in de aankondiging, zijn deze vervolgens ook niet van toepassing.

4.3.4 Wijzigen of aanvullen van selectiecriteria, selectiemethode en minimum- en maximumaantal

Kan de aanbestede*er* reeds bekendgemaakte beslissingen ten aanzien van de voorgenomen selectiemethode, selectiecriteria en minimum- en maximumaantal uit te nodigen gegadigden nog op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure wijzigen of aanvullen? Het beginsel van non-discriminatie en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel staan dat niet toe wanneer de aanbestede*er* inmiddels kennis heeft genomen van de identiteit van een of meer van de gegadigden die aan de aanbestedingsprocedure willen deelnemen. Tot dat moment zijn er geen juridische bezwaren tegen deze wijzigingen en aanvullingen. De consequentie van het vooraangaande is dat een aanbestede*er* die een selectiecriterium wil wijzigen nadat zich gegadigden hebben aangemeld, dat alleen kan doen door de aanbestedingsprocedure af te breken en een nieuwe aanbestedingsprocedure te beginnen.

Toelichting Zie hoofdstuk 9, par. 4.2.9 en par. 4.2.10 voor de juridische randvoorwaarden die de aanbestede*er* in acht moet nemen als hij heraanbesteding van een

bouwopdracht overweegt na annulering van een eerdere aanbestedingsprocedure.

4.3.5 Toepassen van selectiecriteria en selectiemethode

Wanneer een aanbesteder in de aankondiging van de bouwopdracht heeft bekendgemaakt dat hij het aantal uit te nodigen gegadigden wenst te beperken door middel van een selectie, zal hij op enig moment tijdens de aanbestedingsprocedure die selectie daadwerkelijk moeten uitvoeren.

Toelichting Bij alle in dit kader relevante aanbestedingsprocedures vindt die selectie plaats nadat de gegadigden zich hebben aangemeld. De aanbesteder is verplicht de selectiecriteria en de selectiemethode op objectieve en uniforme wijze toe te passen op alle gegadigden die deelnemen aan de aanbestedingsprocedure.

Voor de toepassing van de selectiecriteria en de selectiemethode geldt dat een aanbesteder niet eerst in de aankondiging dergelijke criteria en zo'n methode mag bekendmaken, om vervolgens het daadwerkelijk toepassen van die criteria en methode achterwege te laten als blijkt dat daardoor een bepaalde gegadigde moet worden uitgeselecteerd. Ook het omgekeerde is het geval: wanneer een aanbesteder in de aankondiging van de aanbesteding géén melding maakt van het feit dat hij voornemens is bepaalde selectiecriteria of een bepaalde selectiemethode te gaan hanteren, kan hij lopende de aanbestedingsprocedure niet alsnog overgaan tot het toepassen van dergelijke criteria of zo'n methode, zie ook par. 4.3.4.

Regelmatig doen zich in de praktijk vragen voor naar aanleiding van de uitkomst van de feitelijke selectie. Die vragen komen er in de kern op neer hoeveel gegadigden de aanbesteder uiteindelijk zal moeten uitnodigen na toepassing van de selectiecriteria en de selectiemethode.

Vooropgesteld moet worden dat een aanbesteder alleen maar gegadigden mag selecteren die ook gekwalificeerd zijn.

Toelichting Vooropgesteld dat de aanbesteder de kwalitatieve geschiktheidseisen zoals bedoeld in par. 4.2 van toepassing heeft verklaard op de aanbestedingsprocedure, in combinatie met een bepaalde selectiemethode. Zie daarvoor ook par. 4.3.2.

De eerste situatie die zich dan kan voordoen, is dat het aantal geschikte gegadigden lager ligt dan het minimumaantal dat de aanbesteder vooraf heeft gesteld. In dat geval *mag* de aanbesteder besluiten tot het uitnodigen van dat lagere aantal geschikte gegadigden, zelfs wanneer er maar één geschikte gegadigde over blijkt te zijn.

Bron Zie art. 44 lid 3, laatste alinea, Algemene Richtlijn en art. 44 lid 7 Bao. Zie ook de toelichting op art. 3.3, art. 4.4 en art. 5.4 ARW 2005.

De aanbesteder moet er in zo'n situatie overigens rekening mee houden dat de gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen mogelijk als te zwaar moeten worden beschouwd en dat marktpartijen die eisen ter discussie zouden kunnen stellen op grond van schending van het proportionaliteitsbeginsel.

Wanneer de aanbesteder er voor kiest door te gaan met het lagere aantal geschikte gegadigden, zal hij die vervolgens ook allemaal moeten uitnodigen tot inschrijving of tot deelname aan de dialoogronde. Hij mag geen uitgesloten of gediskwalificeerde gegadigden en ook geen derden uitnodigen om alsnog tot het minimumaantal uit te nodigen gegadigden te komen.

Toelichting Zie art. 44 lid 3, laatste alinea, Algemene Richtlijn en art. 44 lid 7 Bao. De ARW 2005 voorzien niet in zo'n verbod, dat overigens ook op het beginsel van non-discriminatie en transparantie kan worden gebaseerd.

Een tweede situatie die zich kan voordoen, is dat een aanbesteder alleen maar een minimumaantal uit te nodigen gegadigden heeft gesteld en geen maximumaantal en dat er zich vervolgens meer geschikte gegadigden hebben gemeld dan het gestelde minimumaantal. In zo'n situatie zal de aanbesteder alle geschikte gegadigden moeten uitnodigen, bij gebreke aan een vooraf gesteld maximumaantal.

Een derde situatie betreft die waarin de aanbesteder wél een maximumaantal uit te nodigen gegadigden heeft gesteld – naast een minimumaantal – en dat het aantal daadwerkelijk geschikte gegadigden hoger blijkt te liggen dan dat maximumaantal. In zo'n situatie is de aanbesteder verplicht om met behulp van de gestelde selectiecriteria en selectiemethode het aantal uit te nodigen geschikte gegadigden te 'shortlisten' tot het gestelde maximumaantal. Niet meer en niet minder.

Een laatste situatie die zich tot slot nog kan voordoen, is dat de aanbesteder wederom een maximumaantal uit te nodigen gegadigden heeft gesteld – naast een minimumaantal – en dat het aantal daadwerkelijk geschikte gegadigden hoger blijkt te liggen dan het gestelde minimumaantal, doch lager dan het maximumaantal. In zo'n geval is de aanbesteder verplicht alle geschikte gegadigden uit te nodigen. Het feit dat het daadwerkelijk aantal geschikte gegadigden tussen een vooraf gesteld minimum- en maximumaantal ligt, geeft de aanbesteder niet de bevoegdheid om achteraf – nadat hij heeft kennis genomen van de identiteit van de geschikte gegadigden – binnen de bandbreedte die wordt gevormd door het minimum- en maximumaantal het aantal uit te nodigen gegadigden alsnog te bepalen.

5 **Doelmatig uitsluiten, (dis)kwalificeren en selecteren**

5.1 **Vertrekpunt**

Binnen de grenzen van de juridische randvoorwaarden uit de vorige paragraaf beschikken aanbesteders over de nodige beleidsvrijheid om beslissingen te nemen met betrekking tot uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria. In de volgende paragrafen staan

enkele aanbevelingen op basis waarvan aanbesteders – binnen die randvoorwaarden – tot zo doelmatig mogelijk beslissingen kunnen komen.

5.2 Uitsluitingsgronden

5.2.1 Wel of geen uitsluitingsgronden van toepassing verklaren?

In paragraaf 4.1 is duidelijk gemaakt dat een aanbesteder alleen verplicht is tot het hanteren van de *dwingende* uitsluitingsgronden wanneer op hem een aanbestedingsplicht rust op grond van een van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Het al dan niet hanteren van de *facultatieve* uitsluitingsgronden is in zo'n geval overgelaten aan de beleidsvrijheid van de aanbesteder, tenzij de opdracht verplicht wordt aanbesteed door een Rijksaanbesteder op grond van de Algemene Richtlijn. Dan moeten krachtens de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren namelijk ook de facultatieve uitsluitingsgronden verplicht worden gehanteerd.

Het voorgaande doet de vraag rijzen in welke gevallen een aanbesteder er verstandig aan doet uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren wanneer hij dat niet verplicht is. Die vraag kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord. Wel kunnen de volgende gezichtspunten in de overweging over het toepassen van uitsluitingsgronden worden betrokken.

Toelichting Wellicht ten overvloede wordt hier nog eens opgemerkt dat wanneer een aanbesteder – onverplicht – in de aankondiging van de opdracht heeft bekendgemaakt *dat* hij een of meer uitsluitingsgronden zal gaan toepassen, hij vervolgens ook verplicht is om dat daadwerkelijk te doen.

Een aanbesteder moet zich realiseren dat het doel van het hanteren van uitsluitingsgronden is het uitsluiten van bepaalde risico's met betrekking tot de professionele integriteit, de kredietwaardigheid en de betrouwbaarheid van gegadigden en inschrijvers. Het is daarom vanuit het oogpunt van doelmatigheid verstandig dat de aanbesteder per geval een afweging van die risico's maakt op basis van de beantwoording van de volgende vragen:

- (1) Hoe groot is het risico dat de aanbesteder te maken krijgt met gegadigden of inschrijvers op wie een of meer van de omstandigheden die de uitsluitingsgronden vermelden van toepassing zijn? Dit gegeven de sector waarin de opdracht wordt aanbesteed alsook de kenmerken van die opdracht.
- (2) In hoeverre is dat risico onaanvaardbaar? Wat zijn bijvoorbeeld de aard, de ernst en de omvang van gevolgen voor de aanbestede opdracht – en wanneer het om een integriteitsrisico gaat voor de samenleving als geheel – gesteld dat het risico zich zou verwezenlijken tijdens de aanbestedingsprocedure of tijdens de uitvoering van de gegunde opdracht?
- (3) In hoeverre zal het hanteren van de vermelde uitsluitingsgronden afbreuk kunnen doen aan de belangen van de betrokken gegadigden en inschrijvers?
- (4) Wat zal naar verwachting de omvang zijn van de administratieve lasten die worden opgeroepen door het gebruik van de vermelde uitsluitingsgronden? In dat kader kan met name worden gedacht aan de kosten die het aanleveren en het beoordelen van bewijsmiddelen met zich zal meebrengen.

5.2.2 Nadere invulling van open begrippen ‘delict in strijd met zijn beroepsgedragregels’ en ‘ernstige fout’?

In paragraaf 4.1.3.2 is uitgelegd dat er in beginsel geen nadere regels bestaan op grond waarvan een aanbestedder de open begrippen ‘delict in strijd met zijn beroepsgedragregels’ en ‘ernstige fout’, zoals die worden gebruikt in de facultatieve ‘(c)-grond’ en de ‘(d)-grond’, moet invullen.

Toelichting Het gaat hier om de facultatieve uitsluitingsgronden – sub (c) en sub (d) – vermeld in art. 45 lid 2 Algemene Richtlijn, art. 45 lid 3 Bao, art. 2.7.4, art. 3.7.4, art. 4.8.4, art. 5.8.4, art. 6.5.4 en art. 7.3.1 ARW 2005.

Zoals reeds eerder aangegeven, zijn die begrippen voor de Rijksoverheid nader ingevuld in de BIBOB-Beleidsregels. Rijksaanbesteders die een bouwopdracht moeten aanbesteden op grond van de Algemene Richtlijn, en die om die reden verplicht zijn de facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren, moeten in dat kader uitgaan van de nadere invulling van de begrippen ‘delict in strijd met zijn beroepsgedragregels’ en ‘ernstige fout’ zoals die wordt gegeven in deze Beleidsregels.

Bron Zie art. 5 en art. 6 Beleidsregels.

Andere aanbesteders die de facultatieve ‘(c)-grond’ en ‘(d)-grond’ van toepassing verklaren, zijn niet verplicht om de Beleidsregels op dit punt te volgen. Uit het oogpunt van doelmatigheid – standaardisatie en kostenefficiëntie – wordt echter aangeraden om zoveel mogelijk bij de bepalingen van de Beleidsregels aan te sluiten.

5.2.3 Eigen verklaringen en BIBOB-advies vragen?

In paragraaf 4.1.4 is uiteengezet dat een aanbestedder niet verplicht is om eerst een zogenoemde ‘eigen verklaring’ van gegadigden of inschrijvers te vragen voordat hij bewijsmiddelen vraagt in het kader van beoordelen in het licht van de uitsluitingsgronden. Rijksaanbesteders die bouwopdrachten moeten aanbesteden op grond van de Algemene Richtlijn, zijn op grond van de BIBOB-Beleidsregels echter wel verplicht eerst die eigen verklaring te vragen.

Toelichting Zie hierover meer uitvoerig par. 4.1.4.3. Zie in dat verband ook art. 3 lid 1 *jo.* Bijlage 1 van de Beleidsregels.

Andere aanbesteders wordt ten eerste geadviseerd om in hun aanbestedingsbeleid op dit punt zoveel mogelijk aan te sluiten bij de regeling in de Beleidsregels. Een aanbestedder doet dat dan door in de aankondiging van een bouwopdracht te verlangen dat gegadigden of inschrijvers een vragenlijst invullen die zoveel mogelijk is afgestemd op de inhoud van Bijlage 1 behorende bij de Beleidsregels.

In de paragrafen 4.1.4.2 en 4.1.4.3 is verder opgemerkt dat er geen aanbestedingsrechtelijke en (in de regel) ook geen civielrechtelijke consequenties zijn verbonden aan het verzuim van de aanbestedder daadwerkelijk kennis te nemen van de inhoud van de aan de eigen verklaringen onderliggende bewijsmiddelen. Dat laat natuurlijk onverlet dat het onder omstandigheden zeer verstandig kan zijn om er wel kennis van te nemen.

Toelichting Doet de aanbesteder dat niet, dan loopt hij het risico dat hij in het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure met onverwachte problemen wordt geconfronteerd die zich kunnen vertalen in juridische procedures. Andere gegadigden of inschrijvers kunnen die procedures bijvoorbeeld aanzwengelen omdat zij hebben weten vast te stellen dat de aanbesteder een gegadigde of inschrijver tot de procedure heeft toegelaten, terwijl die eigenlijk had moeten worden uitgesloten. Ook die gegadigde of inschrijver zelf zal niet zonder slag of stoot willen accepteren dat de aanbesteder hem op een later tijdstip alsnog uitsluit. Deze juridische procedures hebben op hun beurt natuurlijk weer een negatieve impact op de planning en de voortgang van het bouwproces.

Als stelregel kan worden gehanteerd dat de aanbesteder bij een openbare procedure in ieder geval goed kennis neemt van de onderliggende bewijsmiddelen van de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen en aan wie hij om die reden overweegt de opdracht te gunnen. Ook als het gaat om een niet-openbare procedure zal dit over het algemeen een verstandige koers zijn. Een extra aanbeveling bij een niet-openbare procedure is de volgende. Naarmate er meer risico's op onjuistheden in de onderliggende bewijsmiddelen worden verwacht, zal er meer aanleiding zijn die bewijsmiddelen te controleren voordat de (gekwalficeerde) gegadigden worden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving. Dat wordt ook aanbevolen wanneer de lijst van uit te nodigen gegadigden tot stand is gekomen na een nadere selectie van de gekwalficeerde gegadigden door middel van shortlisting.

In paragraaf 4.1.4.3 is ook nog gebleken dat andere aanbesteders dan Rijksaanbesteders niet verplicht zijn gebruik te maken van het BIBOB-instrumentarium. Echter, ook voor hen kan het in bepaalde gevallen verstandig zijn een advies te vragen bij Bureau-BIBOB. Op de website van het Ministerie van Justitie staat hoe dan het beste te werk kan worden gegaan.

Toelichting Zie: <http://www.justitie.nl/onderwerpen/criminaliteit/bibob/>

5.3 Kwalitatieve geschiktheidseisen

5.3.1 Wel of geen kwalitatieve geschiktheidseisen van toepassing verklaren?

Zoals is opgemerkt in paragraaf 4.2.1 is het van toepassing verklaren van kwalitatieve geschiktheidseisen geen verplichting, maar slechts een bevoegdheid van de aanbesteder. De praktijk van aanbesteden in de bouw laat echter zien dat aanbesteders veelvuldig – terecht – van die bevoegdheid gebruikmaken. Het van toepassing verklaren van kwalitatieve geschiktheidseisen zou in de praktijk inderdaad zoveel mogelijk de regel moeten zijn.

Een aanbesteder die een aanbestedingsprocedure start zonder vooraf geschiktheidseisen te stellen, loopt het risico dat hij contracteert met een onderneming die weliswaar beweert het aanbestede project te kunnen uitvoeren, maar die helemaal geen ervaring heeft met technisch vergelijkbare projecten en die (daardoor) mogelijk ook niet in staat is om de uitvoering van de bouwopdracht tot een goed einde te brengen. Ook wanneer een onderneming over onvoldoende economische en financiële draagkracht beschikt, kan dat een risico opleveren voor de voltooiing van het project. Die draagkracht zegt immers iets over het mogelijke risico van discontinuïteit van de onderneming van een gegadigde of inschrijver.

Toelichting Het gaat hier niet alleen om het ‘normale’ risico dat de aanbesteder loopt wanneer er wordt gecontracteerd met een marktpartij die vervolgens haar verplichtingen niet blijkt te kunnen nakomen. Er is namelijk ook nog een bijzonder risico dat eigen is aan de niet-nakoming van bouw- en aanverwante contracten. Bij dergelijke contracten kan de aanbesteder in theorie weliswaar overgaan tot het ontbinden van het contract als dat niet wordt nagekomen, maar in de praktijk kan zo’n ontbinding grote nadelige gevolgen hebben en zal de aanbesteder vaak genoodzaakt zijn de zaak op te lossen met de oorspronkelijke wederpartij. Bij de niet-nakoming van andere contracten – bijvoorbeeld die welke de levering van standaardproducten betreffen – kan de aanbesteder over het algemeen wat makkelijker en zonder al te grote gevolgen een alternatieve leverancier inschakelen nadat hij het contract met de oorspronkelijke leverancier heeft ontbonden.

Door geschiktheidseisen te stellen, dwingt een aanbesteder zichzelf bovendien nog eens tot nadenken over de aard en de inhoud van de eisen die opgenomen zijn in de vraagspecificatie aangezien beide typen eisen immers inhoudelijk met elkaar verbonden moeten zijn.

5.3.2 Gezichtspunten voor proportionele geschiktheidseisen

In paragraaf 4.2.2 is opgemerkt dat er geen concrete materiële voorschriften bestaan voor wat betreft de (on)toelaatbare inhoud van kwalitatieve geschiktheidseisen. Er gelden slechts algemene juridische kaders waarbinnen aanbesteders zelf hun weg zullen moeten vinden wanneer zij geschiktheidseisen willen opstellen ten aanzien van de economische en de financiële draagkracht en ten aanzien van de technische bekwaamheid en/of de beroepsbekwaamheid van gegadigden of inschrijvers.

Die opmerking is vooral gemaakt met betrekking tot het proportionaliteitsbeginsel. Het is in zijn algemeenheid niet mogelijk om op voorhand zeer concrete regels aan aanbesteders mee te geven met behulp waarvan zij als het ware aanbestedingsrechtelijk ‘waterdichte’ geschiktheidseisen zouden kunnen formuleren. Dat komt omdat de (dis)proportionaliteit van een geschiktheidseis uiteindelijk in sterke mate wordt bepaald door de concrete omstandigheden van het geval waarin zo’n eis wordt gehanteerd.

In zeer algemene zin kan wel worden aangegeven wanneer een aanbesteder zich in de regel in de ‘veilige zone’ zal bevinden met de door hem gestelde geschiktheidseisen.

Toelichting De volgende gezichtspunten zijn allereerst gebaseerd op de inhoud van het concept Besluit aanbestedingen. Dat Besluit zou worden gebaseerd op de op 8 juli 2008 verworpen Aanbestedingswet. De gezichtspunten zijn daarnaast gebaseerd op de ontwikkelingen in de jurisprudentie.

De proportionaliteit van zogenoemde omzeteisen – geschiktheidseisen ten aanzien van de economische en de financiële draagkracht van gegadigden of inschrijvers – kan worden gemeten aan de hand van de hoogte van de aanneemsom van een gevraagd referentiewerk. Als de gestelde omzeteis meer bedraagt dan vijf keer de hoogte van de hoogste aanneemsom van de gevraagde referentiewerken, zal het vermoeden mogen rijzen dat de

gestelde omzeteis disproportioneel is. Als regel mag de hoogte van de aanneemsom van een referentiewerk namelijk worden vastgesteld op maximaal 60% van de raming van de aanbestede opdracht. De omzeteis zou dan uitkomen boven 300% van de raming, hetgeen in de regel als disproportioneel wordt beschouwd. Een omzeteis die zich bevindt binnen de bandbreedte 0%-200% zal daarentegen in de regel wel als proportioneel mogen worden beschouwd.

Wat betreft het stellen van ervaringseisen ligt de grens in de jurisprudentie op dit moment bij drie referentiewerken. Wanneer méér dan drie referentiewerken worden gevraagd, wordt meestal geoordeeld dat dit disproportioneel is. Het vragen om minder dan drie referenties wordt over het algemeen in de jurisprudentie aanvaard.

Het is belangrijk om te benadrukken dat deze gezichtspunten niet meer en niet minder zijn dan gezichtspunten waarmee aanbesteders in de bouw juridisch verantwoorde en doelmatige geschiktheidseisen kunnen stellen. Het vertrekpunt moet altijd zijn dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over het stellen van geschiktheidseisen en dat hij zich met name moet realiseren wat nu eigenlijk de benodigde kerncompetenties (zouden moeten) zijn voor de realisatie van het concrete project. Soms zal een project als bijzonder kunnen worden beschouwd wat betreft zijn aard, omvang en doel en zal het klakkeloos formuleren van geschiktheidseisen aan de hand van de hiervoor vermelde gezichtspunten zeker niet vanzelfsprekend behoeven te zijn. Er moeten dan wellicht ook zwaardere, op de bijzondere kenmerken van het project afgestemde geschiktheidseisen geformuleerd worden.

Aanbesteders zouden terughoudend moeten zijn met het stellen van andere eisen dan omzet- en ervaringseisen, zeker wanneer het gaat om standaardopdrachten. Bij dergelijke opdrachten kan immers in de regel met een proportionele omzeteis en een dito ervaringseis worden volstaan. Met het vragen van verklaringen over personeelsbezetting en kwalificaties van het personeel moet een aanbesteder in zulke gevallen tevens terughoudend zijn. Dat geldt in nog sterkere mate voor het vragen van allerlei financiële ratio's omdat de waarde van dat soort ratio's zeer discutabel is en een verantwoorde beoordeling daarvan in de regel alleen door specialisten kan worden gedaan.

5.3.3 Duurzaam aanbesteden

Een aanbesteder kan geschiktheidseisen die betrekking hebben op de economische en de financiële draagkracht van gegadigden of inschrijvers in relatie tot duurzaamheid stellen. Hij kan bijvoorbeeld eisen stellen aan de omzet van duurzame (groene of sociale) bedrijfsactiviteiten.

Voorbeeld Een voorbeeld van zo'n geschiktheidseis, luidt als volgt:

'De inschrijver dient voor duurzame <naam productgroep(en)> een jaarlijks gemiddelde bruto totale omzet te hebben gehaald over de afgelopen drie afgesloten boekjaren van ten minste <...> euro per jaar (exclusief BTW).

Onder duurzaam wordt verstaan: <...>.'

Hij kan daarnaast ook geschiktheidseisen die betrekking hebben op de technische bekwaamheid en/of de beroepsbekwaamheid in relatie tot duurzaamheid stellen.

Voorbeeld Een voorbeeld van zo'n geschiktheidseis is:

'De gegadigde of inschrijver beschikt voor zijn organisatie, althans voor dat deel/die delen van de organisatie dat/die betrokken is/zijn bij de uitvoering van de bouwopdracht, over een managementsysteem waarin ten minste de volgende onderwerpen zijn opgenomen:

- (i) De concrete maatregelen die zijn of worden getroffen om de milieubelasting van de bedrijfsprocessen te verminderen die verband houden met de uitvoering van de opdracht zoals het verantwoord omgaan met afval, watergebruik, energiegebruik, mobiliteit en emissies van milieuvreemde stoffen naar bodem, water en/of lucht.
- (ii) De borging van de naleving van de desbetreffende milieuwetgeving.
- (iii) De aandacht die wordt besteed aan de bewustwording en de competentie van medewerker(s) ten aanzien van het omgaan met de voor deze opdracht relevante milieuaspecten.
- (iv) De aandacht die wordt besteed aan de bewustwording en de competentie van toeleverancier(s) ten aanzien van het omgaan met de voor deze opdracht relevante milieuaspecten.
- (v) De monitoring (als basis voor kwaliteitsgarantie) van de voor deze opdracht relevante milieuaspecten.

De gegadigde of inschrijver voldoet in elk geval aan deze geschiktheidseis indien hij over een ISO 14001- of een EMAS-certificaat beschikt.'

Door gebruik te maken van dergelijke geschiktheidseisen kan een aanbesteder er voor zorgen dat hij alleen zaken doet met marktpartijen die in het verleden al bouwopdrachten op duurzame wijze hebben uitgevoerd.

Een aanbesteder moet zich echter realiseren dat hij door het hanteren van dergelijke eisen mogelijk ook gegadigden of inschrijvers uitsluit voor wie het duurzaam uitvoeren van bouwopdrachten nog in de kinderschoenen staat. Dat is op zich niet verboden, vooropgesteld dat de aanbesteder maar binnen de kaders blijft van de juridische randvoorwaarden die staan omschreven in paragraaf 4.2.2. Als alternatief kan de aanbesteder er echter ook voor kiezen om – vanuit het 'duurzaamheidsperspectief' gezien – minder strenge geschiktheidseisen te hanteren en in plaats daarvan vooral door het opnemen van eisen in de vraagspecificatie in te zetten op duurzaamheid.

Toelichting Zie in dit verband par. 5.5 van hoofdstuk 3.

Ook op deze manier kan de aanbesteder zijn doelstelling op het gebied van duurzaamheid immers realiseren, zonder marktpartijen van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten op grond van het argument dat zij zich in het verleden nog onvoldoende als duurzame onderneming hebben geprofileerd.

5.3.4 Eigen verklaring vragen?

In paragraaf 4.2.5 is opgemerkt dat het vragen om eigen verklaringen in het licht van de toepassing van de gestelde (en bekendgemaakte) kwalitatieve geschiktheidseisen niet door aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving wordt verplicht. Sterk aanbevolen wordt echter om in het aanbestedingsbeleid zoveel als mogelijk van eigen verklaringen gebruik te maken. Dit sluit dan aan bij de mogelijkheid die het ARW 2005 reeds biedt om eigen verklaringen van gegadigden en inschrijvers te verlangen voordat zij de bewijsmiddelen moeten overleggen om aan te tonen dat zij aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen.

In paragraaf 4.2.5 is ook nog opgemerkt dat het aanbestedingsrecht en (in de regel) ook het civiel recht geen consequenties verbinden aan het verzuim van de aanbesteder daadwerkelijk kennis te nemen van de inhoud van de aan de eigen verklaringen onderliggende bewijsmiddelen. Onder omstandigheden is het natuurlijk zeer aan te raden dat hij dat wel doet.

Toelichting Hier kan worden aangesloten bij de opmerkingen die zijn gemaakt in par. 5.2.3 in het kader van de uitsluitingsgronden. Neemt de aanbesteder geen kennis van de onderliggende bewijsmiddelen, dan loopt hij het risico dat hij in het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure met onverwachte problemen wordt geconfronteerd die zich kunnen vertalen in juridische procedures. Andere gegadigde of inschrijvers kunnen die procedures bijvoorbeeld aanzwengelen omdat zij hebben weten vast te stellen dat de aanbesteder een gegadigde of inschrijver tot de procedure heeft toegelaten, terwijl die eigenlijk had moeten worden gediskwalificeerd. Ook die gegadigde of inschrijver zelf zal niet zonder slag of stoot willen accepteren dat de aanbesteder hem op een later tijdstip alsnog diskwalificeert. Deze juridische procedures hebben op hun beurt natuurlijk weer een negatieve invloed op de planning en de voortgang van het bouwproces.

Ook hier kan als stelregel worden gehanteerd dat de aanbesteder ingeval van een openbare procedure in ieder geval goed kennis neemt van de onderliggende bewijsmiddelen van de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen en aan wie hij om die reden overweegt de opdracht te gunnen. Ook als het gaat om een niet-openbare procedure zal hij hier over het algemeen goed aan doen. Als extra aanbeveling geldt bij een niet-openbare procedure nog het volgende. Naarmate er meer risico's op onjuistheden in de onderliggende bewijsmiddelen worden verwacht, zal er meer aanleiding bestaan die bewijsmiddelen te controleren voordat de (gekwalificeerde) gegadigden worden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving. Dat wordt ook aanbevolen wanneer de lijst van uit te nodigen gegadigden tot stand is gekomen na een nadere selectie van de gekwalificeerde gegadigden door middel van shortlisting.

5.4 (Hoe te) selecteren?

De beslissing van de aanbesteder om tot een nadere selectie te komen van de uit te nodigen gegadigden hangt nauw samen met zijn beslissing om hetzij voor de openbare, hetzij voor gebruikmaking van één van de niet-openbare procedures te kiezen. Elders in de Leidraad zijn reeds opmerkingen gemaakt ten aanzien van de vraag door welke overwegingen een aanbesteder zich in dat kader het beste zou kunnen laten leiden.

Toelichting Zie hoofdstuk 5, par. 6.5.

Er bestaan zoals gezegd verschillende methoden om tot nadere selectie te komen. Er gelden geen verplichtingen voor aanbesteders voor de keuze van de te hanteren methode. De methode die in de praktijk het meest wordt gebruikt is die waarbij de aanbesteder eerst een beoordeling uitvoert op basis van kwalitatieve geschiktheidseisen als afzonderlijke minimum-eisen. Als er dan meer geschikte gegadigden overblijven dan het in de aankondiging aangegeven maximumaantal, gaat de aanbesteder bij deze methode over tot een nadere selectie op basis van *inhoudelijke* selectiecriteria. Hiermee kan hij een rangorde vaststellen – in afnemende volgorde van geschiktheid – van alle gegadigden die geschikt blijken te zijn.

De mogelijkheid van loten is juridisch weliswaar toegestaan, maar valt in de praktijk vaak af als een minder gewaardeerde methode. Dat geldt ook voor nadere selectie op basis van het aantal keren dat een gegadigde in het nabije verleden een opdracht van dezelfde aard en omvang heeft uitgevoerd. De gegadigden zijn immers reeds geschikt bevonden en het valt niet in te zien dat een gegadigde die zo'n opdracht een of twee keer vaker heeft uitgevoerd dan een ander, zich wat die geschiktheid betreft sterk van die ander zal onderscheiden. Een in de praktijk meer gewaardeerde methode is die waarbij een nadere selectie plaatsvindt op basis van de mate waarin wordt voldaan aan de gestelde geschiktheidseisen ten aanzien van de competenties die voor het project benodigd zijn.

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



1 **Inleiding**

Het uitgangspunt van dit hoofdstuk is dat de aanbesteder bepaalde beslissingen heeft genomen of overweegt te nemen over:

- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm;
- de aanbestedingsprocedure;
- de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria.

De aanbesteder zal aansluitend op die beslissingen ook een aantal beslissingen moeten nemen met betrekking tot het gunningscriterium.

Toelichting Aan de hand van het gunningscriterium wordt bepaald welke van de inschrijvingen uiteindelijk als beste uit de bus komt. De vragen welk gunningscriterium de aanbesteder het beste zou kunnen kiezen en hoe hij bij de uitwerking en de toepassing van dat criterium te werk moet gaan, moeten worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval. Tevens moet daarbij dan worden gelet op de beslissingen die de aanbesteder heeft genomen of overweegt te nemen over andere belangrijke aspecten van het aanbestedingsproces. Zie hierna ook par. 3.

Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te helpen bij het nemen van deze laatste beslissingen. Eerst wordt in dit hoofdstuk duidelijk gemaakt wat onder gunningscriterium wordt verstaan (paragraaf 2). Daarna komt de vraag aan de orde waarom het belangrijk is dat een aanbesteder zijn beslissingen over het gunningscriterium goed doordenkt (paragraaf 3). Vervolgens komen de juridische randvoorwaarden van het gunningscriterium aan bod (paragraaf 4). Een aanbesteder die deze randvoorwaarden in acht neemt, houdt nog voldoende vrijheid over om het gunningscriterium doelmatig te kunnen formuleren en toe te passen (paragraaf 5).

2 **Wat is een gunningscriterium?**

Onder het begrip gunningscriterium wordt het inhoudelijke criterium verstaan waarmee een aanbesteder tijdens een aanbestedingsprocedure de beste inschrijving kiest.

Toelichting Juridisch zijn slechts twee gunningscriteria toelaatbaar: de laagste prijs en de economisch meest voordelige inschrijving. Daartussen moet dus worden gekozen. Zie hierna ook par. 4.1 en par. 5.1.

Het gunningscriterium moet scherp worden onderscheiden van de criteria die de aanbesteder hanteert voor de kwalitatieve beoordeling van de gegadigden of van de inschrijvers die aan de aanbestedingsprocedure deelnemen.

Toelichting Zie hoofdstuk 7.

Voorbeeld Een voorbeeld van een geschiktheidseis is de volgende eis: De gegadigde moet in de afgelopen drie jaren minimaal twee wegverhardingen van cementbeton hebben uitgevoerd van ieder minimaal 500 m².

Bij de meeste aanbestedingsprocedures moeten marktpartijen zich eerst als gegadigde aanmelden voor de procedure. Vervolgens wordt aan de hand van een kwalitatieve beoordeling van geschiktheid – bijvoorbeeld ervaring – vastgesteld wie een inschrijving mag doen.

Toelichting De procedures waarbij dit niet gebeurt, zijn de openbare procedure, de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en de onderhandse procedure. Zie hoofdstuk 5, par. 4.2, 4.6 en 4.7.

Na de kwalitatieve beoordeling mogen de ervaring en de geschiktheid van de marktpartij geen rol meer spelen bij de beoordeling van een inschrijving in het licht van het gestelde gunningscriterium.

Voorbeeld Het is bijvoorbeeld niet toegestaan de omvang van de ervaring van een inschrijver met de aanleg van wegverhardingen in cementbeton te laten meewegen in de gunningsbeslissing. Het gunningscriterium moet betrekking te hebben op de inschrijving en niet op de inschrijver.

In de praktijk komt overigens regelmatig de vraag aan de orde of bij de beoordeling van inschrijvingen gebruik kan worden gemaakt van de systematiek die in de wandelgangen wordt aangeduid met ‘past performance’. Het gaat hier om een systematiek waarbij een aanbesteder zijn eigen ervaringen – of de ervaringen van derden – met een inschrijver als afwegingscriterium gebruikt in het kader van de gunning. Deze ervaringen kunnen overigens ook worden gebruikt als afwegingscriterium bij de kwalitatieve beoordeling en selectie.

Het gaat hier om ervaringen met betrekking tot de (technische) kwaliteit van een eerder gerealiseerd project. Het kan ook gaan om de ervaringen met het proces van totstandkoming van een project of om de tevredenheid van derden die een project inmiddels in gebruik hebben genomen. Op dit moment is in ons land de systematiek van past performance nog volop in ontwikkeling. Zo wordt er gezocht naar de grenzen van de juridische mogelijkheden om deze systematiek in aanbestedingsprocedures te kunnen toepassen. Ook wordt nagegaan hoe deze systematiek op operationeel niveau zo breed mogelijk toepasbaar zou kunnen worden gemaakt. In afwachting van deze uitkomsten bevat deze Leidraad (nog) geen aanbevelingen voor het gebruik van past performance.

Toelichting Rijkswaterstaat, Rijksgebouwendienst en ProRail hebben in 2008 het principebesluit genomen om te gaan starten met past performance. Daartoe is in de zomer van dat jaar een stuurgroep ingesteld, waaraan naast deze organisaties ook Bouwend Nederland heeft deelgenomen. Op basis van de aanbevelingen van de stuurgroep hebben Rijkswaterstaat en ProRail in het voorjaar van 2009 geëxperimenteerd met de aanpak van past performance zoals die al enige tijd door ProRail wordt toegepast. Ook andere deelnemers aan het zogenoemde

Opdrachtgeversforum zijn benaderd om met die aanpak te experimenteren. Besluitvorming over het vervolgtraject moest bij het ter perse gaan van de Leidraad nog plaatsvinden.

Een aanbesteder moet een aantal beslissingen nemen met betrekking tot het gunningscriterium. Hij zal allereerst een keuze moeten maken tussen de gunningscriteria laagste prijs en economisch meest voordelige inschrijving. Dit hangt samen met de ruimte voor eigen inbreng die hij de markt wenst te geven. Kiest hij voor het criterium economisch meest voordelige inschrijving, dan moet hij dat criterium nader invullen. Dat moet – zoals hierna nog zal blijken – zorgvuldig gebeuren. Vervolgens moet het gunningscriterium op enig ogenblik in de aanbestedingsprocedure bekend worden gemaakt. Tenslotte zal de beoordeling van de ontvangen inschrijvingen op basis van dat criterium moeten plaatsvinden. Op deze beslissingen wordt verder in dit hoofdstuk ingegaan.

3 *Waarom moeten beslissingen met betrekking tot het gunningscriterium goed zijn doordacht?*

Wanneer een aanbesteder de realisatie van een bouwproject aanbesteedt, zal hem een bepaald resultaat voor ogen staan.

Toelichting Zie hierover met name par. 2.1 en par. 3 van hoofdstuk 2. Het te bereiken resultaat kan worden omschreven in termen van kwaliteit, kosten en tijd, waarbij het ene aspect soms wat belangrijker voor de aanbesteder zal zijn dan het andere, afhankelijk van de omstandigheden.

Vanuit het perspectief van het te behalen resultaat zal de aanbesteder kiezen voor een bepaalde procesinrichting. De vorige hoofdstukken hebben duidelijk gemaakt dat de aanbesteder bij de procesinrichting met name goed moet nadenken over de bouworganisatievorm, de bijbehorende vraagspecificatie en de toe te passen contractvorm.

Toelichting Zie hoofdstuk 2, par. 2.1 en par. 3.1, hoofdstuk 3, par. 3 en hoofdstuk 4, par. 3. Zie daarnaast ook hoofdstuk 1, par. 4.1.

Deze moeten namelijk goed op elkaar zijn afgestemd. Zij moeten bovendien consistent zijn met andere beslissingen die de aanbesteder neemt over een aantal andere onderdelen van het aanbestedingsproces, waaronder het gunningscriterium. In de onderlinge consistentie ligt de eerste belangrijke reden om goed na te denken over het gunningscriterium.

Voorbeeld Als de vraagspecificatie sterk focust op een bepaalde product- of proceskwaliteit, dan moet deze kwaliteit ook tot uitdrukking komen in de aard en de inhoud van het gunningscriterium.

Die consistentie kan zich als volgt uiten. De mate van oplossingsvrijheid die de markt moet krijgen om het beoogde resultaat te bereiken, vertaalt zich in een bepaalde bouworganisatievorm met bijbehorende vraagspecificatie en contractvorm. Dit vertaalt zich ook in het

gunningscriterium en de verdere operationalisering daarvan. Door voor een bepaald gunningscriterium te kiezen, oefent de aanbesteder een belangrijke mate van invloed uit op de inhoud van de inschrijvingen. Het criterium economisch meest voordelige inschrijving geeft marktpartijen ruimte om meerwaarde te offeren. Hoe meer ruimte de aanbesteder de markt op dit punt 'gunt', des te meer zal de markt met innovatieve en kwalitatief hoogwaardige product- en procesoplossingen komen.

Voorbeeld Bij de aanleg van een tunnel voor een doorgaande weg in een stadscentrum moet de overlast voor de omgeving zo veel mogelijk worden beperkt. Een gedetailleerde vraagspecificatie geeft marktpartijen weinig oplossingsvrijheid. Een abstracte vraagspecificatie zal leiden tot meer mogelijkheden.

Door de wijze van uitwerking van het criterium economisch meest voordelige inschrijving kan de aanbesteder 'sturen' op kwaliteit en innovatie. Tevens prikkelt hij de markt daarmee tot concurrentie op kwaliteit in plaats van (alleen maar) op prijs en tot innovatie.

Een tweede reden om vooraf goed na te denken over met name de inhoud van het gunningscriterium is dat het aanbestedingsrecht grenzen stelt aan die inhoud. Onduidelijke of onredelijke gunningscriteria kunnen strijdigheid opleveren met aanbestedingsrechtelijke beginselen van non-discriminatie en transparantie en om die reden in een juridische procedure zelfs verboden worden. De verstreckende consequentie daarvan kan zijn dat de aanbesteder de aanbestedingsprocedure zal moeten annuleren en tot heraanbesteding van de bouwopdracht zal moeten overgaan, met alle onwenselijke gevolgen van dien.

Voorbeeld In het kader van de uitvoering van een wegenbouwproject is het onder andere de bedoeling dat de aannemer de gladheid zal bestrijden op de tijdelijke wegvoorzieningen die hij aanlegt. De aanbesteder, een gemeente, vindt het belangrijk dat de aannemer de gladheid snel kan bestrijden. Daarom formuleert hij een gunningscriterium waarbij geldt dat hoe dichter een aannemer bij de gemeente gevestigd is, hoe eerder deze in aanmerking komt voor de opdracht. De aanbesteder discrimineert met een dergelijk criterium marktpartijen die verder van de gemeente gevestigd zijn. Beter is het in zo'n geval een responstijd in de vraagspecificatie op te nemen.

Dit probleem zou minder groot zijn, als de aanbesteder de mogelijkheid zou hebben om een bekendgemaakt gunningscriterium te wijzigen. De behoefte daartoe kan ook ontstaan als de aanbesteder als gevolg van voortschrijdend inzicht tot de conclusie komt dat een op zich toelaatbaar criterium om redenen van doelmatigheid toch minder wenselijk is. Het bijstellen van een gunningscriterium tijdens de aanbestedingsprocedure is echter weinig professioneel en juridisch in de regel niet toegestaan. Dit is een extra reden om de inhoud – en ook de bekendmaking – van het gunningscriterium vooraf goed te doordenken.

Toelichting Het wijzigen van een gunningscriterium kan ertoe leiden dat marktpartijen die aanvankelijk niet geïnteresseerd waren in de opdracht dat nu wel zijn, of omgekeerd. Marktpartijen die alsnog geïnteresseerd raken, hebben minder tijd en gelegenheid om hun inschrijving voor te bereiden. Marktpartijen die door het wijzigen van een gunningscriterium afzien van het doen van een

aanbieding hebben onnodig transactiekosten gemaakt. Bij een aanbestedingsprocedure met voorafgaande selectie zou de aanbesteder door het wijzigen van het gunningscriterium bepaalde gegadigden bewust kunnen benadelen.

Tot slot wordt hier nog gewezen op het belang van het vooraf goed overdenken van de feitelijke toepassing van het bekendgemaakte gunningscriterium. Heeft men zich een goed beeld gevormd van de manier waarop de inschrijvingen concreet met behulp van het criterium worden beoordeeld? Wanneer daarover van tevoren onvoldoende duidelijkheid bestaat – ook voor de inschrijvers – kan dit tot onaangename verrassingen leiden die wellicht uitmonden in juridische procedures.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 Laagste prijs of economisch meest voordelige inschrijving?

Voor alle aanbestedingsprocedures geldt dat de aanbesteder juridisch vrij is om te kiezen uit twee gunningscriteria: het laagste prijscriterium en het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Andere gunningscriteria zijn juridisch niet toegelaten. Bij de concurrentiegerichtte dialoog en – bij andere aanbestedingsprocedures – als de aanbesteder de inschrijvers varianten toestaat, *moet* de economisch meest voordelige inschrijving worden gekozen.

Bron

Zie art. 53 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 55 lid 1 Richtlijn Nutssectoren. Zie verder art. 54 lid 1 Bao en art. 56 lid 1 Bass en art. 2.15.1, art. 3.17.1, art. 5.17.1, art. 6.14.1 en art. 7.7.1 ARW 2005.

Voor wat betreft de concurrentiegerichtte dialoog moet de aanbesteder gebruikmaken van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving, zie art. 29 lid 1 Algemene Richtlijn, art. 29 lid 2 Bao en art. 4.17.1 ARW 2005.

Wanneer de aanbesteder de inschrijvers wil toestaan varianten voor te stellen, moet hij kiezen voor de economisch meest voordelige inschrijving. Het criterium van de laagste prijs is in dat geval niet toegestaan. Zie art. 24 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 36 lid 1 Richtlijn Nutssectoren. Zie verder art. 24 lid 1 Bao en art. 33 lid 1 Bass en art. 2.21.1, art. 3.23.1, art. 5.23.1, art. 6.20.1 en art. 7.13.1 ARW 2005. Bij de concurrentiegerichtte dialoog is het een inschrijver niet toegestaan varianten voor te stellen, zie art. 4.23.1 ARW 2005.

Voorbeeld

De aanbesteder heeft in een RAW-bestek voor een gemaal een bepaald type pomp voorgeschreven. De aanbesteder kiest ervoor op het onderdeel pomp varianten toe te staan. Hij maakt dit in de aankondiging bekend. Tevens vermeldt hij in het bestek de minimale eisen ten aanzien van de variant. Bijvoorbeeld eisen ten aanzien van capaciteit, rendement, opvoerhoogte, levensduur, onderhoudskosten en ruimtebeslag. In aansluiting op de eis uit de vraagspecificatie met betrekking tot het rendement wordt het gunnings-

criterium van de economisch meest voordelige inschrijving geformuleerd. Daarin komt bijvoorbeeld tot uitdrukking dat hoe hoger het aangeboden rendement, hoe hoger de waardering van de inschrijving.

Als de aanbesteder niet expliciet een gunningscriterium heeft vermeld in de aanbestedingsdocumenten, wordt hij geacht te hebben gekozen voor het laagste prijscriterium.

Toelichting Met uitzondering van de concurrentiegerichte dialoog waar in dat geval het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving geldt.

Als de aanbesteder zelf varianten voorstelt, is het niet verboden om het criterium van de laagste prijs te gebruiken.

Toelichting De Europese aanbestedingsrichtlijnen, het Bao en het Bass, regelen deze kwestie niet. Het ARW regelt wel expliciet dat een aanbesteder varianten kan omschrijven en dat het de inschrijver in beginsel vrijstaat om op die varianten in te schrijven. Het te hanteren gunningscriterium wordt vervolgens niet voorgeschreven. Zie art. 2.22.1, art. 3.24.1, art. 5.24.1, art. 6.21.1 en art. 7.14.1 ARW 2005.

Voorbeeld Voor de reconstructie van een parkeerterrein van grasbetonstenen twijfelt de aanbesteder of hergebruik van materialen economisch wel aantrekkelijk is. Er zit namelijk circa 40% breuk tussen, terwijl de stenen bovendien moeten worden gesorteerd, gereinigd en met de hand aangebracht. Nieuwe materialen kunnen daarentegen machinaal worden aangebracht. De aanbesteder zet parallel aan de in de vraagspecificatie opgenomen oplossing – hergebruik van vrijkomende materialen – een variant in de markt waarbij de vrijkomende grasbetonstenen vervallen aan de aannemer en nieuw materiaal door de laatste moet worden geleverd. Het gaat de aanbesteder erom dat hij zo goedkoop mogelijk een parkeerterrein van grasbetonstenen heeft. De marktpartijen zullen door inschrijving op één van de twee varianten de goedkoopste oplossing duiden.

4.2 Economisch meest voordelige inschrijving

4.2.1 Welke aspecten tot criteria maken?

4.2.1.1 Expliciet toegestane aspecten

Het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving bestaat uit een aantal criteria aan de hand waarvan wordt bepaald of en in hoeverre een inschrijving als economisch meest voordelig kan worden beschouwd. Het aanbestedingsrecht regelt welke criteria mogen worden gesteld als onderdeel van het meeromvattende gunningscriterium.

Toelichting In de jurisprudentie worden die criteria soms ook wel subcriteria genoemd om ze te kunnen onderscheiden van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Die terminologie wordt in de Leidraad niet gevolgd.

Het aanbestedingsrecht doet dat allereerst door een aantal van die aspecten expliciet in wet- en regelgeving te omschrijven.

Toelichting Het betreft hier de volgende aspecten:

- de prijs;
- de kwaliteit;
- de technische waarde;
- de esthetische en functionele kenmerken;
- de milieukenmerken of de milieutechnische eigenschappen met inbegrip van de milieukenmerken die de productiemethoden betreffen;
- de gebruikskosten;
- de rentabiliteit;
- de klantenservice en technische bijstand;
- de datum van levering;
- de termijn voor levering en uitvoering;
- de verbintenissen met betrekking tot reserveonderdelen;
- de gewaarborgde materiaalvoorziening.

Zie art. 53 lid 1 sub a Algemene Richtlijn en art. 55 lid 1 sub a Richtlijn Nutssectoren. Deze opsomming is niet opgenomen in art. 54 lid 1 sub a Bao en evenmin in art. 56 lid 1 sub a Bass en in de relevante bepalingen van het ARW 2005, maar kan wel worden teruggevonden in de toelichtingen op die bepalingen.

Voorbeeld Aanbesteders willen niet zelden de uitvoeringsduur van een project zo kort mogelijk houden. Het blijkt echter in de praktijk vaak lastig voor een aanbesteder om enerzijds de kortst mogelijke en anderzijds de realistische uitvoeringsduur te bepalen. Wanneer de aanbesteder marktpartijen in tijd 'klem' zet kan de kwaliteit van het werk onder druk komen te staan of zullen de kosten voor het versnellen onevenredig toenemen met de bespaarde uitvoeringsduur. Beter is om een realistische uitvoeringsduur in de vraagspecificatie op te nemen. Als gunningscriterium kan daarnaast de uitvoeringsduur gelden, waarbij de opdrachtgever bijvoorbeeld aangeeft dat iedere week eerder opleveren bij de gunningsbeslissing een fictieve correctie van de aannemingsom van bijvoorbeeld € 10.000,- oplevert. Wel is het dan verstandig om ook een korting op te nemen in geval van het overschrijden van de termijn.

4.2.1.2 Impliciet toegestane aspecten

De lijst van aspecten die in de Europese aanbestedingsrichtlijnen is opgenomen, is niet limitatief. Ook andere aspecten kunnen tot criteria worden gemaakt als onderdeel van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Daarvoor moeten de criteria wel aan twee randvoorwaarden voldoen:

- een economische dimensie hebben;
- verband houden met het voorwerp van de opdracht.

Bron

Zie voor wat betreft het eerste vereiste considerans 46 bij de Algemene Richtlijn en considerans 55 bij de Richtlijn Nutssectoren.

Zie voor het tweede vereiste art. 53 lid 1 sub a Algemene Richtlijn en art. 55 lid 1 sub Richtlijn Nutssectoren. Zie voorts art. 54 lid 1 sub a Bao en art. 56 lid 1 sub a Bass.

De vereisten zijn niet geëxpliciteerd in het ARW 2005, maar wel in de toelichting op art. 2.15, art. 3.17, art. 4.17, art. 5.17, art. 6.14 en art. 7.7 ARW 2005.

Wat betreft het eerste vereiste kan het volgende worden opgemerkt. De aanbesteder moet zich richten op die aspecten die kunnen worden gebruikt bij het beoordelen van de inschrijvingen in het licht van de beste prijs-kwaliteitverhouding.

Bron Aldus considerans 46 bij de Algemene Richtlijn en considerans 55 bij de Richtlijn Nutssectoren.

Daaraan doet niet af dat de in de Europese aanbestedingsrichtlijnen opgenomen lijsten ook het niet-economisch aspect 'esthetische kenmerken' vermelden.

Een aspect zou kunnen zijn duurzaamheid. Daarmee daagt de aanbesteder de markt uit om met de meest duurzame oplossingen te komen tegen een zo gunstig mogelijke prijs.

Toelichting Zie www.minvrom.nl/duurzaaminkopen en www.senternovem.nl/duurzaaminkopen. Zie ook: *Gunnen op duurzaamheid. Een handreiking van ideeën en methoden om milieukwaliteit en duurzaamheid te wegen in de verschillende fasen van het aanbestedingsproces*, Bouwend Nederland 2008.

Voorbeeld In het kader van de aanbesteding van een verkeersregelininstallatie heeft de aanbesteder een vraagspecificatie opgesteld. Voor de formulering van de daarin opgenomen duurzaamheidseisen heeft hij gebruikgemaakt van het zogenoemde 'Criteria-document Verkeersregelininstallaties'. In dat document staat informatie over de wijze waarop een aanbesteder in het kader van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving de beoordelingscriteria nader kan uitwerken op een manier die de markt prikkelt tot het aanbieden van meerwaarde:

"De inschrijver werkt in een plan van aanpak voor het ontwerp van de Verkeersregelininstallaties uit hoe hij invulling gaat geven aan:

- energiebesparing en
- duurzaam materiaalgebruik voor een gebruikperiode van 10 jaar.

Energieverbruik.

Beoogd wordt een maximale besparing op het energieverbruik in de gebruiksfase van het werk.

Duurzaam materiaalgebruik.

Beoogd wordt een integrale afweging tussen het beperken van het grondstofverbruik, het energieverbruik tijdens de productie, te verwachten onder-

houd tijdens de levensduur, mogelijkheden voor hergebruik, botsveiligheid, enzovoort.

Naarmate het energieverbruik meer wordt beperkt, wordt het plan hoger gewaardeerd.

Naarmate het toe te passen materiaal het milieu minder belast, wordt het plan hoger gewaardeerd.

Voor dit onderdeel worden punten als volgt toegekend: <...>."

Ook sociale aspecten mogen in nadere criteria omgezet worden. Ze moeten echter wel een economische dimensie hebben die direct gerelateerd is aan de door de inschrijver te leveren prestatie.

Bron Zie: *Interpretatieve mededeling van de Commissie van de EG betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren*, PbEG 2001, C 333).

Voorbeeld Voor de herbestrating van een haventerrein wordt een gunningscriterium geformuleerd dat inschrijvers er mogelijk toe prikkelt een uitvoeringsplan in te dienen waaruit blijkt dat de mate van lichamelijke belasting van de in te zetten medewerkers zo beperkt mogelijk is. Hoe minder lichamelijke belasting er voor de herbestrating nodig is, des te hoger scoort de inschrijver op dit gunningscriterium.

Wat betreft het tweede vereiste dat de criteria verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht kan het volgende worden opgemerkt. De achtergrond van dit vereiste is dat de criteria het mogelijk moeten maken het prestatieniveau van iedere inschrijving te beoordelen in relatie tot de eisen in de vraagspecificatie. Ook moet met de criteria het prijs-kwaliteitsniveau worden bepaald. Een criterium – hoe economisch ook – dat op geen enkele wijze is terug te herleiden tot een in de vraagspecificatie omschreven eis, houdt geen verband met het voorwerp van de opdracht.

Voorbeeld De aanbesteder wenst bij een basisschool een zo groot mogelijke vermindering van de geluidsbelasting ten gevolge van het wegverkeer. In de vraagspecificatie is een deklaag voorgeschreven met een geluidsreductie van minimaal 3 dB(A). Als gunningscriterium geldt dat voor iedere 0.1 dB(A) aan extra geluidsreductie een fictief bedrag in mindering wordt gebracht op de inschrijvingsom. Dit is een voorbeeld van een gunningscriterium dat duidelijk is terug te herleiden tot een eis in de vraagspecificatie.

Voorbeeld In de vraagspecificatie voor het baggeren in een natuurgebied staat geen enkele eis met betrekking tot de verstoring van het ecosysteem ter plaatse. In het kader van het gunningscriterium wordt daarentegen wel een plan van aanpak verlangd waaruit blijkt hoe de inschrijver verstoring van het ecosysteem denkt te gaan voorkomen. Uit het gestelde criterium blijkt dat hoe beter het

plan van aanpak is, des te hoger de inschrijving wordt beoordeeld. Een dergelijk criterium heeft weliswaar een economische dimensie, maar mist een expliciete relatie tot een in de vraagspecificatie omschreven eis.

Hier wordt nog eens het volgende benadrukt. Bij de kwalitatieve beoordeling van een inschrijving mogen aspecten die verband houden met de geschiktheid en de ervaring van een *inschrijver* om de bouwopdracht tot een goed einde te brengen geen rol spelen. Deze aspecten mogen geen criteria zijn van het meeromvattende criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. De regel is namelijk dat een aanbestedder deze aspecten alleen mag beoordelen in het kader van de toepassing van de kwalitatieve geschiktheids-eisen en eventuele nadere selectiecriteria.

Voorbeeld Zie over deze regel par. 2. De regel is geëxpliciteerd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, laatstelijk in HvJ EG 21 januari 2008, zaak C-532/06 (*Lianakis*), r.o. 30.

Onder omstandigheden is het echter toegestaan van dit verbod af te wijken. Dat kan wanneer in de vraagspecificatie expliciet dan wel impliciet eisen zijn opgenomen over bepaalde competenties en eigenschappen waarover de personen die de bouwopdracht uitvoeren moeten beschikken. Het gaat dan om dermate belangrijk geachte competenties en eigenschappen – gegeven het voorwerp van de bouwopdracht – dat de aanbestedder ze in de eisen van de vraagspecificatie heeft beschreven als een te leveren prestatie.

Toelichting Het is vooral relevant een dergelijke prestatie in de vraagspecificatie op te nemen wanneer de aanbestedder heeft gekozen voor een variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm of de alliantie waarbij de aan te trekken marktpartij op zich heeft genomen ontwerpdiensten te verrichten, al dan niet in samenwerking met medewerkers van de aanbestedder.

Toelichting Vaak betreft het competenties en eigenschappen die samenhangen met de proceskwaliteit die de inschrijver moet leveren. Het belang van de proceskwaliteit neemt evenredig toe met de omvang, de mate van complexiteit en de looptijd van een project. Te denken valt aan aspecten zoals het omgaan met risico's, borgen van kwaliteit, beperken van overlast voor de omgeving en communiceren. Daarnaast kan ook worden gedacht aan aspecten als betrouwbaarheid, innovatief vermogen, samenwerkingsgerichtheid, competentie-management, kennis van systemen, opleiding en scholing, teambuilding-competenties, enzovoort. Dergelijke aspecten zijn met name van belang als een project niet goed omschreven is of als de vraagspecificatie een langdurige opdracht betreft. Te denken valt aan de exploitatie van een constructie gedurende de komende twintig jaar. Tijdens die lange periode kunnen omstandigheden zich wijzigen. De aanbestedder zal er om die reden belang bij hebben in zee te gaan met een inschrijver die in staat is en zich ook wil verplichten tot eventuele aanpassing aan gewijzigde omstandigheden.

Zie: CROW-publicatie 253 *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede 2007, pp. 19, 24, 80 en 81.

Het feit dat competenties in de vraagspecificatie staan beschreven als een te leveren prestatie betekent dat de inschrijver die de bouwopdracht in de wacht weet te slepen, juridisch kan worden aangesproken wanneer hij tijdens de uitvoering van de opdracht niet of onvoldoende beschikt over de vereiste competenties.

4.2.2 Aan welke vereisten moeten de criteria voldoen?

Wanneer de aanbesteder heeft bepaald welke aspecten hij tot criteria zou willen maken in het kader van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, moet hij vervolgens de inhoud daarvan formuleren. Dit kan niet vrijelijk, daaraan zijn grenzen gesteld vanuit het aanbestedingsrecht.

De inhoud van de te formuleren criteria moet in overeenstemming zijn met het beginsel van non-discriminatie en met het daaruit afgeleide transparantiebeginsel. Dit houdt concreet in dat een criterium begrijpelijk en eenduidig moet zijn geformuleerd. Daaraan is voldaan als een criterium zodanig is geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn dit op dezelfde wijze te interpreteren.

Bron Dit vereiste is ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. Zie HvJ EG 18 oktober 2001, Zaak C-19/00 (*SIAC Construction*), Jurispr. 2001, blz. I-7725, r.o. 42; HvJ EG 4 december 2003, Zaak C-448/01 (*Wienstrom*), Jurispr. 2003, blz. I-14527, r.o. 57.

Voorbeeld Voor uit te voeren sloopwerkzaamheden geldt als gunningscriterium dat voor iedere 0.1 dB(A) aan extra geluidsreductie boven de in de vraagspecificatie vermelde eis een fictief bedrag in mindering wordt gebracht op de inschrijvings-som. Er wordt in dit kader een objectieve verificatiemethode voorgeschreven waarmee de te verwachten geluidsoverlast in dB(A) kan worden gemeten. Dit is een voorbeeld van een objectief duidelijke eis.

Voorbeeld Voor het ontwerp en de aanleg van een parkeergarage heeft de aanbesteder een vraagspecificatie in de markt gezet die is uitgewerkt tot het niveau van een functioneel programma van eisen. In die vraagspecificatie staat dat er minimaal 150 personenauto's in de garage moeten kunnen parkeren. Het maatgevend ontwerpvoertuig is meegegeven. Als gunningscriterium geldt vervolgens dat naarmate er ook andere typen voertuigen gebruik kunnen maken van de parkeergarage, de inschrijving beter gewaardeerd zal worden. Onduidelijk is hier echter wat de aanbesteder voor ogen heeft bij ander typen voertuigen. Gaat het om langere, hogere of bredere voertuigen? Ook is niet duidelijk hoe de waardering zal plaats vinden. Deze eis is objectief gezien niet duidelijk.

De inhoud van een criterium behoeft overigens *niet* te voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel.

Toelichting Zie over dit beginsel hoofdstuk 3, par. 4.3.2 en hoofdstuk 7, par. 4.2.2.

Als de kring van gegadigden in sterke mate wordt beperkt door een criterium, is dat aanbestedingsrechtelijk in beginsel niet problematisch. Uiteindelijk kan er immers maar één inschrijving als beste uit de bus komen.

Voorbeeld De geluidsreductie van een asfaltverharding is afhankelijk van een (veelal) leveranciersgebonden mengsel. Wanneer de eis in de vraagspecificatie zo is geformuleerd dat er een ruime mededinging kan plaatsvinden, mag de aanbestedder via het gunningscriterium zijn voorkeur doen blijken voor een kwalitatief hoogwaardige oplossing.

Problematisch wordt het pas wanneer een sterk selecterend (gunnings)criterium is afgeleid van een eis in de vraagspecificatie waaraan slechts door een zeer beperkt aantal marktpartijen kan worden voldaan. Die eis heeft dan een ongeoorloofd mededingingsbeperkend effect en dat sluit aanbestedingsrechtelijk op bezwaren vanuit de optiek van het proportionaliteitsbeginsel.

Toelichting Zie in dit verband ook hoofdstuk 3, par. 4.3.2.

Voorbeeld Voor het boren van tunnels is de krapst mogelijke bochtstraal sterk afhankelijk van het type materieel en dus van de marktpartij die over dat materieel beschikt. Door in de vraagspecificatie en de gunningscriteria sterk te sturen op een tunnel van een bepaalde diameter en een zeer beperkte minimale bochtstraal, worden bepaalde marktpartijen sterk bevoordeeld.

4.2.3 Aan welke vereisten moeten wegingscoëfficiënten en criteria voldoen?

Het is op zichzelf niet voldoende wanneer elk afzonderlijk criterium – als onderdeel van het meeromvattende criterium van de economisch meest voordelige inschrijving – voldoet aan de juridische randvoorwaarden uit de vorige paragraaf. Het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving wordt immers gevormd door de criteria die de aanbestedder heeft vermeld in onderlinge samenhang.

Voorbeeld De aanbestedder hanteert het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Als de te hanteren criteria vermeldt hij: (i) prijs; (ii) uitvoeringstermijn; (iii) de mate van overlast voor de omgeving.

Een aanbestedder zal vooraf duidelijk moeten maken hoe die samenhang er precies uitziet. Dit doet hij door aan te geven hoe met behulp van die verschillende criteria zal worden bepaald welke inschrijver als beste uit de bus komt. Als uitvloeisel van de beginselen van non-discriminatie en transparantie is de aanbestedder verplicht om vooraf het relatieve gewicht dat hij toekent aan elk criterium te expliciteren. Dit stelt de inschrijvers in staat de wegingscoëfficiënten bij de opstelling van hun inschrijving tot uitgangspunt te nemen.

Bron Zie art. 53 lid 2, eerste alinea, Algemene Richtlijn en art. 55 lid 2, eerste alinea, Richtlijn Nutssectoren. Zie verder art. 54 lid 2 Bao en art. 56 lid 2 Bass. Zie daarnaast ook art. 2.15.2, art. 3.17.2, art. 4.17.2, art. 5.17.2 en art. 6.14.2 ARW 2005. De verplichting is in het ARW 2005 niet geëxpliciteerd voor de onderhandse procedure.

Het aanbestedingsrecht schrijft de aanbesteder niet dwingend voor welke systematiek hij moet hanteren voor het specificeren van het relatieve gewicht van elk criterium.

Toelichting De praktijk werkt met verschillende systemen, zoals hierna nog zal worden toegelicht in par. 5.2.3.

Een vereiste dat het aanbestedingsrecht wel stelt, is dat de te hanteren systematiek vooraf bekend wordt gemaakt en dat deze objectief, begrijpelijk en eenduidig is. Dit houdt in dat de systematiek alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat moet stellen de werking ervan op dezelfde wijze te interpreteren.

Toelichting In feite gaat het hier om hetzelfde vereiste als waaraan de afzonderlijke criteria moeten voldoen die deel uitmaken van het meeromvattende gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, zie par. 4.2.2.

Voorbeeld In de vraagspecificatie formuleert de aanbesteder het niveau van de bereikbaarheid van een winkelstraat gedurende de uitvoering van een rioleringsproject. De duur van de beperkte bereikbaarheid wordt tot een gunningscriterium gemaakt. In de vraagspecificatie is de duur van de beperkte bereikbaarheid gemaximeerd tot twaalf weken. Als gunningscriterium geldt dat voor iedere week kortere beperking van bereikbaarheid 2 punten worden toegekend. Het aantal punten wordt vermenigvuldigd met een factor 0,005. Het product wordt in het kader van de gunningsbeslissing fictief in mindering gebracht op de inschrijvingssom.

Een inschrijvingssom van € 300.000,- met drie weken kortere beperking van de bereikbaarheid levert een fictieve korting op van $0,005 \text{ (factor)} \times 2 \text{ (punten/week)} \times 3 \text{ (aantal weken)} \times € 300.000,- \text{ (aannemingssom)} = € 9.000,-$.

Zonder wegingcoëfficiënt is niet duidelijk hoe de verschillende criteria ten opzichte van elkaar worden gewogen. In de praktijk wordt vaak wel het maximaal aantal toe te kennen punten per criterium aangegeven, maar is onduidelijk hoe de waardering zal plaatsvinden.

Wanneer de aanbesteder vooraf niet in staat is de wegingscoëfficiënten te specificeren, mag hij volstaan met het aangeven van de criteria in dalende volgorde van belangrijkheid. Dit is een uitzondering op de hoofdregel.

Bron Zie art. 53 lid 2, derde alinea, Algemene Richtlijn en art. 55 lid 2, tweede alinea, Richtlijn Nutssectoren. Zie voorts art. 54 lid 3 Bao en art. 56 lid 3 Bass. Zie daarnaast ook art. 2.15.2, art. 3.17.2, art. 4.17.2, art. 5.17.2 en art. 6.14.2 ARW 2005. De bevoegdheid is in het ARW 2005 niet geregeld voor de onderhandse procedure.

Een aanbestedder kan zich alleen met succes op deze uitzondering beroepen in behoorlijk gemotiveerde gevallen waarin er een objectieve rechtvaardiging tot afwijking van de hoofdregel is. Hij zal bovendien de redenen die in de weg staan aan het expliciteren van een systematiek van wegingscoëfficiënten moeten kunnen toelichten.

Toelichting Met name de complexiteit van een project kan een gerechtvaardigde reden vormen tot afwijken van de hoofdregel. Dit geldt zeker bij een innovatief of creatief karakter van het te realiseren bouwproject. De aanbestedder kan vooraf dan niet volledig overzien wat voor soort inschrijvingen hij zal ontvangen. Of hij kan niet overzien in welke mate de inschrijvingen in het licht van de afzonderlijke criteria van elkaar zullen verschillen en zo ja, op welke relevant te achten punten (zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 426).

Voorbeeld Een aan te leggen brug is door de politiek aangeduid als landmark. De unieke vormgeving van de brug moet bijdragen aan de herkenbaarheid van de stad. De vraagspecificatie moet de markt de ruimte bieden tot veel eigen inbreng in het ontwerp. Naast architectuur zijn ook levenscycluskosten en beschikbaarheid belangrijke aspecten. Hoe deze ten opzichte van elkaar zullen wegen, is vooraf niet aan te geven. De opdrachtgever heeft namelijk geen idee met welke oplossingsrichtingen de inschrijvers zullen komen. In dit geval zijn een behoorlijke toelichting voorafgaand aan de aanbesteding, een ruime mogelijkheid tot individuele informatie-uitwisseling en een zorgvuldige onderbouwing van de gunningsbeslissing dan erg belangrijk.

In zulke uitzonderingsgevallen kan de aanbestedder volstaan met het in meer algemene termen omschrijven van de criteria. Deze laten dan de ruimte om met name de kwalitatieve aspecten van de ontvangen inschrijvingen adequaat met elkaar te vergelijken.

Bron Zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 426.

Als de aanbestedder binnen het kader van een bepaald criterium gebruikmaakt van zogenoemde *subcriteria* gelden daarvoor ook de juridische randvoorwaarden met betrekking tot de inhoud en de specificatie van hun relatieve gewicht.

Toelichting Deze nadere regel is tot ontwikkeling gekomen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. Zie HvJ EG 21 januari 2008, zaak C-532/06 (*Lianakis*), r.o. 33 e.v.

Voorbeeld Voor het criterium onderhoudbaarheid van een leidingstelsel is maximaal 15% fictieve korting op de inschrijvingssom te verkrijgen. Hierbij zijn verschillende subcriteria vermeld: de onderhoudbaarheid van de pompen en de onderhoudbaarheid van de leidingen. Bij deze subcriteria is geen nadere waardering en weging aangegeven. Potentiële inschrijvers moeten bij de voorbereiding van hun inschrijving echter inzicht hebben in de invloed van deze subcriteria op de totale beoordeling van de inschrijvingen.

Daarmee is overigens niet gezegd dat een aanbesteder in alle gevallen ook verplicht is gebruik te maken van subcriteria. Een aanbesteder is wel verplicht tot verdere detaillering van een criterium in subcriteria wanneer met dit criterium een groot deel van de score is te behalen en verwacht mag worden dat bij de toepassing van een dergelijk belangrijk criterium op een aantal subcriteria zal worden teruggevallen.

Bron Zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 431.

Voorbeeld Wanneer de architectonische kwaliteit – naast de prijs – voor 50% van invloed is op de gunningsbeslissing moet de aanbesteder een aantal subcriteria hanteren in het licht van de beoordeling van de architectonische kwaliteit van de inschrijvingen. Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan subcriteria als originaliteit, contrast of samenhang met de omgeving, bouwstijl, enzovoort. De aanbesteder moet deze aspecten geobjectiveerd benoemen en ook hun relatieve gewicht binnen het meeromvattende criterium van de architectonische kwaliteit.

4.3 Bekendmaken van het gunningscriterium

In paragraaf 4.2 is met name ingegaan op de vraag aan welke eisen de inhoud van het gunningscriterium moet voldoen. Naast deze inhoudelijke eisen worden er ook juridische randvoorwaarden gesteld aan de *bekendmaking* van het gunningscriterium.

Zo is de aanbesteder verplicht iedere inschrijver een passende mate van bekendmaking te garanderen. Dit vereiste is op verschillende manieren in de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving geoperationaliseerd, afhankelijk van het type aanbestedingsprocedure dat de aanbesteder hanteert en de van toepassing zijnde regels.

In de eerste plaats zal de aanbesteder tijdig – veelal in de aankondiging – moeten bekendmaken of hij voornemens is het laagste prijscriterium dan wel het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving te gaan hanteren.

Toelichting De aanbesteder vermeldt in de aankondiging van de aanbestedingsprocedure of hij het criterium van de laagste prijs dan wel het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving zal hanteren. Zie in dit verband Bijlage VIIa bij de Algemene Richtlijn en Bijlage XIII bij de Richtlijn Nutssectoren. Zie verder art. 2.15.1, art. 3.17.1 en art. 5.17.1 ARW 2005. Ingeval van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en de onderhandse procedure vermeldt hij dat in de uitnodiging tot inschrijving, zie art. 6.14.1 en art. 7.7.1 ARW 2005.

Wanneer de aanbesteder zich niet houdt aan deze verplichting, wordt hij geacht te hebben gekozen voor het laagste prijscriterium.

Toelichting Met uitzondering van de concurrentiegerichtte dialoog, waar dan het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving geacht wordt te gelden. Zie hiervoor ook par. 4.1.

In het verlengde van deze verplichting ligt het vereiste dat de te hanteren systematiek van wegingscoëfficiënten tijdig bekend moet worden gemaakt, althans wanneer is gekozen voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving.

Toelichting Als de aanbesteder heeft aangegeven te kiezen voor het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving, moet hij voor wat betreft de bekendmaking van de nadere criteria en de wegingscoëfficiënten op grond van art. 53 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 54 lid 1 Bao een keuze maken uit de aankondiging dan wel de vraagspecificatie. Op grond van art. 55 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 56 lid 2 Bass doet hij dat hetzij in de aankondiging, hetzij in de vraagspecificatie, hetzij in de uitnodiging tot inschrijving of de uitnodiging tot onderhandeling. Het ARW 2005 wijkt daar op onderdelen van af. Bij de openbare procedure heeft de aanbesteder wat betreft de wegingscoëfficiënten de keuze uit bekendmaking via de aankondiging dan wel de vraagspecificatie, zie art. 2.15.2 ARW 2005. Bij de niet-openbare procedure en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking doet hij dat in de aankondiging, in de vraagspecificatie of in de uitnodiging tot inschrijving, zie art. 3.17.2 en art. 5.17.2 ARW 2005. Die laatste keuzemogelijkheden heeft hij ook bij de concurrentiegerichte dialoog, met dien verstande dat het laatst mogelijke moment van bekendmaking dan de uitnodiging tot deelname aan de dialoogronde is, zie art. 4.17.2 ARW 2005. Bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking vindt de bekendmaking plaats via de vraagspecificatie of de uitnodiging tot inschrijving, zie art. 6.14.2 ARW 2005.

Het is niet toegestaan de wegingscoëfficiënten tijdens de aanbestedingsprocedure geheim te houden voor de inschrijvers die aan de procedure deelnemen. Ook niet wanneer de aanbesteder waarborgen heeft ingebouwd met het doel te voorkomen dat die wegingscoëfficiënten tussentijds ongemerkt worden aangepast. Dat zou ook niet in het belang zijn van de aanbesteder die immers zijn prioriteiten graag in de inschrijvingen terugziet.

Voorbeeld Het vooraf deponeren van de wegingsfactoren bij een notaris ontslaat de aanbesteder bijvoorbeeld niet van zijn verplichtingen om de wegingscoëfficiënten in ieder geval in de aankondiging van de aanbestedingsprocedure dan wel in de vraagspecificatie kenbaar te maken.

4.4 Wijzigen van een bekendgemaakt gunningscriterium

Soms zal een aanbesteder op grond van voortschrijdend inzicht de behoefte hebben een bekendgemaakt gunningscriterium aan te passen.

Voorbeeld Een aanbesteder ontvangt een inschrijving die weliswaar voldoet aan de eisen van de vraagspecificatie, maar die in het licht van het gestelde gunningscriterium niet als beste uit de bus komt. De aanbesteder stelt voor zichzelf echter vast dat de betreffende inschrijving meer waarde genereert dan de inschrijving die volgens het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus komt. Toch kan het criterium dan niet meer gewijzigd worden.

Die behoefte tot wijziging kan op verschillende aspecten van het gunningscriterium betrekking hebben. Mogelijk wil de aanbesteder de aard van het gunningscriterium zelf wijzigen. Als hij gekozen heeft voor het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving wil hij misschien de aard en de inhoud van de door hem gekozen criteria wijzigen. Ook is denkbaar dat hij tot een wijziging van de systematiek van wegingscoëfficiënten wenst te komen. De vraag is dan of dergelijke wijzigingen aanbestedingsrechtelijk zijn toegestaan en – zo ja – onder welke voorwaarden. Het antwoord is dat zoveel mogelijk aangesloten moet worden op de regels die betrekking hebben op de bekendmaking uit de vorige paragraaf.

Zo lang bepaalde informatie volgens de bekendmakingsregels nog niet bekend hoeft te zijn bij marktpartijen, gegadigden of inschrijvers, is er geen reden om informatie die (onverplicht) al bekend is gemaakt, te wijzigen voorafgaande aan het moment waarop die informatie bekend moet zijn gemaakt.

Dit uitgangspunt heeft als eerste consequentie dat wanneer de aanbesteder eenmaal heeft bekendgemaakt wat het gunningscriterium is, hij daar niet meer op kan terugkomen.

Toelichting Zoals is toegelicht in par. 4.3 moet de aanbesteder deze informatie vermelden in de aankondiging van de aanbestedingsprocedure (voor de meeste aanbestedingsprocedures) dan wel in de uitnodiging tot inschrijving of onderhandeling (ingeval van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en de onderhandse procedure). Voor de concurrentiegerichtede dialoog is het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving dwingend voorgeschreven.

Aan het einde van deze paragraaf wordt nog kort toegelicht of en in hoeverre een heraanbesteding van de bouwopdracht tot de mogelijkheden behoort om de geschetste consequentie te ondervangen.

Kiest de aanbesteder voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, dan is het niet verboden de nadere criteria en de wegingscoëfficiënten in de *vraagspecificatie* te wijzigen ten opzichte van de inhoud die is bekendgemaakt in de *aankondiging* van de aanbestedingsprocedure. Dit vloeit logischerwijze voort uit het feit dat een aanbesteder die inhoud ook had mogen bekendmaken gelijktijdig met de vraagspecificatie.

Voorbeeld In de aankondiging van een niet-openbare procedure staat vermeld dat het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving zal worden gehanteerd, waarbij de planning, de garantie en de omgevingshinder als te hanteren criteria zullen gelden. Bij het verstrekken van de vraagspecificatie en de inschrijvingsleidraad is het de aanbesteder toegestaan het criterium garantie te laten vervallen en hierover een eis op te nemen in de vraagspecificatie.

Soms staan de regels toe dat de nadere criteria ter bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving en de daarmee verband houdende wegingscoëfficiënten pas bekend hoeven te worden gemaakt in de uitnodiging tot inschrijving of – bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking – in de uitnodiging tot deelname aan onderhandelingen.

Toelichting Zie in dit verband par. 4.3.

De consequentie hiervan is dan dat het niet is verboden de nadere criteria en de wegingscoëfficiënten in een dergelijke *uitnodiging* te wijzigen ten opzichte van de inhoud van hetgeen is bekendgemaakt in de *aankondiging* van de aanbestedingsprocedure of in de *vraagspecificatie*.

Toelichting Dit betekent dus ingeval van de openbare procedure dat de nadere criteria en de wegingscoëfficiënten niet meer kunnen worden gewijzigd wanneer de vraagspecificatie eenmaal is bekendgemaakt, zie par. 4.3. Dat zou ook bezwaarlijk zijn omdat de aanbesteder bij die procedure geen inzicht heeft in het antwoord op de vraag welke marktpartijen eventueel een inschrijving aan het voorbereiden zijn en het risico dus aanwezig is dat hij die marktpartijen niet allemaal kan informeren over de wijziging.

Informeren kan – en moet – hij juist weer wel doen bij de meeste andere (niet-openbare) aanbestedingsprocedures. Dat is ook de reden waarom het bij die procedures niet bezwaarlijk is dat een wijziging nog wordt doorgevoerd op het moment dat de gegadigden worden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving: de wijziging van de nadere criteria en/of de wegingscoëfficiënten bereikt hen namelijk allemaal.

Een uitzondering geldt voor de concurrentiegerichte dialoog. Bij die procedure is het immers zo dat de aanbesteder reeds inzicht kan krijgen in de door gegadigden aangedragen oplossingsrichtingen tijdens de zogenoemde dialoogronde die voorafgaat aan de uitnodiging tot inschrijving. Dit betekent dat een eventuele wijziging op zijn laatst kan plaatsvinden op het moment dat de uitnodiging tot deelname aan de dialoogronde uitgaat. Zie hierna ook par. 4.5.2.

Op grond van het beginsel van non-discriminatie en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel is het de aanbesteder echter niet meer toegestaan de nadere criteria of de wegingscoëfficiënten nog te wijzigen nadat hij de inschrijvingen heeft ontvangen.

Voorbeeld Uit de inschrijvingen blijkt dat de inschrijvers op een bepaald criterium nauwelijks hebben gescoord. Op een ander criterium wordt daarentegen door bijna alle inschrijvers maximaal gescoord. De aanbesteder wil de wegingssystematiek aanpassen waardoor er kwalitatief grotere verschillen ontstaan tussen de inschrijvingen. Wanneer het wijzigen van criteria, de waardering of de weging na ontvangst van de inschrijvingen zou zijn toegestaan, zou de aanbesteder op basis van de ontvangen inschrijvingen de gunningsmethodiek zodanig kunnen aanpassen dat daarmee op ongeoorloofde wijze invloed wordt uitgeoefend op de volgorde van de inschrijvingen.

De consequentie hiervan is dat een aanbesteder die toch tot een dergelijke wijziging zou willen overgaan na ontvangst van de inschrijvingen dat alleen kan doen door de lopende aanbestedingsprocedure te annuleren en tot een heraanbesteding over te gaan.

Toelichting Daarbij zal de aanbesteder zich dan overigens moeten realiseren dat het heraanbesteden van dezelfde bouwopdracht na annulering van een voorafgaande aanbestedingsprocedure juridisch in beginsel niet is toegestaan. Zie in dit verband hoofdstuk 9, par. 4.2.9 en par. 4.3.5. Dit is wel toegestaan als in het verlengde van een wijziging van het gunningscriterium ook de eisen van de vraagspecificatie wezenlijk worden gewijzigd.

Annuleren van de aanbestedingsprocedure en overgaan tot heraanbesteding moet ook als de aanbesteder wil overstappen op een ander gunningscriterium dan in de aankondiging van de aanbestedingsprocedure is bekendgemaakt.

4.5 Toepassen van het gunningscriterium

4.5.1 Hoofregel: na de inschrijvingstermijn

Voor alle aanbestedingsprocedures geldt dat de aanbesteder de inschrijvingen moet beoordelen in het licht van het gestelde gunningscriterium.

Toelichting Dat geldt uiteindelijk ook voor de inschrijvingen die worden ingediend in het kader van de concurrentiegerichtte dialoog. De bijzonderheid is echter dat door gegadigden bedachte oplossingsrichtingen in die procedure kunnen afvallen door de toepassing van het gunningscriterium, nog voordat de inschrijvers een inschrijving hebben ingediend. Zie daarover nader par. 4.5.2.

De vraag is dan welke juridische randvoorwaarden de aanbesteder in het kader van die beoordeling in acht moet nemen.

In de eerste plaats is het zo dat alleen die inschrijvingen voor een beoordeling in het licht van het gunningscriterium in aanmerking komen die als geldig kunnen worden bestempeld en die zijn ingediend door inschrijvers die zich hebben gekwalificeerd.

Toelichting Een inschrijver komt niet voor gunning in aanmerking wanneer zijn inschrijving op een of meer onderdelen afwijkt van de eisen van de vraagspecificatie. In dat geval moet de inschrijving als ongeldig worden aangemerkt. Zie in dit verband ook art. 2.25, art. 3.27, art. 4.26, art. 5.26, art. 6.23, art. 7.17, art. 9.5 en art. 10.5 ARW 2005.

Bij de meeste aanbestedingsprocedures zal tijdens een eerder stadium van de procedure reeds zijn vastgesteld welke gegadigden wel en niet tot inschrijving kunnen worden uitgenodigd. Bij de openbare procedure ligt dat anders en zal bij de beoordeling van een inschrijving ook moeten worden beoordeeld of de inschrijver moet worden uitgesloten op grond van een uitsluitingsgrond of het niet voldoen aan een kwalitatieve geschiktheidseis. Als die vragen bevestigend beantwoord worden, komt de inschrijver niet voor gunning in aanmerking.

Ten tweede geldt dat bij de beoordeling enkel en alleen het vooraf bekendgemaakte gunningscriterium mag worden toegepast en geen ander.

Toelichting Zie in dit verband ook par. 4.4.

In de derde plaats is het zo dat de aanbesteder in het kader van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving een aantal nadere criteria heeft gesteld en dat hij daadwerkelijk zal hebben te beoordelen of en in hoeverre de inschrijvingen aan die nadere criteria voldoen.

Voorbeeld Het beoordelen van de inschrijvingen vergt dikwijls veel tijd. De neiging kan dan ontstaan om bijvoorbeeld plannen van aanpak niet of minder zorgvuldig te beoordelen, zeker wanneer de aanbesteder het gevoel heeft dat een te beoordelen inschrijving toch niet de economisch meest voordeligste zal zijn. Ook door tijdsdruk kan de beoordeling onder druk komen te staan.

In de vierde plaats is de aanbesteder verplicht bij alle inschrijvers het gunningscriterium op objectieve en uniforme wijze toe te passen. Deze verplichting houdt concreet in dat de aanbesteder met behulp van een zo objectief mogelijke meetmethode moet nagaan of en in hoeverre de inschrijvingen voldoen aan het gestelde gunningscriterium.

De praktische relevantie van deze verplichting speelt natuurlijk met name in die gevallen waarin het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving wordt gehanteerd en waarbij de aanbesteder vooraf op basis van een aantal voor hem belangrijke waardeaspecten nadere criteria heeft geformuleerd.

Toelichting Zie par. 4.2.1 over deze aspecten.

Veel van deze aspecten zullen in economische termen in nadere criteria zijn vertaald en over het algemeen ook goed (objectief) meetbaar zijn.

Voorbeeld Naast het aspect initiële prijs (stichtingskosten) kan in dit verband bijvoorbeeld worden gedacht aan het aspect totale levensduurkosten (zie: CROW-publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede 2007, p. 21).

Maar er zijn ook aspecten die – hoewel vertaald in objectieve en eenduidig geformuleerde criteria – niet altijd gemakkelijk objectief te meten zijn. Dat zijn aspecten waarbij de beoordeling tevens afhankelijk is van de subjectieve mening van degene die de beoordeling uitvoert.

Voorbeeld Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan criteria die zijn afgeleid van de volgende voor de aanbesteder relevante waardeaspecten: vertrouwen, esthetica, toekomstwaarde, belevingswaarde en architectonische waarde (zie: CROW-publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede 2007, p. 15).

Om in zulke gevallen toch te voldoen aan de juridische objectiveringsverplichting en de beoordeling op basis van de criteria zoveel mogelijk geobjectiveerd te laten plaatsvinden, doet de aanbesteder er verstandig aan die beoordeling niet door één beoordelaar maar bij

voorbeeld door een team van ten minste drie beoordelaars te laten verrichten. Vooropgesteld dat is voldaan aan de in paragraaf 4.2.2 behandelde juridische randvoorwaarden voor wat betreft de *inhoud* van dergelijke criteria en de overige in deze paragraaf omschreven voorwaarden, is een dergelijke wijze van beoordelen juridisch toelaatbaar.

Bron Zie: CROW Publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede 2007, p. 11 en p.21.

4.5.2 Bijzonderheid: concurrentiegericht dialogoog

Ook wanneer inschrijvingen worden ingediend in het kader van een concurrentiegericht dialogoog zal de aanbesteder de juridische randvoorwaarden uit de vorige paragraaf in acht moeten nemen. In dat geval doet zich overigens een bijzonderheid voor. Het gunningscriterium speelt dan namelijk al een rol in de zogenoemde dialoogronde die voorafgaat aan het moment waarop gegadigden tot inschrijving worden uitgenodigd.

Toelichting De concurrentiegericht dialogoog staat kort beschreven in hoofdstuk 5, par. 4.3. Nadat is vastgesteld welke gegadigden kwalitatief geschikt zijn, worden deze gegadigden vervolgens uitgenodigd tot deelname aan een bilaterale dialoog met de aanbesteder. Het doel van deze bilaterale dialoogronde is dat de aanbesteder probeert na te gaan welke van de oplossingen die bij de gegadigden voorhanden zijn het meest geschikt zouden zijn om in zijn behoeften te voorzien. Dit gegeven het feit dat de aanbesteder objectief gezien niet in staat is zijn vraagspecificatie en/of de juridische en/of de financiële voorwaarden van het project te omschrijven. Daarbij kunnen dan alle aspecten van de aanbestede bouwopdracht aan de orde komen. Het verstrekken van (discriminerende) informatie aan één of meer gegadigden boven andere gegadigden is echter niet toegestaan.

De aanbesteder kan tijdens een dialoogronde de gegadigden vragen hun oplossingen nader uit te werken. Hij kan vervolgens – nog tijdens het verloop van de dialoogronde en op basis van het bekendgemaakte gunningscriterium – sommige uitgewerkte oplossingen van de inschrijvers laten afvallen.

Bron Zie art. 29 lid 4 Algemene Richtlijn, art. 29 lid 7 Bao en art. 4.1.5 ARW 2005. Vereist is dan wel dat de aanbesteder in de aankondiging van de procedure aangeeft dat hij van de mogelijkheid tot het laten afvallen van oplossingen gebruik wenst te maken.

Ook het beoordelen van de uitgewerkte oplossingen op basis van het gunningscriterium moet voldoen aan de voorwaarden uit paragraaf 4.5.

Bijzondere aandacht verdient in dit kader nog het verbod om het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving 'anders' toe te passen op de uiteindelijk ontvangen inschrijvingen dan op de oplossingen die tijdens de dialoogronde door gegadigden zijn ingediend.

Voorbeeld Tijdens de dialoogronde is het denkbaar dat de vooraf bepaalde prijs-kwaliteit-verhouding minder wenselijke inschrijvingen stimuleert. Wanneer bijvoorbeeld de uitvoeringstijd als gunningscriterium is benoemd, kan een sterke stimulering van de bekorting daarvan leiden tot ongewenste consequenties voor de onderhoudsgevoeligheid van de aangeboden oplossingsrichting. In zo'n geval heeft de aanbesteder de behoefte om aanpassingen aan te brengen in de gunningscriteria, de waardering of de weging, om sturing te geven aan het inschrijvingsresultaat.

Een dergelijke handelwijze komt immers neer op een ontoelaatbare wijziging van het bekendgemaakte gunningscriterium. Dit moet immers – ingeval van de concurrentie-gerichte dialoog – op zijn laatst vaststaan wanneer de aanbesteder de gegadigden uitnodigt tot deelname aan de dialoogronde.

Toelichting Zie in dit verband ook par. 4.4.

5 Doelmatig gunnen

5.1 Laagste prijs of economisch meest voordelige inschrijving?

In paragraaf 4.1 is toegelicht dat de aanbesteder de vrijheid heeft om te bepalen van welk gunningscriterium hij gebruik zal maken: het criterium van de laagste prijs of het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving.

Toelichting Alleen ingeval van de concurrentiegerichte dialoog of wanneer varianten zijn toegestaan, ligt het gunningscriterium op voorhand reeds vast: dan moet het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving worden gebruikt.

Gegeven de vrijheid rijst vervolgens de vraag welk gunningscriterium een aanbesteder in het concrete geval het beste kan kiezen.

In de bouwpraktijk groeit het besef dat het om redenen van doelmatigheid verstandig is te kiezen voor het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Dit wordt ondersteund door onderzoek en praktijkervaringen. Er moet alleen voor het laagste prijs-criterium worden gekozen als daar goede redenen voor zijn aan te voeren.

Bron Zie: CROW-publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede 2007.

Wanneer een aanbesteder wenst te gunnen op alleen de (laagste) prijs, zal hij er rekening mee moeten houden dat hij vanuit de markt weliswaar de kwaliteit krijgt aangeboden waar hij in zijn vraagspecificatie om heeft gevraagd, maar ook niet meer dan dat. Het laagste prijs-criterium is immers eendimensionaal en prikkelt de marktpartijen hoofdzakelijk tot het aanbieden van de gevraagde minimumkwaliteit tegen een zo laag mogelijk prijs.

Toelichting Een aanbesteder zal er dan rekening mee moeten houden dat de inschrijver die als beste uit de bus komt op basis van het laagste prijs criterium, na gunning van de bouwopdracht de vraagspecificatie 'minimaal' zal uitvoeren: wat niet in die vraagspecificatie staat, wordt niet geleverd.

Marktpartijen zullen zich in dat geval alleen richten op kostenoptimalisatie omdat zij onvoldoende prikkels ontvangen tot het aanbieden van meerwaarde in de vorm van innovatieve en kwalitatief hoogwaardige oplossingen. Die prikkels ontvangen zij wel als de aanbesteder het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving hanteert. Dat gunningscriterium behelst in feite een multidimensionaal criterium bestaande uit een aantal criteria, waarvan het criterium van de laagste prijs er één kan zijn naast vele andere kwaliteitsgerelateerde criteria.

Voorbeeld Een aanbesteder wil op het binnenplein van het gemeentehuis drie grote eikenbomen van 35 tot 40 jaar oud planten. De aanbesteder stelt eisen aan de vormgeving van de bomen, maar dat is lastig in een vraagspecificatie te verwoorden. De aanbesteder kiest ervoor om de vormgeving van de bomen als gunningscriterium te benoemen. De inschrijvers mogen per inschrijving twaalf foto's van eikenbomen indienen op basis waarvan de groenarchitect, een wethouder en een groenmedewerker de mooiste exemplaren kunnen kiezen en waarden. Inschrijvers zullen op deze manier hun uiterste best doen om bomen te leveren die aan de wensen van de opdrachtgever voldoen.

Met name bij de aanbesteding van bouwopdrachten op basis van de traditionele bouworganisatievorm delen aanbesteders nog te weinig prikkels tot het leveren van meerwaarde uit. Meestal wordt namelijk het indienen van varianten uitgesloten.

Toelichting De uitsluiting van de mogelijkheid tot het indienen van varianten behelst impliciet een keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs. Zie par. 4.1.

Aanbesteders sluiten veelal varianten uit omdat zij zich onzeker voelen over het hanteren van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving en over de daarmee in verband staande vermelding van beoordelingscriteria. Die onzekerheid kan echter in belangrijke mate worden weggenomen door gebruik te maken van een systematiek waarbij de aanbesteder in beginsel het gunningscriterium van de laagste prijs hanteert. De waarde van een variant ten opzichte van de voorgeschreven oplossing wordt echter inzichtelijk gemaakt met behulp van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving.

Toelichting Die systematiek komt in de kern op het volgende neer. De basis voor de inschrijvingen wordt gevormd door de eisen in de vraagspecificatie. Daarmee heeft de aanbesteder als het ware de 'bestekoplossing' voorgeschreven. De aanbesteder vermeldt echter over een aantal voor hem belangrijke eisen wat zijn 'echte' wensen zijn, maar die hij om hem moverende redenen niet in de eistelling heeft verwerkt. Net zoals voor de eisen geldt, zullen ook de wensen objectief en eenduidig moeten zijn omschreven. Zie in dit verband hetgeen daarover is opgemerkt in hoofdstuk 3, par. 4.3.3. De aanbesteder geeft vervolgens aan dat, daar waar hij wensen heeft gespecificeerd, de inschrijvers

variantoplossingen kunnen voorstellen ter vervanging van de oplossingen die door middel van de eisen zijn voorgeschreven. Een inschrijver is dus niet verplicht met variantoplossingen te komen: voldoende is dat zijn inschrijving beantwoordt aan de (minimum)eisen van de vraagspecificatie.

Voor zover de inschrijvingen moeten voldoen aan de eisen in de vraagspecificatie, kunnen zij met elkaar worden vergeleken met behulp van het criterium van de laagste prijs. Voor een onderdeel van de vraagspecificatie waarvan een variant mag worden ingediend – een wens – geeft de raming van het bedrag dat met de uitvoering van de variantoplossing is gemoeid vervolgens als het ware de wegingsfactor van die wens weer ten opzichte van de raming die samenhangt met de ‘normale’ vervulling van de voorgeschreven eisen. Een aanbesteder kan zelfs overwegen om aan ‘betere’ oplossingen een grotere waarde toe te kennen dan hij met de door hemzelf in de vraagspecificatie voorgeschreven oplossing hoopt te creëren. Hiertoe hanteert hij dan een hoger bedrag voor het vervullen van de betreffende wens. Dit heeft als bijkomend effect dat inschrijvers worden gestimuleerd om varianten aan te bieden met een grotere waarde dan die welke door zijn eigen oplossing wordt vertegenwoordigd.

Bij de beoordeling van de waarde van de variantoplossingen ten opzichte van de voorgeschreven oplossing moet met nadere beoordelingscriteria worden gewerkt. Deze vormen dan onderdeel van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving. De beoordelingscriteria zijn dan gebaseerd op de criteria die de aanbesteder heeft gebruikt bij het objectief en eenduidig omschrijven van zijn wensen. Ook de beoordelingscriteria moeten voldoen aan de juridische randvoorwaarden die zijn behandeld in par. 4.2 t/m 4.5.

De belangrijkste aanbeveling die op basis van het voorafgaande kan worden gegeven is dat een aanbesteder alleen dan zou moeten kiezen voor het laagste prijs criterium wanneer hij geen of weinig belang hecht aan productaspecten en procesaspecten.

Toelichting Bij productaspecten kan worden gedacht aan kwaliteit, functionaliteit en duurzaamheid. Bij procesaspecten aan proceskwaliteit, het aspect tijd en risicomanagement.

Dat brengt de aanbesteder dan over het algemeen tot uitdrukking door in zijn vraagspecificatie geen of nauwelijks ruimte aan de markt te laten voor het aanbieden van eigen (innovatieve) oplossingen ten aanzien van de te leveren product- en proceskwaliteit. De aanbesteder heeft de te leveren productkwaliteit en eventueel ook de proceskwaliteit zelf dan in belangrijke mate tot in detail voorgeschreven. Of dat een verstandige keuze is geweest, is een vraag die kan worden beantwoord met inachtneming van hetgeen daarover is opgemerkt in andere hoofdstukken.

Toelichting Zie met name de hoofdstukken 2, 3 en 4.

Op deze plaats kan enkel worden opgemerkt dat wanneer de aanbesteder inderdaad dergelijke keuzes heeft gemaakt, het vervolgens consistent zou zijn dat hij kiest voor het laagste prijs criterium.

Voorbeeld Bij een RAW- of STABU-bestek is er nauwelijks of geen sprake van oplossingsvrijheid op technisch gebied. Doordat er technisch gezien geen kwalitatief verschillende inschrijvingen te verwachten zijn, is het niet voor de hand liggend om op deze onderdelen gunningscriteria te formuleren. Echter, wanneer er in de uitvoeringsmethode of werkwijze wel grote verschillen te verwachten zijn, kunnen kwalitatieve gunningscriteria gebruikt worden om een veiligere of snellere uitvoeringswijze te stimuleren. Ook de overlast voor de omgeving kan bij een traditioneel bestek als kwalitatief gunningscriterium worden gebruikt.

Beslissingen die een aanbesteder neemt over de bouworganisatievorm en de daarmee samenhangende vraagspecificatie en contractvorm en het gunningscriterium hangen dus zeer nauw met elkaar samen, zie ook paragraaf 3. Het is belangrijk om in te zien dat deze beslissingen dus niet in volgorde moeten worden genomen, maar beschouwd in samenhang met elkaar. Hierbij is het tevens belangrijk om te realiseren dat de aspecten uit hoofdstuk 2 die de keuze voor een bepaalde bouworganisatievorm indiceren – en de daarmee logisch samenhangende wijze van vraagspecificeren en de contractvorm – in feite dezelfde aspecten zijn die een rol spelen bij de keuze van het te hanteren gunningscriterium.

Toelichting Het is tevens belangrijk om in te zien dat met de keuze voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving de vraag kan spelen of een met die keuze consistente bouworganisatievorm en vraagspecificatie wel verstandig is. Dit heeft dan bijvoorbeeld te maken met de planning van het aanbestedingsproces, gelet op de tijd die nodig is om het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving te kunnen toepassen op de ontvangen inschrijvingen. Het kan ook te maken hebben met de benodigde expertise voor de aansturing van dat proces en voor de inhoudelijke beoordeling van de inschrijvingen. Ook moet de aanbesteder rekening houden met het kostenaspect dat kleeft aan het op basis van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving beoordelen van de inschrijvingen (zie: CROW-publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede 2007, p. 31).

Tot slot nog het volgende richtsnoer. Onderzoek heeft uitgewezen dat het effect van het criterium kwaliteit op de gunningsbeslissing goed tot zijn recht komt als dit voor ten minste 40% wordt meegewogen in de uiteindelijke beoordeling.

Bron Zie: CROW-publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede 2007, p. 11.

5.2 Economisch meest voordelige inschrijving

5.2.1 Welke aspecten tot criteria maken?

Wanneer een aanbesteder er voor kiest gebruik te maken van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, dan moet hij ook de nadere criteria vaststellen aan de hand waarvan hij gaat beoordelen of een inschrijving als economisch meest voordelig kan worden beschouwd. De vraag rijst dan welke aspecten hij het beste zou kunnen kiezen, gegeven de juridische randvoorwaarden in paragraaf 4.2.1.

Het aanbestedingsrecht bevat op dit punt geen dwingende voorschriften. De aanbesteder is dus vrij om bepaalde aspecten tot criteria te maken. Onderzoek heeft uitgewezen dat er een aantal aspecten zijn waaraan aanbesteders in de praktijk in ieder geval belangrijke waarde toekennen. Deze aspecten zijn ondergebracht onder een aantal hoofdaspecten.

Hoofdaspect	Waardeaspect
Productkwaliteit	• Functionaliteit en flexibiliteit • Duurzaamheid • Esthetica en belevingswaarde • Beschikbaarheid
Proceskwaliteit	• Tijd • Risicomanagement en -verdeling • Kwaliteitsborging • Omgeving, overlast, communicatie
Aanbieder	• Ervaring verleden • Competenties (kennis, vaardigheden) • Kwaliteit team
Economie	• (Aanschaf)prijs • Levensduurkosten

Bron Zie: CROW-publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede 2007, p. 25.

Deze indeling in hoofd- en waardeaspecten betreft overigens een voorlopige stand van zaken.

Bron “Overigens is er in methodische zin van alles af te dingen op bovenstaande uitkomsten. De waardeaspecten in het voorgaande zijn geordend naar vier hoofdcategorieën. Deze indeling is discutabel. Zo is het mogelijk dat er overlap plaatsvindt tussen de afzonderlijk gedefinieerde waardeaspecten. Zo heeft flexibiliteit ook wel degelijk invloed op duurzaamheid en milieu. Het gaat dus om een keuze: in de komende tijd zal blijken of de indeling de goede is en voor welke sub-sectoren dat zo is. Definities zijn daarbij niet gegeven. Het is mogelijk dat verschillende mensen verschillende waardeaspecten bedoelen.”

Uit: CROW-publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede 2007, p. 26.

In aanvulling op de hiervoor vermelde belangrijke aspecten zullen sommige aanbesteders nog belang hechten aan 'publieke' aspecten als maatschappelijk rendement en veiligheid.

Voorbeeld Voor de aanbesteding van het ontwerp en de uitvoering van een busstation kan sociale veiligheid een gunningscriterium zijn.

Verder zouden in de context van B&U-projecten nog hoofd- en waardeaspecten kunnen worden genoemd die mogelijk aan het bovenstaande overzicht zouden kunnen worden toegevoegd of die als nadere concretisering van de daarin vermelde hoofd- en waardeaspecten kunnen worden beschouwd.

Voorbeeld Hier valt bijvoorbeeld te denken aan een aspect als beeldkwaliteit, met als nadere concretisering: 'het vermogen om het gebouw in te passen in een historisch gevoelige context' en 'het vermogen tot het leveren van een bijdrage aan de kwaliteit van de stedenbouwkundige ruimte'. Een ander aspect is kwaliteit van de werkplek, met als nadere concretisering: 'visie op de kwaliteit van de werkplek als resultante van vormgeving en differentiatie van werkplekconcepten en maatregelen ten behoeve van het binnenklimaat'.

Vanuit een optiek van doelmatigheid is het verstandig wanneer de aanbesteder bij de keuze van de als nadere criteria te hanteren aspecten niet alleen zoveel mogelijk aansluit bij de belangrijkste eisen van de vraagspecificatie, maar zich vooral ook tot die eisen beperkt.

Voorbeeld In de vraagspecificatie is als eis opgenomen dat bij de inrichting van een aan te leggen busstation de aanbevelingen uit een onderzoeksrapport over sociale veiligheid moeten worden opgevolgd. Als gunningscriterium kan een uitgewerkte visie worden verlangd waaruit moet blijken op welke wijze en op welk niveau inschrijvers invulling denken te geven aan het aspect sociale veiligheid.

Voorbeeld In aansluiting op het bovenstaande voorbeeld. Het zou onjuist zijn wanneer deze uitgewerkte visie wordt verlangd, terwijl over sociale veiligheid geen eisen zijn opgenomen in de vraagspecificatie. Het gunningscriterium houdt dan geen verband met het voorwerp van de opdracht.

In dat verband kan nog het volgende worden opgemerkt. Een aanbesteder kan het belangrijk vinden inschrijvers de ruimte te geven voor het aanbieden van meerwaarde in de vorm van innovatieve en kwalitatief hoogwaardige en/of duurzame oplossingen. Die ruimte creëert hij allereerst met de inrichting van de eisen van de vraagspecificatie.

Voorbeeld Als het bijvoorbeeld gaat om het stellen van nadere criteria die aansluiten op duurzaamheidseisen in de vraagspecificatie kan de aanbesteder voor een groot aantal productgroepen inmiddels een beroep doen op specifiek voor 'duurzaam inkopen' ontwikkelde criteria. Zie voor meer informatie www.minvrom.nl/duurzaaminkopen en www.senternovem.nl/duurzaaminkopen.

Het is dan bovendien doelmatig deze criteria zodanig te formuleren dat inschrijvers die meerwaarde bieden ten opzichte van de eisen, daar ook voor worden beloond.

Toelichting Het minimaal te leveren kwaliteitsniveau moet uit de vraagspecificatie volgen. Ten opzichte van dat minimale niveau kan de meerwaarde van een inschrijving door middel van de gunningscriteria worden gewaardeerd. Het minimale kwaliteitsniveau is belangrijk om enerzijds te kunnen beoordelen of de inschrijving voldoet aan de eisen van de vraagspecificatie, anderzijds om te kunnen beoordelen hoe groot de meerwaarde is die wordt aangeboden.

Voorbeeld Het is niet juist om in de vraagspecificatie te stellen dat een voegconstructie zo duurzaam mogelijk moet worden uitgevoerd, naar de laatste stand van de techniek, om vervolgens als gunningscriterium de levensduur van de voegconstructie als variabele te stellen.

Voorbeeld Een aanbesteder kan in het kader van de beoordeling van de inschrijvingen zijn waardering van de aangeboden oplossingen koppelen aan de mate van energiebesparing die tijdens de gebruiksfase van het project zal worden gerealiseerd. De waardering zal dan plaatsvinden op grond van daarop toegespitste nadere criteria. Dergelijke criteria zijn vooral zinvol als de contractperiode voldoende lang is, bijvoorbeeld bij DBFM-contracten.

Overigens zal de aanbesteder die de hiervoor geschetste ruimte creëert ervoor moeten waken dat inschrijvers worden uitgedaagd op onderdelen meerwaarde te leveren die in feite op gespannen voet staat met andere onderdelen van de bouwopdracht. Dit vanuit een optiek van contractbeheersing.

Voorbeeld Een inschrijver krijgt via het gunningscriterium de ruimte om aan te bieden een bouwopdracht sneller op te leveren. Die ruimte staat echter haaks op de verplichting uit de vraagspecificatie om het te realiseren bouwproject op een bepaalde datum op te leveren.

Toelichting Ook moet de aanbesteder zich realiseren dat de ruimte die wordt geboden tot gevolg kan hebben dat de inschrijvers uitputtend zullen proberen te verantwoorden waarom de door hen aangeboden oplossing meerwaarde biedt ten opzichte van de kwaliteit die in de eisen van de vraagspecificatie is omschreven. Uit het oogpunt van beperking van transactiekosten doet de aanbesteder er dan goed aan de inspanningen die de inschrijvers op dit punt mogelijk overwegen te leveren op voorhand in te perken.

Tot slot kan nog het volgende worden opgemerkt. In de praktijk zal de lastig te beantwoorden vraag niet zijn wat de belangrijkste aspecten zijn die tot nadere criteria moeten worden gemaakt, maar de vraag hoe moet worden bepaald welk gewicht er aan elk van die criteria moet worden toegekend. Op die vraag wordt hierna ingegaan in paragraaf 5.2.3.

5.2.2 Aan welke vereisten moeten de criteria voldoen?

De nadere criteria waarmee de aanbesteder wil vaststellen of een inschrijving als economisch meest voordelig moet worden beschouwd, moeten door hem begrijpelijk en eenduidig worden geformuleerd.

Toelichting Zie daarvoor de juridische randvoorwaarden die beschreven staan in par. 4.2.2. Deze verplichting geldt ook voor de formulering van de zogenoemde subcriteria, zie par. 4.2.3.

Voorbeeld Als minimale eis aan de ontwerplevensduur geldt 60 jaar. Iedere 10 jaar extra ontwerplevensduur levert een fictieve korting op van € 30.000,-.

Voorbeeld Een aanbesteder wenst voor een gebiedsontwikkeling een gesloten grondbalans. Als minimale eis geldt dat 60% van de vrijkomende grond op locatie wordt hergebruikt. Als fictieve korting op de inschrijvingsom geldt:

- bij 70% hergebruik 1,5 % korting.
- bij 80% hergebruik 3,0 % korting.
- bij 90% hergebruik 4,5 % korting.
- bij 100% hergebruik 6,0 % korting.

Door criteria begrijpelijk en eenduidig te formuleren, wordt natuurlijk ook in belangrijke mate het doelmatigheidsbelang gediend. De vraag is vervolgens door welke andere overwegingen van doelmatigheid de aanbesteder zich verder nog zou moeten laten leiden bij het formuleren van de inhoud van de criteria. Op basis van onderzoek dat in dit kader is verricht, kan nog de volgende aanbeveling worden gedaan.

De criteria moeten ook zodanig worden geformuleerd dat de inschrijvers – die immers moeten aantonen dat zij aan die criteria voldoen – daarbij niet meer inspanningen behoeven te leveren dan vanuit een oogpunt van proportionaliteit strikt noodzakelijk is. Het is van belang de aanbestedingsprocedure zo eenvoudig en praktisch mogelijk te houden.

Voorbeeld Wanneer als gunningscriterium extra ontwerplevensduur geldt, kan de aanbesteder verlangen dit bij de inschrijving met berekeningen aan te tonen. Dit verhoogt echter de transactiekosten aanzienlijk. De aanbesteder zou kunnen volstaan met in een matrix de extra jaren ontwerplevensduur in te laten vullen en zich het recht voor te behouden bij twijfel over de realiteitswaarde van een inschrijving een sluitende onderbouwing te verlangen middels berekeningen.

Dit betekent niet alleen dat de hoeveelheid papierwerk tot een minimum moet worden beperkt, maar ook dat zoveel mogelijk wordt gewerkt met in standaarden vastgelegde criteria.

Bron Zie: CROW-publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede 2007, pp. 11, 18 en 30.

Voorbeeld Deze standaarden zijn nog in ontwikkeling. Een voorbeeld van een recent gepubliceerde standaard is de *Handleiding EMVI Rijkswaterstaat 2009*. Die Handleiding bevat het kader voor de methodiek waarmee Rijkswaterstaat het

gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving toepast voor onder andere bouwopdrachten. De Handleiding is tevens te beschouwen als een praktische invulling voor het feitelijk toepassen van dat gunningscriterium in het concrete geval.

Deze aanbevelingen moeten worden gezien als aanvulling op de reeds in paragraaf 5.2.1 gedane aanbeveling dat de aanbesteder zich bij de keuze van de in criteria om te zetten aspecten zoveel mogelijk moet beperken tot die aspecten die hij echt belangrijk vindt, en die daarom ook in de vraagspecificatie weerspiegeld zijn.

5.2.3 Welke systematiek van wegingscoëfficiënten?

De verplichting tot een begrijpelijke en eenduidige formulering van de nadere criteria raakt ook de systematiek van de wegingscoëfficiënten waarmee de aanbesteder de toepassing van het gunningscriterium verder wil operationaliseren. In paragraaf 4.2.3 staan de juridische randvoorwaarden die de aanbesteder in dat verband in acht moet nemen. Welke systematiek zou hij, gegeven die randvoorwaarden, vanuit een oogpunt van doelmatigheid het beste kunnen kiezen?

Op grond van onderzoek dat daarnaar is verricht worden hierna aanbevelingen gedaan die de toepassing van een systematiek eenvoudig, helder, rationeel en effectief te maken.

Bron Zie: CROW-publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede 2007, pp. 9-11, 13, 29-31, 33-35.

In paragraaf 5.1 is al opgemerkt dat de aanbesteder er verstandig aan doet voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving te kiezen wanneer hij van plan is de kwaliteitsgerelateerde criteria voor ten minste 40% mee te laten tellen ten opzichte van de prijsgerelateerde criteria. De reden hiervoor is dat bij een lager percentage de inspanningen die de inschrijver moet verrichten ter voorbereiding van zijn inschrijving niet opwegen tegen het voordeel dat de aanbesteder met zo'n inschrijving kan behalen. Dit is een eerste belangrijk aspect waarmee de aanbesteder rekening moet houden bij de keuze en de inrichting van de te hanteren systematiek van wegingscoëfficiënten.

Voorbeeld Het opnemen van kwalitatieve gunningscriteria betekent veelal een extra inspanning voor de marktpartijen in het inschrijvingstraject. Wanneer kwalitatieve criteria in relatie tot de inschrijvingssom slechts een geringe invloed uitoefenen op de gunningsbeslissing, vinden inschrijvers het doorgaans 'niet de moeite waard' om die investering te doen: de prijs is immers toch doorslaggevend.

Bij de keuze en de inrichting van de systematiek zal telkens worden uitgegaan van de gedachte dat de kwaliteit alsook de kwalitatieve (meer)waarde van een inschrijving zal worden beoordeeld in combinatie met de aangeboden prijs. Dit met als doel tot een ranking van de inschrijvingen te komen. Daarvoor is het nodig dat de kwaliteitsgerelateerde aspecten die de aanbesteder in de vorm van criteria in de beoordeling wenst te betrekken, voldoende specifiek en meetbaar zijn. Bovendien moeten dergelijke aspecten voldoende ruimte bieden voor onderscheidende inschrijvingen. Daarvoor zijn vele methoden toepasbaar, maar nader

onderzoek heeft uitgewezen dat uit het oogpunt van uniformiteit en acceptatie beperking van het aantal methoden gewenst is.

Toelichting Twee methoden om dit te doen, zijn:

- Waarde van een inschrijving vertalen naar (rapport)cijfers: het (gewogen) totaal aan toegekende waardering voor de verschillende waardeaspecten van een inschrijving, uitgedrukt in een rapportcijfer.
- Waarde van een inschrijving vertalen naar euro's (monetarisering): kwaliteit wordt vertaald naar euro's (bonus of malus). De som van het door de aanbesteder geraamde bedrag bij voldoen aan de minimumeisen, vermeerderd met het berekende bedrag aan waarde van een inschrijving.

De waarde die op deze manier wordt verkregen kan voor het bepalen van de economisch meest voordelige inschrijving in de systematiek worden gekoppeld aan de beoordeling op basis van de prijsgerelateerde criteria. Dit kan door de verkregen waarde te verminderen met de prijs of te delen door de prijs.

Langs deze weg zijn er drie methoden om uiteindelijk de economisch meest voordelige inschrijving te bepalen.

- Toelichting**
- (1) De waarde uitgedrukt in een rapportcijfer gedeeld door de inschrijvings-som, kortweg 'waarde gedeeld door prijs'.
 - (2) De waarde uitgedrukt in euro's verminderd met de inschrijvingssom, kortweg 'waarde minus prijs'.
 - (3) De waarde uitgedrukt in euro's gedeeld door de inschrijvingssom, eveneens 'waarde gedeeld door prijs'.

Hoewel onderzoek uitwijst dat elk van deze methoden een aantal valkuilen kent, doet een aanbesteder er goed aan toch uit deze methoden te kiezen voor het inrichten van de beoordelingsystematiek. Andere methoden behelzen vaak ingewikkelde en gedetailleerde rekenmodellen. Deze bieden niet zelden schijnzekerheid en dragen soms weinig bij aan een rationele onderbouwing van de te nemen gunningsbeslissing.

Voorbeeld Bij een bepaald kwalitatief gunningscriterium komt de waardering als volgt tot stand. Van de vijf geselecteerde inschrijvers ontvangt de inschrijver met de hoogste kwaliteit 50 punten, de daaropvolgende 40 punten, nummer 3 krijgt 30 punten, enzovoort. Een gering verschil in kwaliteit kan dus maar liefst 10 punten opleveren. De kans bestaat dus dat het feitelijke verschil in kwaliteit niet in verhouding staat tot het toe te kennen puntenaantal.

Een praktische en eenvoudige systematiek is de in criteria omgezette belangrijke kwaliteitsaspecten per inschrijving van een (rapport)cijfer te voorzien.

Toelichting Voor een inschrijver moet duidelijk zijn op welke wijze de waardering tot stand komt. Zo kan een beoordelingssystematiek voorzien in het geven van rapportcijfers door een beoordelingsteam. De teamleden moeten onafhankelijk van elkaar cijfers (1 decimaal) geven. Als de verschillen 2 of meer bedragen,

moet de systematiek erin voorzien dat een interne toetsing en zonodig bijstelling mogelijk is. Het systeem moet verder zodanig zijn dat het eindcijfer uiteindelijk tot op één decimaal nauwkeurig wordt vastgesteld. Een dergelijke uitwerking kan in een protocol worden vastgelegd.

Voorbeeld Niet objectief meetbare criteria zoals bijvoorbeeld ruimtelijke kwaliteit en ecologie kunnen geobjectiveerd worden door gebruik te maken van een beoordelingsteam. Door toekenning van rapportcijfers op een schaal van 1 tot 10 wordt aangesloten bij het natuurlijke gevoel van kwaliteitswaardering.

De beoordelingssystematiek moet er vervolgens in voorzien dat het gewicht dat de aanbesteder zal toekennen aan een kwaliteitsaspect dat is omgezet in een criterium wordt bepaald door aan dat aspect een meerwaarde toe te kennen, uitgedrukt in euro's. Een andere mogelijkheid is het gewicht per aspect uit te drukken in een percentage van het (maximum)budget.

Voorbeeld Een aanbesteder maakt gebruik van een rapportcijfer om de verkeersveiligheid van de fiets/voetgangersoplossing te kunnen beoordelen. Daarbij geldt dat voor iedere tiende punt hoger dan het cijfer 6 fictief 0,2% korting ten opzichte van het maximumbudget van € 200.000,- in mindering op de inschrijvingssom wordt gebracht. Bij een cijfer 7,3 op verkeersveiligheid betekent dat een korting van $13 \times 0,2\% \times € 200.000,- = € 5.200,-$.

Een andere mogelijkheid is om aan te geven dat per tiende punt hoger dan een 6, €400,- in mindering op de inschrijvingssom wordt gebracht. Bij een cijfer 7,3 op verkeersveiligheid betekent dat een $13 \times 400 = € 5.200,-$ fictieve korting op de inschrijvingssom.

Bij de laatste mogelijkheid hoeft het maximum (totaal)budget niet gecommuniceerd te worden. Bovendien weten de inschrijvers direct wat de aanbesteder over heeft voor kwaliteit. Ook is de aanbesteder zich meer bewust van de besteding van de financiële middelen.

Toelichting Een aandachtspunt dat in dit verband nog kan worden genoemd is het volgende. Een cruciaal onderdeel van de beoordelingssystematiek is dat de inschrijving van een inschrijver die meer aanbiedt dan hetgeen de vraagspecificatie eist, hoger wordt gewaardeerd. Die meerwaarde wordt dan uitgedrukt in euro's of in een percentage van het (maximum)budget. Bij de uiteindelijke uitvoering van de overeenkomst zal de winnende inschrijver juridisch verplicht zijn de aangeboden meerwaarde ook daadwerkelijk te leveren. Dat is bijvoorbeeld ook tot uitdrukking gebracht in art. 3 lid 2 van de Model Basisovereenkomst behorende bij de UAV-GC 2005. Aanbesteders die overwegen de niet-nakoming van die verplichting te sanctioneren met een contractuele boete, zouden kunnen overwegen de hoogte van die boete te relateren aan het bedrag in euro's of het percentage van het (maximum)budget van de aangeboden meerwaarde.

Aanbesteders doen er verder verstandig aan bij de inrichting van de systematiek bij voorkeur geen gebruik te maken van relatieve beoordelingen. De uitkomst van de rekensom die uiteindelijk de economisch meest voordelige inschrijving bepaalt, moet niet afhankelijk worden gemaakt van de kwaliteit en de prijs van een andere inschrijving. Dat zou namelijk betekenen dat één inschrijver een allesbeslissende invloed zou kunnen uitoefenen op de eindscore van alle andere inschrijvers. Het inschrijvingsgedrag van die ene inschrijver zou dan bijvoorbeeld beslissend kunnen zijn voor het antwoord op de vraag of de bouwopdracht naar de ene dan wel de andere inschrijver gaat.

Voorbeeld Bij relatieve beoordelingen worden de kosten per punt via een bepaalde formule berekend, waarbij de inschrijvingsommen deze kosten per punt bepalen. Het zijn dus de inschrijvers (en niet de aanbesteder) die met hun inschrijving de kosten per punt bepalen en daarmee het bedrag dat de aanbesteder over heeft voor kwaliteit. Een inschrijver die zeer laag inschrijft, maar door een te slechte score op kwaliteit toch geen aannemer wordt, kan er door zijn lage inschrijving wel voor zorgen dat de nummers 1 en 2 worden omgedraaid.

Bij de beoordeling van de inschrijvingen op basis van sommige criteria zal de aanbesteder er echter niet altijd aan kunnen ontkomen dat een vergelijkende beoordeling plaatsvindt. Te denken valt aan de beoordeling van esthetische aspecten, waarvoor immers niet altijd een referentiekader aanwezig zal zijn. In een dergelijk geval moet de beoordelingssystematiek erin voorzien dat de uitkomst van de beoordeling wordt vertaald in een (rapport)cijfer. De rapportcijfers blijven onveranderd als een van de inschrijvers zou uitvallen.

Voorbeeld Voor de aanbesteding van het ontwerp en de uitvoering van een bejaardenhuis wordt het aspect architectonische kwaliteit tot kwalitatief criterium gemaakt. De aanbesteder maakt in de inschrijvingsleidraad de subcriteria bekend op basis waarvan rapportcijfers toegekend zullen worden aan de ontwerpen behorende bij de inschrijvingen. Deze beoordeling gebeurt weliswaar op basis van de subcriteria, maar zal plaatsvinden middels een teambeoordeling. Belangrijk is om aan inschrijvers te communiceren dat, en hoe de beoordeling zal plaatsvinden. Daarbij is het raadzaam te communiceren wat de achtergrond en de expertise zijn van de beoordelaars. Wanneer de eindgebruikers (bejaarde bewoners) de beoordeling uitvoeren, zal dit waarschijnlijk tot een andere waardering leiden dan wanneer personen uit de welstandscommissie die beoordeling uitvoeren. Bij een dergelijke wijze van beoordelen is de integriteit van de beoordelaars van groot belang. Het is denkbaar dat een eindgebruiker (bejaarde bewoner) die graag grote ramen in zijn kamer wil, een inschrijving met grote ramen een rapportcijfer 9 geeft en een inschrijving met kleine ramen een rapportcijfer 6, terwijl de grootte van de ramen helemaal geen subcriterium is in het kader van het criterium architectonische kwaliteit.

Tot slot wordt nog aanbevolen om de deugdelijkheid van de systematiek van wegingscoëfficiënten eerst te testen door middel van een simulatie voordat de systematiek wordt bekendgemaakt en toegepast.

5.3 Bekendmaken en wijzigen van het gunningscriterium

In paragraaf 4.3 en paragraaf 4.4 is ingegaan op de juridische randvoorwaarden waarmee de aanbesteder te maken krijgt wanneer hij het gunningscriterium bekendmaakt en/of wanneer hij overweegt een eenmaal bekendgemaakt criterium te wijzigen.

Toelichting Het gaat hier zowel om de keuze van het gunningscriterium als zodanig (laagste prijs of economisch meest voordelige inschrijving) als om de nadere criteria en de systematiek van wegingscoëfficiënten waarmee de aanbesteder voornemens is het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving te operationaliseren.

Vanuit het oogpunt van doelmatigheid wordt sterk aanbevolen het wijzigen van een eenmaal bekendgemaakt gunningscriterium tot een minimum te beperken wanneer voor zo'n wijziging geen dringende noodzaak kan worden aangegeven. Het valt immers niet uit te sluiten dat marktpartijen, gegadigden of inschrijvers op basis van eerder door de aanbesteder bekendgemaakte informatie terzake het gunningscriterium reeds kosten hebben gemaakt.

Voorbeeld Een aanbesteder vraagt bij inschrijving op de realisatie van een voetbalstadion een 3D-visualisatie om de inschrijvingen op kwalitatieve criteria te kunnen waarderen. Lopende de aanbestedingsprocedure wijzigt de aanbesteder deze gunningscriteria in eisen die in de vraagspecificatie terechtkomen. Hierdoor is het niet meer nodig dat inschrijvers hun ontwerp in 3D aanleveren.

Wanneer een aanbesteder echter tijdig constateert dat er juridische gebreken kleven aan het bekendgemaakte gunningscriterium of dat het criterium, de nadere criteria of de voorgenomen systematiek van wegingscoëfficiënten vanuit doelmatigheidsoptiek gebrekkig zijn, doet hij er natuurlijk verstandig aan een wijziging aan te brengen. Dit moet dan wel aanbestedingsrechtelijk nog zijn toegestaan.

Voorbeeld De aanbesteder heeft als geschiktheidseis opgenomen dat de inschrijvers drie referentiewerken hebben uitgevoerd. Als gunningscriterium heeft de aanbesteder aangegeven dat hoe meer referentiewerken de inschrijvers hebben uitgevoerd, hoe meer fictieve korting zij krijgen op de inschrijvingssom:

- drie referentiewerken levert 0% fictieve korting;
- vier referentiewerken levert 2% fictieve korting;
- vijf referentiewerken levert 4% fictieve korting;
- $\geq$ zes referentiewerken levert 6% fictieve korting.

Inschrijvers attenderen de aanbesteder op het feit dat het geformuleerde criterium geen betrekking heeft op de inschrijving en daarom geen gunningscriterium kan zijn. Om te voorkomen dat hij tot heraanbesteding moet overgaan, past de aanbesteder het gunningscriterium aan.

5.4 Toepassen van het gunningscriterium

De volgende aanbevelingen kunnen nog worden gedaan voor het doelmatig toepassen van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving.

Bron Zie: CROW-publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede 2007, pp. 11 en 37.

In de eerste plaats wordt aanbevolen om de inschrijvingen eerst te beoordelen op basis van de kwaliteitsgerelateerde criteria. Vervolgens kan op basis daarvan de (voorlopige) waarde van de inschrijvingen worden vastgesteld. Deze beoordeling moet vooraf gaan aan en tevens gescheiden plaatsvinden van de beoordeling van de inschrijvingen in het licht van de prijsgerelateerde criteria.

Toelichting De gedachte hierachter is dat wanneer de aangeboden prijs al bekend is, het voor de beoordelaar van de inschrijvingen veel moeilijker wordt om nog onbevooroordeeld de waarde van de inschrijvingen op basis van de kwaliteitsgerelateerde criteria te bepalen.

Het voorgaande kan bijvoorbeeld worden geoperationaliseerd door de kwaliteitsgerelateerde en de prijsgerelateerde onderdelen van de inschrijvingen gescheiden te houden en het laatste onderdeel bijvoorbeeld in een kluis te deponeren of bij een notaris in bewaring te geven. Ook is denkbaar dat de beoordeling wordt overgelaten aan gescheiden teams.

Voorbeeld De teams van beoordelaars worden samengesteld op basis van de te beoordelen aspecten en de daarvoor benodigde expertise. Wanneer de kwalitatieve scores bekend zijn, worden deze in een beoordelingsmatrix ingevoerd. Vervolgens worden de inschrijvers uitgenodigd om bij het openen van de enveloppen met de inschrijvingssommen aanwezig te zijn. Ter plaatse worden de enveloppen geopend en de inschrijvingssommen ingevoerd in de matrix. Vervolgens kan het voornemen tot gunning worden uitgesproken.

In de tweede plaats kan nog een aanbeveling worden gedaan in het licht van de in paragraaf 4.5.1 behandelde verplichting van de aanbesteder om met behulp van een objectieve meetmethode na te gaan of en in hoeverre de inschrijvingen voldoen aan het door hem gestelde gunningscriterium.

Een aanbesteder zal van geval tot geval moeten nagaan of de voordelen die hij hoopt te behalen met het gebruik van een dergelijke meetmethode wel voldoende opwegen tegen de kosten die zijn gemoeid met het operationaliseren van zo'n methode. Bovendien kan het inzetten van zo'n methode van grote invloed zijn op de detaillering van de aanbidding.

Voorbeeld Om de duurzaamheid van de verschillende inschrijvingen te kunnen vergelijken, schrijft de aanbesteder de toepassing van greenalque voor. Hiermee is een gedetailleerde vergelijking op de duurzaamheid van de aanbiedingen mogelijk. Het inzetten van een dergelijk instrument in het aanbestedingsproces – dat tot een D&B-contract moet leiden – impliceert detailinschrijvingen. Dit is een enorme investering voor de inschrijvers. Het is dan slimmer dat de inschrijvers een duurzaamheidsniveau aangeven bij de inschrijving. Na opdracht wordt greenalque gebruik als toetsingsinstrument om vast te stellen of met het detailontwerp daadwerkelijk de aangeboden kwaliteit wordt behaald.

Wanneer de voordelen van het gebruik van een dergelijke methode niet opwegen tegen de kosten ervan, doet de aanbesteder er verstandig aan bij de beoordeling gebruik te maken van beoordelingspanels. Om te waarborgen dat de beoordeling ook dan op objectieve en uniforme wijze wordt uitgevoerd wordt in de eerste plaats aanbevolen die panels te laten bestaan uit onafhankelijke leden. Daarnaast wordt aanbevolen dat het panel uit voldoende leden bestaat zodat het gemiddelde van de panelbeoordeling voldoende betrouwbaar is. Ook wordt aangeraden te zorgen voor de aanwezigheid van voldoende verschillende competenties binnen het panel. Tot slot wordt aanbevolen de beoordelingspanels te laten werken op anonieme basis van de inschrijvingen.

Voorbeeld Hoe minder objectief het gunningscriterium, hoe belangrijker het is dat het panel uit voldoende beoordelaars bestaat en dat deze over de vereiste deskundigheid beschikken. Wanneer bijvoorbeeld voor het ontwerp en de aanleg van een skatebaan de sportbeleving een gunningscriterium is, mag de beoordeling niet door één enkele skater plaatsvinden. Dat zou tot willekeur leiden. Belangrijk is het om de samenstelling zodanig te kiezen dat de belanghebbenden evenwichtig vertegenwoordigd zijn zodat persoonlijke voorkeuren zo min mogelijk doorslaggevend zijn.

Voorbeeld Wanneer een beheerder een ontwerp moet beoordelen op technische kwaliteit zal hij geneigd zijn vanuit de onderhoudbaarheid een oordeel te geven. Een ontwerper – een architect of een raadgevend ingenieur – zal daarentegen meer kijken naar de consistentie van gemaakte ontwerpkeuzes. Degenen die de beoordeling uitvoeren, moeten in staat zijn om een deskundig en objectief oordeel te geven, maar ook in staat zijn in hun oordeel niet af te wijken van het gunningscriterium.

Voorbeeld Door de inschrijvingen te laten indienen op blanco papier, zonder bedrijfslogo's, wordt voorkomen dat de beoordelaars zich laten beïnvloeden door hun ervaringen met het desbetreffende bedrijf.

Tot slot kan hier nog worden aanbevolen dat aanbesteders bij het toepassen van gunningscriteria zoveel mogelijk gebruikmaken van daarvoor ontwikkelde standaarden.

Voorbeeld Een standaard die in dit kader al eerder is genoemd en die – onder andere – te beschouwen is als een praktische invulling voor het feitelijk toepassen van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving is de *Handleiding EMVI Rijkswaterstaat 2009*.

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



1 *Inleiding*

In dit hoofdstuk wordt er allereerst van uitgegaan dat de aanbesteder bepaalde beslissingen heeft genomen met betrekking tot:

- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm;
- de aanbestedingsprocedure;
- de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria;
- het gunningscriterium.

Het uitgangspunt voor dit hoofdstuk is verder dat de aanbestedingsprocedure inmiddels zodanig is gevorderd dat de termijn waarbinnen de inschrijvingen moesten plaatsvinden, is verstreken. De aanbesteder heeft vervolgens de ontvangen inschrijvingen beoordeeld op basis van het bekendgemaakte gunningscriterium.

Toelichting Zie daarover meer uitvoerig hoofdstuk 8, par. 4.5. Wanneer de aanbesteder de openbare procedure gebruikt, zal hij in dezelfde beoordelingsronde ook de kwalitatieve beoordeling van de inschrijvers verrichten op grond van de bekendgemaakte uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Zie daarover meer uitvoerig hoofdstuk 7, par. 4.1.4 en par. 4.2.5.

De vraag doet zich nu voor hoe de aanbesteder de aanbestedingsprocedure moet afronden en welke beslissingen hij dan het beste kan nemen.

Toelichting Gesteld dat de aanbesteder een of meer inschrijvingen heeft ontvangen en beoordeeld, dan rijst de vraag of hij wel moet overgaan tot gunning van de bouwopdracht. Moet die opdracht dan aan een van de inschrijvers worden gegund en – zo ja – aan wie dan precies? En wat is raadzaam als geen van de inschrijvers een aanvaardbare inschrijving blijkt te hebben gedaan? Of – bij een openbare procedure – als geen van de inschrijvers zich blijkt te hebben gekwalificeerd?

Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te ondersteunen bij het nemen van beslissingen over het vervolgtraject van de aanbestedingsprocedure, nadat de inschrijvingstermijn is verstreken. Eerst wordt toegelicht wat wordt verstaan onder beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn (paragraaf 2). Vervolgens komt de vraag aan bod waarom het belangrijk is dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over die beslissingen (paragraaf 3). Daarna wordt ingegaan op de juridische randvoorwaarden die de aanbesteder in acht moet nemen bij het nemen van die beslissingen (paragraaf 4). Tot slot wordt ingegaan op de vraag hoe hij in dat kader het beste te werk kan gaan om het aanbestedingsproces zo doelmatig mogelijk te laten verlopen (paragraaf 5).

2 Wat wordt bedoeld met beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn?

Deelnemers aan een aanbestedingsprocedure moeten binnen een bepaalde termijn hun inschrijving indienen.

Toelichting Zie daarover meer uitvoerig hoofdstuk 11, par. 4.2 en 4.3.

Zodra die inschrijvingstermijn is verlopen, zal er sprake zijn van een van de twee volgende situaties:

- er zijn feitelijk geen inschrijvingen ingediend;
- er zijn feitelijk een of meer inschrijvingen ingediend, die vervolgens door de aanbesteder moeten worden beoordeeld.

Als de aanbesteder feitelijk een of meer inschrijvingen heeft ontvangen, zal hij deze bij alle aanbestedingsprocedures vervolgens moeten beoordelen op basis van de eisen van de vraagspecificatie en het gestelde gunningscriterium.

Toelichting Zie voor een beknopte beschrijving van die aanbestedingsprocedures, hoofdstuk 5, par. 4.2 t/m 4.10.

Wanneer blijkt dat alle inschrijvingen op een of meer onderdelen afwijken van de eisen van de vraagspecificatie, komt geen van de inschrijvers voor gunning in aanmerking.

Voorbeeld In geen van de ontvangen inschrijvingen wordt aangegeven dat de uitvoering van het werk mogelijk is binnen de uitvoeringstermijn die de aanbesteder heeft gesteld.

Toelichting Bij de openbare procedure beoordeelt de aanbesteder niet alleen de *inschrijvingen* in het licht van de eisen van de vraagspecificatie en het gestelde gunningscriterium. Hij zal bovendien ook de *inschrijvers* beoordelen op grond van de van toepassing verklaarde uitsluitingsgronden en kwalitatieve geschiktheidseisen. Dit betekent dat wanneer een inschrijver zich niet kwalificeert, hij ook om die reden niet voor gunning in aanmerking komt.

Voorbeeld Bij een niet-openbare procedure worden vier inschrijvingen ingediend. Aan alle inschrijvingen kleeft een gebrek: een is gedaan onder een voorwaarde, een gaat niet vergezeld van de zogenoemde verklaring conform Model K, de derde is ingediend na het tijdstip waarop die uiterlijk ingediend had moeten zijn en bij de vierde is niet het voorgeschreven rapport gevoegd met een chemische analyse van de hoogovenslakken die in het werk zullen worden toegepast.

Zie voor een beknopte beschrijving van de openbare procedure, hoofdstuk 5, par. 4.2. Het voorgaande laat onverlet dat bij een aanbestedingsprocedure anders dan een openbare procedure zich het geval kan voordoen dat een

inschrijver ten tijde van de beoordeling van zijn inschrijving van verdere deelname aan de procedure moet worden uitgesloten. Bijvoorbeeld omdat alsnog gebleken is dat een uitsluitingsgrond van toepassing is of dat de inschrijver niet voldoet aan een kwalitatieve geschiktheidseis.

In de situatie waarin de aanbesteder feitelijk een of meer inschrijvingen heeft ontvangen, zal hij na de beoordeling daarvan tot een van de twee volgende conclusies moeten komen:

- een van de inschrijvers komt op basis van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus;
- geen van de inschrijvers komt voor gunning in aanmerking vanwege juridische bezwaren.

Samenvattend kan worden gesteld dat een aanbesteder die feitelijk *geen* inschrijvingen heeft ontvangen of die – na beoordeling van de *ontvangen* inschrijvingen – een van de twee hiervoor genoemde conclusies heeft moeten trekken, uiteindelijk in een van de volgende twee uitgangsposities zal verkeren:

- Hij kan de bouwopdracht in beginsel aan een inschrijver gunnen, omdat de inschrijving van een van de gekwalificeerde inschrijvers beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie en op grond van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus is gekomen.
- Hij kan de bouwopdracht niet aan een van de inschrijvers gunnen, hetzij omdat feitelijk geen inschrijvingen zijn ontvangen, hetzij omdat geen van de inschrijvers voor gunning in aanmerking komt vanwege juridische bezwaren.

Vanuit elk van deze twee uitgangsposities zal de aanbesteder de aanbestedingsprocedure kunnen afronden. Vaak zal hij echter de behoefte hebben om – alvorens dat te doen – na te gaan welke mogelijkheden hij nog tot zijn beschikking heeft om tot een voor hem zo optimaal mogelijke afronding van het aanbestedingsproces te komen en welke beslissingen hij daartoe het beste zou kunnen nemen. Dit hoofdstuk gaat over die beslissingen.

3 Waarom moeten beslissingen na afloop van de inschrijvingstermijn goed zijn doordacht?

De afronding van een aanbestedingsprocedure – of het nu tot gunning van de bouwopdracht komt of niet – kan economisch verstekkende gevolgen hebben. Zelfs wanneer de aanbesteder het gehele aanbestedingsproces tot en met het moment van beoordeling van de ontvangen inschrijvingen binnen de geldende juridische randvoorwaarden doelmatig heeft ingericht en doorlopen, is daarmee nog niet gezegd dat hij – voorzover hij al inschrijvingen heeft ontvangen – per definitie tevreden zal zijn met de inschrijving die objectief gezien als beste uit de bus is gekomen.

Toelichting De aanbesteder kan met de inrichting van het aanbestedingsproces alleen maar bewerkstelligen dat hij de markt op een zo doelmatig mogelijke manier benadert, gegeven de doelstellingen die hij met het bouwproces als geheel wil realiseren en de accenten die hij in dat kader wil leggen met betrekking tot belangrijke aspecten als kwaliteit, tijd, kosten en innovatie. Zie hierover hoofdstuk 1, par. 4.1 en de paragrafen 3 van de hoofdstukken 2 t/m 8. Uiteindelijk is het echter de markt(werking) die bepaalt of en in hoeverre aan die doelstellingen tegemoet kan worden gekomen. Uitkomsten van de opgeroepen marktwerking kunnen soms tegenvallen.

Dat die uitkomsten soms tegenvallen *kan* te maken hebben met de wijze waarop het aanbestedingsproces is ingericht, waarover reeds het nodige is opgemerkt in de hoofdstukken 2 t/m 8. Niet ondenkbaar is dat de aanbesteder ook zelf – te laat – tot dat inzicht komt wanneer hij het inschrijvingsresultaat beziet.

Een aanbesteder die wordt geconfronteerd met een inschrijvingsresultaat dat tegenvalt, zal vanuit het resultaat dat hij uiteindelijk met het bouwproces wenst te bereiken altijd moeten blijven zoeken naar mogelijkheden om het inschrijvingsresultaat te optimaliseren. Het zonder verdere omhaal gunnen van de bouwopdracht aan de beste inschrijver dan wel het annuleren van de aanbestedingsprocedure al dan niet met een eventuele heraanbesteding behoeft in termen van doelmatigheid niet per definitie tot de meest optimale uitkomst van het bouwproces te leiden.

Voorbeeld Denkbaar is dat de aanbesteder binnen de kring van inschrijvers een of meer voor hem aantrekkelijke inschrijvingen heeft gezien en dat hij de aanbestedingsprocedure graag met die partij(en) zou willen voortzetten. Ook is het mogelijk dat er zich inmiddels buiten de kring van de inschrijvers een marktpartij heeft gemeld met een veel interessantere aanbieding voor de aanbesteder. Daarnaast kan het zo zijn dat de aanbesteder de vraagspecificatie of andere eisen wil aanpassen, nu hij heeft vastgesteld dat er geen inschrijvingen zijn gedaan of dat er alleen inschrijvingen zijn gedaan door marktpartijen die zich niet hebben weten te kwalificeren.

Om die reden zal een aanbesteder altijd moeten nagaan – gegeven de uitgangspositie waarin hij na afloop van de inschrijvingstermijn verkeert – hoe hij de aanbestedingsprocedure het beste zou kunnen afronden en welke beslissingen hij in dat kader het beste zou kunnen nemen alvorens dat te doen.

Een in het verlengde daarvan liggende reden om goed na te denken over de beslissingen die hij neemt na afloop van de inschrijvingstermijn en de beoordeling van eventueel ontvangen inschrijvingen, is dat het aanbestedingsrecht grenzen kan stellen aan die beslissingen.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 Vertrekpunt

De beslissingen die een aanbesteder kan nemen na afloop van de inschrijvingstermijn en de daarop volgende beoordeling van eventueel ontvangen inschrijvingen, zijn aanbestedingsrechtelijk beperkt. In de volgende paragrafen worden die juridische beperkingen behandeld. Dat gebeurt dan op basis van het onderscheid dat kan worden gemaakt tussen de twee uitgangsposities waarin de aanbesteder kan komen te verkeren na afloop van de inschrijvingstermijn en de daarop volgende beoordeling van de eventueel ontvangen inschrijvingen.

De ene uitgangspositie is die waarin in ieder geval één gekwalificeerde inschrijver een inschrijving heeft gedaan die beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie en waarbij gesteld kan worden dat die inschrijving op grond van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus is gekomen.

Toelichting De betreffende inschrijver heeft dan ófwel een inschrijving tegen de laagste prijs gedaan, ófwel de economisch meest voordelige inschrijving gedaan. Zie hoofdstuk 8, par. 2.

In die situatie *kan* de aanbesteder zowel feitelijk als juridisch gezien tot gunning van de bouwopdracht overgaan. De mogelijkheden die hij in deze situatie heeft, worden behandeld in paragraaf 4.2.

Toelichting Het gaat dan om de mogelijkheden tot het nemen van de volgende beslissingen:

- Vragen om verduidelijking en aanvulling alvorens tot een vervolgbeslissing te komen.
- Toestaan dat fouten in (andere) inschrijvingen worden hersteld alvorens tot een vervolgbeslissing te komen.
- (Andere) inschrijvingen laten verbeteren alvorens tot een vervolgbeslissing te komen.
- Onderhandelen over het wijzigen van een inschrijving alvorens tot een vervolgbeslissing te komen.
- Afwijzen van de – abnormaal – laagste inschrijving.
- Gunnen aan een andere inschrijver.
- Niet gunnen, annuleren van de aanbestedingsprocedure en vervolgens afzien van de bouwopdracht.
- Niet gunnen, annuleren van de aanbestedingsprocedure en vervolgens rechtstreeks gunnen aan een marktpartij die niet aan de aanbestedingsprocedure heeft deelgenomen.
- Niet gunnen, annuleren van de aanbestedingsprocedure en vervolgens dezelfde bouwopdracht heraanbesteden.
- Niet gunnen, annuleren van de aanbestedingsprocedure, wijzigen van de bouwopdracht en vervolgens de gewijzigde opdracht heraanbesteden.

Zoals zal blijken, mag de aanbesteder veel van deze beslissingen niet nemen.

De andere uitgangspositie is die waarin de aanbestedder hetzij feitelijk geen inschrijvingen heeft ontvangen, hetzij geconfronteerd wordt met het feit dat geen van de inschrijvers voor gunning in aanmerking komt vanwege juridische bezwaren.

Toelichting Een inschrijver komt niet voor gunning in aanmerking wanneer zijn inschrijving op een of meer onderdelen afwijkt van de eisen van de vraagspecificatie. In dat geval moet de inschrijving als ongeldig worden aangemerkt. Zie in dit verband ook art. 2.25, art. 3.27, art. 4.26, art. 5.26, art. 6.23, art. 7.17, art. 9.5 en art. 10.5 ARW 2005.

Bij de meeste aanbestedingsprocedures zal tijdens een eerder stadium van die procedure reeds zijn vastgesteld welke gegadigden wel en niet tot inschrijving kunnen worden uitgenodigd. Bij de openbare procedure ligt dat anders en zal bij de beoordeling van een *inschrijving* ook moeten worden beoordeeld of een *inschrijver* moet worden uitgesloten op grond van een uitsluitingsgrond en/of niet voldoen aan een kwalitatieve geschiktheidseis. Als dit bevestigend wordt beantwoord, komt zo'n inschrijver evenmin voor gunning in aanmerking.

In deze situatie *kan* de aanbestedder hetzij feitelijk, hetzij juridisch *niet* tot gunning van de bouwopdracht overgaan. De mogelijkheden die de aanbestedder dan nog heeft, worden behandeld in paragraaf 4.3.

Toelichting Het gaat dan om de mogelijkheden tot het nemen van de volgende beslissingen:

- vragen om verduidelijking en aanvulling alvorens tot een vervolgbeslissing te komen;
- toestaan dat fouten worden hersteld alvorens tot een vervolgbeslissing te komen;
- annuleren van de aanbestedingsprocedure en vervolgens afzien van de bouwopdracht;
- annuleren van de aanbestedingsprocedure en vervolgens rechtstreeks gunnen aan een marktpartij die niet aan de aanbestedingsprocedure heeft deelgenomen;
- annuleren van de aanbestedingsprocedure en vervolgens dezelfde opdracht heraanbesteden;
- annuleren van de aanbestedingsprocedure, wijzigen van de bouwopdracht en vervolgens de gewijzigde opdracht heraanbesteden.

Zoals zal blijken, geldt ook nu dat de aanbestedder veel van deze beslissingen niet mag nemen.

4.2 Uitgangspositie: de aanbestedder kan gunnen

Als de aanbestedder zowel feitelijk als juridisch tot gunning van de bouwopdracht zou kunnen overgaan, is de vraag welke beslissingen de aanbestedder in dat verband eventueel nog verder zou kunnen nemen. Niet alle hierna te behandelen beslissingen zullen juridisch gezien door de beugel kunnen.

4.2.1 Vragen om verduidelijking en aanvulling van een inschrijving

Soms zal de aanbesteder niet kunnen oordelen welke inschrijving als beste uit de bus komt omdat de inhoud van een inschrijving vragen en onduidelijkheden oproept.

Toelichting Zie hierover ook hoofdstuk 6, par. 4.3.1, 4.3.6 en 5.3.3.

Voorbeeld Een provinciale aanbesteder heeft de aanleg van een ringweg aanbesteed. Het voorgeschreven ontwerp kent speciale maatregelen om zetting van de ondergrond en daarmee spoorvorming en golving van de weg tegen te gaan. Het indienen van varianten is toegestaan en er zijn in dat verband ook minimumeisen gegeven waaraan varianten moeten voldoen. Een inschrijver maakt daar gebruik van en zijn variant heeft juist betrekking op de fundering en de constructie van de weg. Voor de aanbesteder is het op het eerste gezicht niet duidelijk of met deze variant een zelfde mate van zettingsvrijheid van de weg wordt bereikt als met het voorgeschreven ontwerp.

In dat geval mag de aanbesteder bij alle aanbestedingsprocedures een gekwalificeerde inschrijver vragen om een verduidelijking of een aanvulling van zijn inschrijving. Dit mag er echter niet toe leiden dat de inschrijving op fundamentele punten inhoudelijk wordt gewijzigd.

Toelichting Zie hierover ook hoofdstuk 6, par. 4.3.6.2. Zie voorts hierna par. 4.2.2.

Het vragen om een *verduidelijking* veronderstelt in de regel dat een aanbesteder (nog) niet kan beoordelen of een inschrijving beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie. Als gevolg daarvan kan hij niet beoordelen of de inschrijving geldig is en/of als beste uit de bus is gekomen. Met de verduidelijking kan de aanbesteder die beoordelingen alsnog uitvoeren.

De beantwoording van de verduidelijkingsvraag kan uitwijzen dat een inschrijver een onvolledige inschrijving heeft ingediend of om een andere reden niet voldoet aan de eisen van de vraagspecificatie. In dergelijke gevallen moet de inschrijving ongeldig worden verklaard.

Het vragen om een *aanvulling* veronderstelt dat een aanbesteder heeft vastgesteld dat een inschrijving beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie en ook verder geldig is. Die aanvulling kan overigens na een verduidelijking worden gevraagd. Denkbaar is verder – maar dat hoeft niet – dat de aanbesteder zelfs al kan vaststellen dat een bepaalde inschrijving als beste uit de bus is gekomen. Wat de aanbesteder echter graag zou willen weten, is hoe de betreffende inschrijver – gesteld dat de bouwopdracht aan hem wordt gegund – zijn aangeboden oplossingsrichting nader zal gaan concretiseren.

Overigens moet een aanbesteder zich er dan rekenschap van geven dat wanneer de eisen in de vraagspecificatie zeer concreet en gedetailleerd zijn omschreven, er weinig ruimte voor de inschrijver overblijft om nog aan te geven hoe hij voornemens is de aangeboden oplossing te concretiseren.

Een aanbesteder die een aanvullingsvraag aan een inschrijver stelt, moet zich realiseren dat het antwoord op die vraag niet van invloed kan zijn op de beantwoording van de vraag of de inschrijving beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie. Die vraag is immers eerder al in positieve zin beantwoord.

Toelichting Wat natuurlijk wel mogelijk is, is dat het antwoord op de aanvullingsvraag de aanbesteder tot het inzicht brengt dat de eisen van de vraagspecificatie een bepaalde oplossingsrichting toestaan waarmee hij achteraf bezien niet zo gelukkig is. Dan zal hij zich moeten afvragen of het wel wenselijk is om nog tot gunning van de bouwopdracht over te gaan en of het niet beter is om de aanbestedingsprocedure te annuleren, de eisen van de vraagspecificatie aan te passen en de herziene bouwopdracht opnieuw aan te besteden. Zie ook par. 4.2.10.

Het antwoord op een aanvullingsvraag kan de aanbesteder natuurlijk ook tot het inzicht brengen dat de aangeboden oplossingsrichting weliswaar beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie, maar dat de wijze van uitwerking die de inschrijver voor ogen staat, mogelijk zal leiden tot een afwijking van die eisen. Dit kan geen grond vormen om de inschrijving ongeldig te verklaren omdat de inschrijving zoals die is ingediend immers aan de eisen voldoet. Gesteld dat deze inschrijving als beste uit de bus komt en de aanbesteder overweegt om tot gunning van de bouwopdracht over te gaan, dan zal hij deze inschrijver er op moeten wijzen dat zijn voorgenomen uitwerking van de oplossingsrichting in strijd is met de vraagspecificatie.

De beantwoording van een aanvullingsvraag kan eventueel wel een rol spelen in het kader van de uitkomst van de beoordeling van de verschillende inschrijvingen in het licht van het gestelde gunningscriterium. De aanbesteder weet namelijk wel dat de aangeboden oplossingsrichtingen voldoen aan de eisen van de vraagspecificatie, maar niet in welke mate zij dat doen. De antwoorden die hij krijgt op de aanvullingsvragen, zullen hem wellicht in staat stellen die inschrijvingen beter te beoordelen in het licht van het gestelde gunningscriterium.

Toelichting In zo'n geval zit er overigens nauwelijks nog verschil tussen het stellen van een verduidelijkingsvraag en het stellen van een aanvullingsvraag.

Aanbesteders moeten overigens niet selectief zijn in het vragen van een aanvulling. De strekking van het beginsel van non-discriminatie brengt met zich mee dat alle inschrijvers van wie de inschrijving geldig is, allen dezelfde kans moeten krijgen hun inschrijving in het kader van een aanvullingsvraag toe te lichten en te concretiseren, zeker wanneer de aanbesteder de antwoorden op zijn vragen wenst te gebruiken in zijn beoordeling welke inschrijving als beste uit de bus komt.

4.2.2 Toestaan dat fouten in (andere) inschrijvingen worden hersteld

Het is denkbaar dat de aanbesteder prima in staat is vast te stellen welke inschrijving als beste uit de bus is gekomen. Echter, er is een inschrijving ingediend die op het eerste gezicht hogere ogen lijkt te gooien maar in beginsel op aanbestedingsrechtelijke gronden zou moeten worden gepasseerd.

Toelichting Het gaat dan vooral om situaties waarin de betreffende inschrijver met zijn inschrijving niet voldoet aan de eisen in de vraagspecificatie als gevolg waarvan zijn inschrijving ongeldig moet worden verklaard. Bij de openbare procedure kan het daarnaast ook nog gaan om de situatie waarin de desbetreffende inschrijver krachtens een uitsluitingsgrond of het niet voldoen aan een of meer kwalitatieve geschiktheidseisen van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure zou moeten worden uitgesloten. Zie ook hoofdstuk 7, par. 4.1.4 en par. 4.2.5.

De vraag is dan of het is toegestaan dat deze inschrijver zijn inschrijving zodanig herstelt dat alsnog aan de gestelde eisen wordt voldaan.

Het is de aanbestedder op grond van het beginsel van non-discriminatie verboden om een inschrijver de mogelijkheid te bieden 'fouten' in zijn inschrijving te herstellen. Het zou immers betekenen dat een inschrijver die reeds een kans heeft benut om te proberen als beste uit de bus te komen, een tweede kans krijgt in de vorm van een herstelmogelijkheid.

Dit verbod geldt als er niet is voldaan aan de eisen van de vraagspecificatie. Herstel zou immers betekenen dat de inschrijver achteraf de mogelijkheid krijgt om een voor hem positieve invloed uit te oefenen op de toepassing van het gestelde gunningscriterium.

In het geval van een openbare procedure geldt dit verbod ook als de inschrijver moet worden uitgesloten op basis van een uitsluitingsgrond of het niet voldoen aan een kwalitatieve geschiktheidseis.

Toelichting Het probleem dat een deelnemer aan een aanbestedingsprocedure niet voldoet aan een kwalitatieve geschiktheidseis of krachtens een uitsluitingsgrond van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure moet worden uitgesloten, kan zich natuurlijk ook voordoen bij andere aanbestedingsprocedures dan de openbare procedure. Bij die andere procedures zal dat probleem zich echter vaak al voordoen bij de beantwoording van de vraag of een bepaalde gegadigde al dan niet voor het doen van een inschrijving kan worden uitgenodigd. Zie daarover ook hoofdstuk 7, par. 4.1.4 en par. 4.2.5.

Op het hiervoor genoemde verbod in het geval van een openbare procedure bestaat echter een uitzondering wanneer de 'fout' is dat de inschrijver heeft verzuimd bepaalde bewijsstukken in zijn inschrijving op te nemen waarmee hij kan aantonen dat een uitsluitingsgrond in zijn geval niet van toepassing is of waarmee hij kan bewijzen te voldoen aan de gestelde geschiktheidscriteria.

Bron Zie voor deze situatie ook art. 2.14.4 ARW 2005.

Voorbeeld Een inschrijver heeft verzuimd om bij zijn inschrijving opgave te doen van de werken die in de afgelopen vijf jaren zijn uitgevoerd waaruit blijkt dat hij beschikt over de ervaring die de aanbestedder vereist.

De uitzondering kan in zo'n geval echter alleen worden gemaakt wanneer de fout eenvoudig kan worden hersteld.

Voorbeeld Eenvoudig te herstellen betekent volgens het ARW 2005 dat binnen twee werkdagen na verzending van het verzoek van de aanbesteder daartoe alsnog de ontbrekende stukken kunnen worden overgelegd.

Voorbeeld Een niet eenvoudig te herstellen gebrek is volgens het ARW 2005 dus een gebrek dat niet binnen twee dagen kan worden verholpen. Denk aan het geval waarin de inschrijver verzuimd heeft te zorgen voor verklaringen van de oorspronkelijke opdrachtgevers van de referentiewerken die hij heeft opgegeven. Als hij die op het moment van het verzoek nog niet heeft, zal hij die waarschijnlijk niet meer op tijd kunnen krijgen om aan de aanbesteder over te leggen.

4.2.3 (Andere) inschrijvingen laten verbeteren

De situatie die zich ook kan voordoen is dat een aantal inschrijvingen voldoet aan eisen in de vraagspecificatie en dat een van die inschrijvingen als beste uit de bus komt op grond van het gestelde gunningscriterium, maar dat de aanbesteder om hem moverende redenen meer ziet in de inschrijving van een andere inschrijver. De vraag is dan of de aanbesteder die andere inschrijver nog mag bewegen tot het verbeteren van zijn inschrijving.

Voorbeeld De opdracht betreft het aanbieden van een brug op basis van de bouworganisatievorm D&B. De aanbesteder is eigenlijk meer gecharmeerd van het schetsontwerp voor de brug van de inschrijver die als een na beste is geëindigd. De best geëindigde inschrijver heeft dat met name te danken aan de materialen die hij voor de brug in zijn ontwerp toepast. Deze zijn zeer onderhoudsvriendelijk en scoren daardoor hoog op het aspect onderhoudskosten. De aanbesteder overweegt nu om de opvolgende inschrijver te benaderen met de vraag om zijn ontwerp te herzien en uit te gaan van dezelfde materialen als die zijn toegepast in het ontwerp van de als beste geëindigde inschrijver.

Het is aanbestedingsrechtelijk verboden om welke inschrijver dan ook – al dan niet met behulp van informatie uit de andere inschrijvingen – ertoe te bewegen dat deze zijn inschrijving zodanig verbetert dat hij daarmee alsnog als beste uit de bus komt. Dit is in strijd met de beginselen van aanbestedingsrecht, meer in het bijzonder met de beginselen van non-discriminatie en transparantie. Deze praktijk biedt immers alle inschrijvers niet dezelfde faire kans tot het in de wacht slepen van de bouwopdracht.

4.2.4 Onderhandelen over het wijzigen van een inschrijving

In het verlengde van het verbod om een inschrijving te verbeteren, ligt het verbod om met een inschrijver – welke dan ook – na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen te onderhandelen over het wijzigen van zijn inschrijving.

Toelichting Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 6, par. 4.3.6.2.

Voor alle aanbestedingsprocedures geldt – met uitzondering van de onderhandelingsprocedures – dat een aanbesteder niet een inschrijver via onderhandeling in staat mag stellen de kaders van zijn op zichzelf genomen geldige inschrijving te verlaten.

Alleen bij de onderhandelingsprocedures is het de aanbesteder toegestaan om na ontvangst en beoordeling van de inschrijvingen een inschrijver door onderhandelingen te bewegen tot het wijzigen van zijn geldige inschrijving op fundamentele punten, in de zin dat de kaders van de oorspronkelijke inschrijving als het ware worden verlaten.

Toelichting Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 6, par. 4.3.6.3.

De juridische grens ligt overigens bij de kaders die de eisen van de vraagspecificatie stellen. Er mag nooit buiten die kaders worden getreden.

4.2.5 Afwijzen van de – abnormaal – laagste inschrijving

Het kan ook voorkomen dat de inschrijver wiens inschrijving als beste uit de bus is gekomen, een in de ogen van de aanbesteder veel te lage inschrijving heeft gedaan.

Voorbeeld Een buitenlandse onderneming biedt de uitvoering van een omvangrijk baggerwerk aan voor een prijs die iets meer dan de helft is van de raming van de aanbesteder. De inschrijvingen van de andere inschrijvers bewegen zich rond het niveau van de raming.

In zo'n geval kan naar de indruk van de aanbesteder het risico bestaan dat de betreffende inschrijver zal proberen een dreigend verlies op de bouwopdracht goed te maken tijdens de uitvoering van die opdracht. De aanbesteder kan proberen dat risico het hoofd te bieden door de betreffende inschrijver te vragen zijn inschrijving te preciseren en de samenstelling daarvan in overleg met hem te onderzoeken.

Bron Zie art. 55 lid 1 en lid 2 Algemene Richtlijn en art. 57 lid 1 en lid 2 Richtlijn Nutssectoren. Zie ook art. 56 lid 1 t/m 3 Bao en art. 59 lid 1 t/m 3 Bass en art. 2.27.1 jo. 2.27.2, art. 3.29.1 jo. 3.29.2, art. 4.28.1 jo. 4.28.2, art. 5.27.1 jo. 5.27.2, art. 6.24.1 jo. 6.24.2, art. 7.19.1 jo. 7.19.2, art. 10.7.1 jo. 10.7.2 ARW 2005.

De gevraagde preciseringen kunnen in ieder geval verband houden met de doelmatigheid van het bouwproces, de gekozen technische oplossingen of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken kan profiteren, de originaliteit van het ontwerp van de inschrijver, de naleving van de bepalingen inzake arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd en de eventuele ontvangst van staatssteun door de inschrijver.

Aanbestedingsrechtelijk gaat hier om een *bevoegdheid* van de aanbesteder, niet om een *verplichting* tot het vragen om precisering van de lage inschrijving.

Toelichting Zo'n verplichting kan overigens wel bestaan op grond van het privaatrecht. Zie ook de toelichting aan het einde van deze paragraaf.

Wanneer hij van die bevoegdheid gebruikmaakt, zal hij afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen aantonen dat de inschrijving in kwestie abnormaal laag is.

Voorbeeld De aanbesteder van het baggerwerk uit het vorige voorbeeld vraagt de inschrijver met de laagste inschrijving waarom die zo laag is uitgevallen. Die inschrijver kan daar echter geen (bevredigende) verklaring voor geven, bijvoorbeeld dat gebruik wordt gemaakt van materieel dat al lang is afgeschreven of dat de lage prijs is ingegeven door het willen veroveren van een nieuwe markt. Onder die omstandigheden zal de aanbesteder zich op het standpunt mogen stellen dat de inschrijving abnormaal laag is.

Voorbeeld Een wegenbouwbedrijf heeft buitengewoon scherp (lager dan de raming van aanbesteder en de inschrijvingen van de andere inschrijvers) ingeschreven op een grote opdracht tot het aanleggen van een nieuwe gemeentelijke rondweg. Uit de gevraagde precisering van de inschrijving blijkt dat het lage prijsniveau mogelijk is omdat de uitvoering van deze opdracht voor het bedrijf precies aansluit op een werk dat de inschrijver even verderop voor een andere aanbesteder uitvoert. Daardoor kan leegloop worden voorkomen en aanzienlijke aan- en afvoerkosten van het in te zetten materieel worden bespaard. Onder die omstandigheden zal de aanbesteder zich niet op het standpunt mogen stellen dat de inschrijving abnormaal laag is.

Gesteld dat de aanbesteder inderdaad kan aantonen dat de betreffende inschrijving als abnormaal laag kan worden gekwalificeerd, dan *kan* de aanbesteder die inschrijving afwijzen. Hij is op grond van het aanbestedingsrecht echter niet verplicht dat te doen.

Toelichting Op grond van aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving is de aanbesteder overigens wel verplicht om ingeval van afwijzing van een abnormaal lage inschrijving die afwijzing te melden aan de Europese Commissie, zie art. 55 lid 3 Algemene Richtlijn en art. 57 lid 3 Richtlijn Nutssectoren. Zie ook art. 56 lid 5 Bao en art. 59 lid 5 Bass en art. 2.27.4, art. 3.29.4, art. 4.28.4, art. 5.27.4, art. 6.24.4 en art. 10.7.4 ARW 2005.

De aanbesteder kan overigens verplicht zijn – niet op grond van het aanbestedingsrecht, maar op grond van het privaatrecht – de inschrijver te wijzen op het feit dat zijn inschrijving abnormaal laag is. In het verlengde daarvan kan de privaatrechtelijke verplichting bestaan de inschrijver te vragen of hij zijn inschrijving daadwerkelijk gestand wil doen. Doet de aanbesteder dat niet, dan loopt hij het risico dat de inschrijver zich achteraf beroept op een kennelijke vergissing in zijn inschrijving en aldus de nietigheid van zijn inschrijving inroept. De omstandigheid dat de aanbesteder op grond van zijn aanbestedingsrechtelijke bevoegdheid om preciseringen van een abnormaal lage inschrijving vraagt, kan er overigens op wijzen dat hij zijn hiervoor genoemde privaatrechtelijke verplichtingen moet naleven om te voorkomen dat de inschrijver zich op een later tijdstip met succes op de nietigheid van zijn inschrijving beroept.

Bron Zie in dit verband art. 3:33 jo. art. 3:35 en 3:11 BW.

Wanneer een inschrijver ondanks de door de aanbesteder gevraagde preciseringen en geëxpliciteerde twijfels blijft volharden in zijn inschrijving, kan hij nadien niet meer met behulp van het privaatrecht de nietigheid van zijn inschrijving inroepen.

4.2.6 Gunnen aan een andere inschrijver

In het verlengde van het verbod uit paragraaf 4.2.3 om een inschrijving te verbeteren, ligt het verbod om de bouwopdracht aan een andere inschrijver te gunnen dan aan degene die als beste uit de bus is gekomen. Hiermee zou de aanbesteder immers afwijken van het door hem gestelde gunningscriterium.

Een dergelijke gang van zaken is aanbestedingsrechtelijk niet geoorloofd. *Als de aanbesteder wenst over te gaan tot gunning van de bouwopdracht, dan moet hij de opdracht gunnen aan de inschrijver wiens inschrijving het best beantwoordt aan het gunningscriterium.*

4.2.7 Niet gunnen, annuleren en vervolgens afzien van de bouwopdracht

Het staat de aanbesteder vrij om op elk moment tijdens de aanbestedingsprocedure – dus ook nadat hij de inschrijvingen heeft ontvangen en beoordeeld – te besluiten van zijn bouwvoornemen af te zien.

Bron Zie art. 2.29.1, art. 3.31.1, art. 4.29.1, art. 5.32.1, art. 6.28.1, art. 7.21.1, art. 9.6.1, art. 10.9.1 ARW 2005.

Voorbeeld Na ontvangst van de inschrijvingen voor de bouw van een nieuw stadhuis annex bibliotheek, besluit de gemeente alsnog om niet tot gunning van de opdracht over te gaan. Niet van belang is daarbij of de gemeente daartoe een rechtsgeldige grond heeft, zoals bijvoorbeeld het niet doorgaan van een samenvoeging van enkele gemeenten, waardoor er geen behoefte meer bestaat aan het gebouw of dat er als gevolg van de zogenoemde kredietcrisis een tekort is ontstaan op de gemeentelijke begroting.

Met het in gang zetten van een aanbestedingsprocedure verplicht de aanbesteder zich er dus niet toe om tot de daadwerkelijke gunning van de bouwopdracht over te gaan, ook niet aan de inschrijver wiens inschrijving als beste uit de bus is gekomen. De aanbesteder mag te allen tijde besluiten de aanbestedingsprocedure te annuleren en af te zien van het bouwproject om hem moverende redenen.

4.2.8 Niet gunnen, annuleren en rechtstreeks gunnen aan een derde

Gesteld dat de aanbesteder om hem moverende redenen besluit de bouwopdracht niet te gunnen aan de inschrijver wiens inschrijving als beste uit de bus is gekomen en de aanbestedingsprocedure te annuleren, dan rijst de vraag of hij die opdracht vervolgens kan gunnen aan een marktpartij die niet aan de aanbestedingsprocedure heeft deelgenomen: de zogenoemde 'derde'.

Toelichting Een dergelijke gang van zaken zou voor de aanbesteder aantrekkelijk kunnen zijn, zeker wanneer blijkt dat die derde – geconfronteerd met informatie over de uitkomsten van de inmiddels geannuleerde aanbestedingsprocedure – bereid is om een inschrijving te doen die op grond van het gestelde

gunningscriterium hogere ogen gooit dan de inschrijving die toen als beste uit de bus is gekomen.

Voorbeeld Na annulering van de opdracht tot de bouw van het gemeentehuis annex bibliotheek meldt zich een bouwbedrijf bij de gemeente dat bereid is om dat project alsnog te realiseren tegen een prijs die bijna 10% lager ligt dan de prijs die bij de beste inschrijving tijdens de aanbestedingsprocedure is ingediend. De gemeente overweegt om op dat aanbod in te gaan.

Een dergelijke praktijk is aanbestedingsrechtelijk verboden. Hier kan het ook in paragraaf 4.2.6 geformuleerde uitgangspunt worden herhaald dat *als* de aanbesteder wenst over te gaan tot gunning van de bouwopdracht, hij die opdracht zal moet gunnen aan de inschrijver wiens geldige inschrijving in het licht van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus is gekomen.

Toelichting Een *verplichting* om te gunnen is er zoals gezegd niet. De aanbesteder kan altijd afzien van zijn bouwvoornemen, zie par. 4.2.7.

Het is overigens denkbaar dat de motivatie voor de aanbesteder om de aanbestedingsprocedure te annuleren en de bouwopdracht te gunnen aan een derde is gelegen in een voor hem teleurstellend inschrijvingsresultaat.

Toelichting In het bijzonder kan hier natuurlijk worden gedacht aan de situatie dat zelfs de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen, een in de optiek van de aanbesteder veel te hoge inschrijving heeft ingediend.

Ook in die situatie is het echter verboden om na de annulering van de aanbestedingsprocedure de bouwopdracht aan een derde te gunnen. Een aanbesteder die van mening is dat alle ontvangen geldige inschrijvingen te hoog zijn, zal alleen nog kunnen proberen tot een heraanbesteding van de bouwopdracht over te gaan op basis van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Toelichting Zie voor die mogelijkheid meer uitvoerig hoofdstuk 5, par. 5.2.3.1. Het juridische aanknopingspunt is dan dat alle inschrijvingen als onaanvaardbaar moeten worden beschouwd. Bij de beantwoording van de vraag of de inschrijvingen inderdaad onaanvaardbaar zijn, is overigens de subjectieve mening van de aanbesteder niet relevant. Het gaat er om of de inschrijvingen naar objectieve maatstaven gemeten als te hoog moeten worden beschouwd.

4.2.9 Niet gunnen, annuleren en dezelfde bouwopdracht heraanbesteden

Een aanbesteder die niet tevreden is over het inschrijvingsresultaat, zal mogelijk overwegen de aanbestedingsprocedure te annuleren en tot heraanbesteding van exact dezelfde bouwopdracht over te gaan. Uitgaande van de veronderstelling dat na annulering van de aanbestedingsprocedure bekend wordt wat de 'hoogte' is van de inschrijving die als beste uit de bus is gekomen, zal dergelijke informatie mogelijk van invloed zijn op het inschrijvingsgedrag van de inschrijvers die besluiten deel te nemen aan de heraanbesteding.

Voorbeeld Stel dat het niet opdragen van de bouw van het gemeentehuis annex bibliotheek als hiervoor vermeld, is veroorzaakt omdat de aanbesteder meent dat ook de beste inschrijving op een prijsniveau ligt dat hoger ligt dan de aanbesteder redelijkerwijs mocht verwachten. De gemeente overweegt om korte tijd later de opdracht in ongewijzigde vorm andermaal in de markt te zetten in de hoop op die manier betere inschrijvingen te verkrijgen.

Een heraanbesteding van dezelfde bouwopdracht is in beginsel verboden wanneer bij de geannuleerde aanbestedingsprocedure een geldige inschrijving als beste uit de bus is gekomen.

Bron Zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 477.

Hier moet overigens een uitzondering worden gemaakt voor het geval waarin alle inschrijvingen naar objectieve maatstaven gemeten als 'te hoog' moeten worden beschouwd en om die redenen allemaal als onaanvaardbaar moeten worden beschouwd. Zie hierover ook hoofdstuk 5, par. 5.2.3.1. In dat geval kunnen een of meer inschrijvingen weliswaar geldig zijn, maar kan de aanbesteder, zoals in die paragraaf uitgelegd, overgaan tot een heraanbesteding van de bouwopdracht met gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, vooropgesteld dat hij de vraagspecificatie niet wezenlijk wijzigt.

Een dergelijk verbod zal overigens niet tot in lengte van dagen behoeven te duren. De hoogte van de inschrijvingen die zijn ingediend vormt immers een momentopname van de marktomstandigheden zoals die op het moment van inschrijving golden. Die omstandigheden zullen in het verloop van de tijd veranderen zodat informatie over de hoogte van de inschrijvingen die bij de geannuleerde aanbestedingsprocedure zijn ingediend na verloop van tijd geen reële afspiegeling meer zal vormen van de inmiddels veranderde marktomstandigheden. Het is overigens de aanbesteder die zal moeten bewijzen dat de marktomstandigheden zich inmiddels zodanig hebben gewijzigd dat een heraanbesteding van dezelfde bouwopdracht (weer) mogelijk is.

4.2.10 Niet gunnen, annuleren, bouwopdracht wijzigen en heraanbesteden

Wanneer een aanbesteder niet tevreden is over het inschrijvingsresultaat, rijst tot slot nog de vraag of hij de aanbestedingsprocedure mag annuleren en tot heraanbesteding van de bouwopdracht mag overgaan op basis van een aangepaste vraagspecificatie.

Toelichting Dat het inschrijvingsresultaat tegenvalt, kan zoals gezegd te maken hebben met de wijze waarop de aanbesteder het aanbestedingsproces heeft ingericht, zie par. 3. De aanbesteder kan zelf ook tot dat inzicht komen en beseffen dat met een heraanbesteding op basis van een gewijzigde en daardoor verbeterde vraagspecificatie zijn belangen beter tot hun recht kunnen komen.

Deze vraag kan bevestigend worden beantwoord. Het staat de aanbesteder vrij op elk gewenst ogenblik de aanbestedingsprocedure te annuleren om zijn vraagspecificatie te wijzigen en de bouwopdracht opnieuw, maar nu dus in gewijzigde vorm, aan te besteden. Een

voorwaarde is dan wel dat er sprake is van een wezenlijke wijziging van de eisen van de vraagspecificatie.

Voorbeeld Een waterschap heeft een aanbesteding gehouden voor het op basis van een voorgeschreven ontwerp (dus met toepassing van de traditionele bouworganisatievorm) bouwen van een waterzuiveringsinstallatie. Het waterschap heeft, na ontvangst van de inschrijvingen, ervan afgezien om het werk te gunnen omdat het niet tevreden is met het inschrijvingsresultaat. Een wezenlijke wijziging is vervolgens wanneer het waterschap de benodigde waterzuiveringsinstallatie functioneel specificeert en de realisatie daarvan op basis van D&B, met meerjarig onderhoud, in de markt zet. Daarvan is ook sprake als het waterschap weliswaar vasthoudt aan toepassing van de traditionele bouworganisatievorm, maar een installatie voorschrijft die volgens een geheel ander technisch principe werkt of een veel grotere capaciteit heeft.

Als de aanbesteder besluit over te gaan tot annulering van de aanbestedingsprocedure en tot heraanbesteding van de bouwopdracht zonder de eisen van de vraagspecificatie wezenlijk te wijzigen, doet zich in feite de in paragraaf 4.2.9 behandelde verboden situatie voor.

Voorbeeld In het vorige voorbeeld kan waarschijnlijk niet van een wezenlijke wijziging worden gesproken als de installatie in ongewijzigde vorm met behulp van de traditionele bouworganisatievorm opnieuw in de markt wordt gezet en verder alleen is bepaald dat de aannemer de installatie nu gedurende drie jaren dient te onderhouden.

Een aanbesteder moet zich tot slot nog realiseren dat wanneer hij op enig ogenblik tijdens de aanbestedingsprocedure besluit om de vraagspecificatie wezenlijk aan te passen – dus ook nadat hij de inschrijvingen heeft ontvangen en beoordeeld – hij *moet* overgaan tot heraanbesteding van de bouwopdracht.

Toelichting Zie in dit verband ook hoofdstuk 3, par. 4.3.3.3.

4.3 Uitgangspositie: de aanbesteder kan niet gunnen

In de volgende paragrafen wordt als vertrekpunt genomen dat de aanbesteder feitelijk geen inschrijvingen heeft ontvangen of dat geen van de inschrijvers om juridische redenen voor gunning van de bouwopdracht in aanmerking komt. De vraag is dan welke beslissingen de aanbesteder eventueel nog zou kunnen nemen. Ook nu geldt weer dat niet alle hierna te behandelen beslissingen juridisch gezien toelaatbaar zijn.

4.3.1 Vragen om verduidelijking en aanvulling van een inschrijving

Als de beoordeling van de ontvangen inschrijvingen uitwijst dat geen van de inschrijvers vanwege juridische bezwaren voor gunning in aanmerking komt, heeft het vanuit het perspectief van het nemen van een gunningsbeslissing geen toegevoegde waarde om een of meer van die inschrijvers nog te vragen hun inschrijvingen te verduidelijken en/of aan te vullen.

Toelichting Een inschrijver komt immers niet voor gunning in aanmerking wanneer zijn inschrijving op een of meer onderdelen afwijkt van de eisen van de vraagspecificatie. In dat geval moet de inschrijving als ongeldig worden aangemerkt. Zie in dit verband ook art. 2.25, art. 3.27, art. 4.26, art. 5.26, art. 6.23, art. 7.17, art. 9.5 en art. 10.5 ARW 2005.

Bij de meeste aanbestedingsprocedures zal tijdens een eerder stadium van die procedure reeds zijn vastgesteld welke gegadigden wel en niet tot inschrijving kunnen worden uitgenodigd. Bij de openbare procedure ligt dat zoals gezegd anders en zal bij de beoordeling van een *inschrijving* ook moeten worden beoordeeld of een *inschrijver* moet worden uitgesloten op grond van een uitsluitingsgrond en/of niet voldoen aan een kwalitatieve geschiktheids-eis. Gesteld dat die vraag bevestigend wordt beantwoord, dan komt zo'n inschrijver om die reden evenmin voor gunning in aanmerking.

Zoals is toegelicht in paragraaf 4.2.1, kan een verduidelijking of aanvulling van een inschrijving niet leiden tot een inhoudelijke wijziging van die inschrijving. Een ongeldige inschrijving kan dus niet worden verduidelijkt of aangevuld tot een geldige inschrijving. In paragraaf 5.2 zal overigens blijken dat het vragen om een verduidelijking eventueel nog zinvol kan zijn in het kader van het nemen van een doelmatige vervolgbeslissing.

4.3.2 Toestaan dat fouten worden hersteld

Het feit dat geen van de ontvangen inschrijvingen voor gunning in aanmerking komt, wordt soms veroorzaakt doordat alle inschrijvingen behept zijn met fouten. Denkbaar is dat geen van de inschrijvingen voldoet aan de eisen van de vraagspecificatie. Als er een openbare procedure is gevolgd kan het voorkomen dat alle inschrijvers moeten worden uitgesloten op basis van een uitsluitingsgrond of dat geen van zich heeft gekwalificeerd. Een combinatie van deze oorzaken is natuurlijk ook mogelijk.

Zoals reeds is toegelicht in paragraaf 4.2.2 is het verboden dat de aanbesteder een inschrijver de mogelijkheid biedt 'fouten' in zijn inschrijving te herstellen. Dat geldt dus ook voor de situatie waarin geen van de ontvangen inschrijvingen voor gunning in aanmerking komt. Ook hier is echter ruimte voor een uitzondering wanneer de 'fout' er uit bestaat dat de inschrijver heeft verzuimd bepaalde bewijsstukken op te nemen in zijn inschrijving waarmee hij kan aantonen dat een uitsluitingsgrond in zijn geval niet van toepassing is of waarmee hij kan bewijzen te voldoen aan de gestelde geschiktheidscriteria.

Toelichting Zie hierover meer uitvoerig par. 4.2.2.

4.3.3 Annuleren en vervolgens afzien van de bouwopdracht

Het staat de aanbesteder vrij om op elk moment tijdens de aanbestedingsprocedure te besluiten die procedure te annuleren en van zijn bouwvoornemen af te zien.

Toelichting Zie hierover meer uitvoerig par. 4.2.7.

Dat kan de aanbesteder dus ook wanneer hij na afloop van de inschrijvingstermijn heeft vastgesteld dat hij feitelijk geen inschrijvingen heeft ontvangen dan wel na beoordeling van

de ontvangen inschrijvingen op formele gronden heeft moeten vaststellen dat geen van de inschrijvers voor gunning van de bouwopdracht in aanmerking komt.

4.3.4 Annuleren en rechtstreeks gunnen aan een derde

Als de aanbestedingsprocedure feitelijk gezien geen enkele inschrijving oplevert, is het de aanbesteder toegestaan die procedure te annuleren en de bouwopdracht rechtstreeks te gunnen aan een derde. Formeel gebeurt dat dan via gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

Toelichting Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 5, par. 5.2.4.1.

De aanbesteder mag dat overigens ook doen wanneer geen van de ingediende inschrijvingen als geldig kan worden aangemerkt.

Toelichting Hier valt bijvoorbeeld te denken aan de situatie waarin alle inschrijvingen te laat zijn ingediend en/of onder voorwaarden zijn ingediend. Ook kan worden gedacht aan het geval waarin alle ontvangen inschrijvingen als ongeldig moeten worden beschouwd, bijvoorbeeld omdat de inschrijvingen op belangrijke onderdelen niet voldoen aan de eisen van de vraagspecificatie. Zie over deze situaties ook hoofdstuk 5, par. 5.2.4.1.

Dit mag ook worden gedaan als geen van de ingediende inschrijvingen als geschikt kan worden aangemerkt.

Toelichting Zie ook over deze situatie hoofdstuk 5, par. 5.2.4.1. Daar blijkt overigens dat dit een situatie is die zich zelden of nooit voordoet.

Van deze situaties moet overigens worden onderscheiden de situatie die zich eventueel kan voordoen bij een openbare procedure. Het gaat dan om de situatie waarin de aanbesteder weliswaar een aantal geldige inschrijvingen heeft ontvangen, maar waarbij tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat geen van de inschrijvers voldoet aan de gestelde kwalitatieve geschiktheids-eisen en/of dat alle inschrijvers moeten worden uitgesloten op grond van een van toepassing zijnde uitsluitingsgrond. In zo'n situatie moeten alle inschrijvingen als onaanvaardbaar worden aangemerkt. Gunning van de opdracht aan een derde – via de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking – is in dit geval verboden. De aanbesteder kan wel de bouwopdracht heraanbesteden met gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Zie over deze situatie hoofdstuk 5, par. 5.2.3.1 en par. 4.3.5.

Als de aanbesteder de bouwopdracht mag gunnen aan een derde onder gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, geldt daarbij overigens wel dat de aanbesteder de eisen van de vraagspecificatie niet wezenlijk mag wijzigen.

Toelichting Zie opnieuw hoofdstuk 5, par. 5.2.4.1.

Tot slot moet de aanbesteder zich nog realiseren dat het doorschakelen naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking niet noodzakelijkerwijs behoeft te betekenen dat hij die procedure met slechts één door hem te kiezen derde doorloopt. Hij kan ook twee of meer derden vragen aan de procedure deel te nemen.

4.3.5 Annuleren en dezelfde bouwopdracht heraanbesteden

Wanneer er geen of ongeschikte inschrijvingen zijn ingediend, is de aanbesteder overigens niet verplicht de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te gebruiken in het kader van de heraanbesteding. Hij mag daar ook een ander type aanbestedingsprocedure voor gebruiken.

Toelichting Zoals in par. 4.2.9 is toegelicht, is een heraanbesteding van dezelfde bouwopdracht verboden wanneer bij de geannuleerde aanbestedingsprocedure een geldige inschrijving als beste uit de bus is gekomen. Van een geldige inschrijving is echter geen sprake in gevallen waarin hetzij feitelijk, hetzij juridisch geen inschrijvingen zijn ingediend of wanneer alleen maar ongeschikte inschrijvingen zijn ingediend. Daarom is het in die gevallen ook niet bezwaarlijk om de aanbesteder toe te staan dezelfde bouwopdracht opnieuw aan te besteden.

Wat moet worden verstaan onder geen of ongeschikte inschrijvingen, is uitvoeriger toegelicht in hoofdstuk 5, par. 5.2.4.1.

De aanbesteder mag de bouwopdracht ook ongewijzigd heraanbesteden wanneer hij in het kader van een openbare procedure een of meer geldige inschrijvingen heeft ontvangen, maar geen van de inschrijvers voldoet aan de gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen en/of alle inschrijvers moeten worden uitgesloten op grond van een van toepassing zijnde uitsluitingsgrond.

Toelichting In zo'n situatie moeten alle inschrijvingen als onaanvaardbaar worden aangemerkt. De aanbesteder mag de bouwopdracht dan heraanbesteden met gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Zie over deze situatie hoofdstuk 5, par. 5.2.3.1.

4.3.6 Annuleren, bouwopdracht wijzigen en heraanbesteden

Annuleren van de aanbestedingsprocedure met het oog op heraanbesteden van de bouwopdracht na wijziging van de eisen van de vraagspecificatie mag op elk gewenst moment tijdens een aanbestedingsprocedure plaatsvinden.

Toelichting Zie par. 4.2.10. Een voorwaarde is dan wel dat er sprake is van een wezenlijke wijziging van de eisen van de vraagspecificatie.

De aanbesteder mag dat dus ook doen nadat hij heeft geconstateerd dat er in het geheel geen inschrijvingen zijn ingediend of dat er in het geheel geen geldige inschrijvingen zijn ingediend door daartoe gekwalificeerde inschrijvers.

5 Doelmatig beslissen na afloop van de inschrijvingstermijn

5.1 Uitgangspositie: de aanbestede kan gunnen

Wanneer de aanbestede na afloop van de inschrijvingstermijn en na beoordeling van de ontvangen inschrijvingen heeft geconstateerd dat een of meer geldige inschrijvingen zijn ingediend door gekwalificeerde inschrijvers, zal hij vervolgens kunnen bepalen welke van die inschrijvers in het licht van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus komt. Dat betekent dat er juridisch gezien geen beletsel meer bestaat de bouwopdracht te gunnen aan die inschrijver.

Dat er juridisch geen beletsel tot gunnen bestaat, betekent niet dat de aanbestede ook altijd tevreden zal zijn met het inschrijvingsresultaat. Als hij niet tevreden is, doet hij er verstandig aan zoveel mogelijk te achterhalen wat de oorzaak is van het voor hem tegenvallende inschrijvingsresultaat. Hij moet dat doen met het oog op het nemen van een van de beslissingen die hij juridisch zou *kunnen* nemen.

Toelichting De aanbestede kan (i) ofwel de bouwopdracht gunnen aan de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen, (ii) ofwel de aanbestedingsprocedure annuleren en vervolgens (a) hetzij definitief afzien van zijn bouwvoornemen, (b) hetzij de eisen van de vraagspecificatie wijzigen met het oog op een heraanbesteding van de bouwopdracht.

De mogelijkheid die zich ook nog kan voordoen, is dat de aanbestede formeel weliswaar tot gunning *kan* overgaan, maar dat alle inschrijvingen naar objectieve maatstaven gemeten als ‘te hoog’ moeten worden beschouwd en om die redenen allemaal als onaanvaardbaar moeten worden beschouwd. In dat geval kan de aanbestede overgaan tot een heraanbesteding van de bouwopdracht met gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, vooropgesteld dat hij de vraagspecificatie niet wezenlijk wijzigt. Zie hierover ook hoofdstuk 5, par. 5.2.3.1.

In alle andere gevallen waarin de inschrijvingen onaanvaardbaar zijn, zal de aanbestede in de regel *niet* tot gunning *kunnen* overgaan. Ook dat wordt in de hiervoor vermelde paragraaf van hoofdstuk 5 verduidelijkt. Die gevallen komen hierna nog aan bod in par. 5.2.

De aanbestede kan proberen de oorzaak van het voor hem tegenvallende inschrijvingsresultaat te achterhalen door binnen de kaders van hetgeen juridisch toelaatbaar is gebruik te maken van de mogelijkheid de inschrijvers te vragen hun inschrijvingen te verduidelijken of aan te vullen.

Toelichting Zie ook par. 4.2.1. Zie bovendien hoofdstuk 6, par. 4.3.6 en 5.3.4.

De een-op-eencommunicatie die in dat kader juridisch mag plaatsvinden, kan de aanbesteder onder andere inzicht geven in het antwoord op de vraag waarom de markt heeft gereageerd op de vraagspecificatie op de wijze zoals dat is gebeurd. Aan het licht kan bijvoorbeeld komen dat de aanbesteder de marktomstandigheden niet goed heeft ingeschat of dat de inschrijvers de eisen van de vraagspecificatie anders hebben begrepen dan de aanbesteder heeft bedoeld. Ook is denkbaar dat de vraagspecificatie met een aantal gebreken is behept en dat zich dat heeft vertaald in de inschrijvingen.

Voorbeeld Het Rijk besteedt de aanleg van een nieuwe snelweg aan op basis van D&B en met daaraan verbonden de verplichting tot het onderhouden van de weg gedurende een periode van 20 jaar. De verstrekte informatie over de bodemgesteldheid die in het tracé aanwezig is, is evenwel summier. Bovendien is bepaald dat de aanbidders het risico moeten dragen van het wijzigen van de relevante publiekrechtelijke regelgeving voor de aanleg en het onderhoud van de weg gedurende de komende 15 jaar. De inschrijvers schatten deze risico's naar beste weten en kunnen in, maar het leidt toch tot een voor de aanbesteder tegenvallend inschrijvingsresultaat.

Vanuit het oogpunt van doelmatigheid wordt sterk aanbevolen de ruimte tot het vragen om verduidelijkingen en aanvullingen die juridisch is toegestaan, zoveel mogelijk te benutten. Op die manier kan een aanbesteder die ontevreden is over het inschrijvingsresultaat zich zelf goed informeren en vervolgens een doelmatige vervolgbeslissing in het aanbestedingsproces nemen.

Toelichting Het is natuurlijk ook verstandig om de oorzaken van het tegenvallende inschrijvingsresultaat te proberen te achterhalen met behulp van andere deskundigen dan de inschrijvers.

Optimalisering van het inschrijvingsresultaat door middel van het voeren van onderhandelingen met een of meer inschrijvers, alvorens te beslissen de bouwopdracht al dan niet te gunnen, is bij de meeste aanbestedingsprocedures verboden. Dergelijke onderhandelingen mogen alleen plaatsvinden in het kader van een onderhandelingsprocedure. Een aanbesteder die een dergelijke procedure toepast en vervolgens ontevreden is over het inschrijvingsresultaat, wordt ten eerste aangeraden de maximale ruimte binnen die procedure te benutten om te proberen tot een optimaal resultaat te komen.

Toelichting Zie hierover ook par. 4.2.4. Zie meer uitvoerig hoofdstuk 6, par. 4.3.6.3.

De aanbesteder moet zich overigens wel realiseren dat wanneer bij een onderhandelingsprocedure de oorzaak van het tegenvallende inschrijvingsresultaat is gelegen in de eisen van de vraagspecificatie, het voeren van onderhandelingen geen ruimte biedt om die eisen aan te passen. Onderhandelingen voeren biedt dus niet altijd een oplossing om tot een verbetering van het inschrijvingsresultaat te komen.

Een aanbesteder kan nadat hij informatie heeft verkregen via de geschetste mogelijkheden, vervolgens doelmatig de voor- en nadelen afwegen die kleven aan het gunnen van de bouwopdracht aan de inschrijver wiens inschrijving als beste uit de bus is gekomen of aan

het annuleren van de aanbestedingsprocedure, al dan niet in combinatie met een heraanbesteding van een gewijzigde bouwopdracht.

Toelichting Andere opties heeft de aanbesteder niet. Wat hij dus niet mag doen, is fouten in inschrijvingen laten herstellen, inschrijvingen laten verbeteren, gunnen aan een andere inschrijver of aan een derde of heraanbesteding van dezelfde bouwopdracht. Zie hiervoor par. 4.2.2, par. 4.2.3, par. 4.2.6, par. 4.2.8 en par. 4.2.9.

Wanneer de oorzaak van het tegenvallende inschrijvingsresultaat vooral verband lijkt te houden met het feit dat de aanbesteder de marktsituatie verkeerd heeft ingeschat, komt het uiteindelijk aan op de vraag of deze in staat en bereid is de prijs te betalen die de markt vraagt voor uitvoering van de bouwopdracht. Bij een bevestigend antwoord is het doelmatig om over te gaan tot gunning van de bouwopdracht aan de inschrijver wiens inschrijving als beste uit de bus is gekomen.

Voorbeeld Een provincie heeft zich bij het in de markt zetten van een grote infrastructuurele opdracht door een openbare aanbesteding onvoldoende gerealiseerd dat de daarvoor in aanmerking komende bedrijven al zeer goed gevulde orderportefeuilles hadden. Hierdoor heeft zij slechts een gering aantal inschrijvingen ontvangen en daarvan lag het prijsniveau hoger dan dat waarvan de provincie enkele jaren geleden bij het bepalen van het budget is uitgegaan.

Als de aanbesteder niet bereid of in staat is de prijs te betalen die de markt vraagt, maar afstel van het bouwproject geen optie is, heeft de aanbesteder geen andere mogelijkheid dan de bouwopdracht opnieuw aan te besteden na wijziging van de eisen van de vraagspecificatie.

Toelichting Hier wordt nog eens opgemerkt dat de aanbesteder zich soms op het standpunt zal kunnen stellen dat alle inschrijvingen naar objectieve maatstaven gemeten als te hoog moeten worden beschouwd en om die redenen allemaal als onaanvaardbaar moeten worden beschouwd. Dan kan de aanbesteder overgaan tot een heraanbesteding van de bouwopdracht op basis van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, vooropgesteld dat hij de vraagspecificatie niet wezenlijk wijzigt. Zie hierover ook hoofdstuk 5, par. 5.2.3.1.

Als de aanbesteder de vraagspecificatie wil wijzigen en wil overgaan tot heraanbesteding, zal hij daarbij wel moeten nagaan of de kosten die daarmee verband houden en de vertraging die daardoor in het aanbestedingsproces ontstaat, opwegen tegen het voordeel dat hij met een en ander beoogt te bereiken.

Als de oorzaak van het tegenvallende inschrijvingsresultaat vooral verband houdt met de inhoud van de eisen van de vraagspecificatie, is het niet verstandig tot gunning van de bouwopdracht over te gaan. De doelstellingen die de aanbesteder met het bouwproces beoogt te verwezenlijken, zullen dan niet of onvoldoende worden gerealiseerd.

Voorbeeld In het voorbeeld van het snelwegproject eerder in deze paragraaf zou het Rijk zich de vraag moeten stellen in hoeverre de eis dat de aanbieders het risico lopen van wijzigende publiekrechtelijke regelgeving in de komende 15 jaren, het inschrijvingsresultaat ongunstig heeft beïnvloed. Als dat inderdaad het geval is geweest, is het beter dat de aanbesteder de opdracht in gewijzigde vorm (zonder dat risico) opnieuw in de markt zet. Bovendien kan hij overwegen de inschrijvers deze keer van meer informatie over de bodemgesteldheid in het tracé van de weg te voorzien.

Echter, als de aanbesteder accepteert dat hij zijn doelstellingen niet volledig zal kunnen realiseren, is gunning van de bouwopdracht een reële optie.

5.2 Uitgangspositie: de aanbesteder kan niet gunnen

Wanneer de aanbesteder na afloop van de inschrijvingstermijn geen inschrijvingen heeft ontvangen of wanneer na beoordeling van de ontvangen inschrijvingen blijkt dat vanwege juridische bezwaren geen van de inschrijvers voor gunning in aanmerking komt en de aanbesteder dus *niet kan* gunnen aan een inschrijver, zal de aanbesteder per definitie ontevreden zijn over het inschrijvingsresultaat.

Ook in deze situatie doet de aanbesteder er verstandig aan zoveel mogelijk te achterhalen wat de oorzaak is van het voor hem tegenvallende inschrijvingsresultaat. Hij moet dat wederom doen met het oog op het nemen van een van de beslissingen die hij juridisch zou *kunnen* nemen.

Toelichting Nu de aanbesteder de bouwopdracht niet aan een inschrijver kan gunnen, rest hem slechts de optie de aanbestedingsprocedure te annuleren en vervolgens (a) hetzij definitief af te zien van zijn bouwvoornemen, (b) hetzij de eisen van de vraagspecificatie te wijzigen met het oog op een heraanbesteding van de bouwopdracht. Anders dan in de situatie die is behandeld in par. 5.1 heeft de aanbesteder nu echter ook een aantal specifieke mogelijkheden om na annulering van de aanbestedingsprocedure dezelfde bouwopdracht opnieuw aan te besteden met gebruikmaking van een van de onderhandelingsprocedures. Zie daarvoor meer uitvoerig par. 4.3.4 en 4.3.5. Andere opties heeft de aanbesteder niet.

De aanbesteder zou kunnen proberen de oorzaak van het voor hem tegenvallende inschrijvingsresultaat te achterhalen door binnen de kaders van hetgeen juridisch toelaatbaar is gebruik te maken van de mogelijkheid de inschrijvers te vragen hun inschrijvingen te verduidelijken.

Toelichting Zie hiervoor ook par. 4.2.1 en met name 4.3.1. Zie bovendien hoofdstuk 6, par. 4.3.6 en 5.3.4.

Het vragen om een verduidelijking kan er niet toe leiden dat alsnog kan worden besloten tot gunning van de bouwopdracht aan een van de inschrijvers. Een-op-eencommunicatie kan echter waardevolle informatie opleveren die de aanbesteder nodig heeft om een doelmatige vervolgbeslissing te nemen.

Toelichting Vergelijk in dit verband ook par. 5.1.

Het voeren van onderhandelingen met het oog op het optimaliseren van het inschrijvingsresultaat is bij de meeste aanbestedingsprocedures verboden. Dergelijke onderhandelingen mogen alleen plaatsvinden in het kader van de onderhandelingsprocedures. Omdat het in deze paragraaf om de situatie gaat dat gunning van de bouwopdracht niet mogelijk is, is het voeren van onderhandelingen vanuit het perspectief om tot gunning te komen dan ook niet erg zinvol. Anderzijds kan de aanbesteder die onderhandelingsmogelijkheid in het verlengde van de mogelijkheid tot het vragen om verduidelijking van de inschrijving wel gebruiken om inzicht te krijgen in de oorzaken van het tegenvallende inschrijvingsresultaat.

Een aanbesteder kan nadat hij informatie heeft verkregen via de geschetste mogelijkheden, vervolgens doelmatig de voor- en nadelen afwegen die kleven aan het al of niet opnieuw aanbesteden van de bouwopdracht. Gesteld dat hij een eventuele heraanbesteding van de bouwopdracht overweegt, dan kan hij op grond van de verkregen informatie tevens doelmatig afwegen of hij er wel of niet verstandig aan doet de eisen van de vraagspecificatie te wijzigen.

Wanneer de oorzaak van het tegenvallende inschrijvingsresultaat is gelegen in de inhoud van de eisen van de vraagspecificatie, doet de aanbesteder er bij een heraanbesteding van de bouwopdracht verstandig aan die eisen aan te passen.

Toelichting In zoverre is er geen verschil met de in par. 5.1 besproken situatie.

Een aanbesteder moet zich echter wel realiseren dat als er bij een heraanbesteding gebruik wordt gemaakt van een onderhandelingsprocedure dit betekent dat de eisen van de vraagspecificatie niet mogen zijn gewijzigd.

Toelichting Zie hierover hoofdstuk 5, par. 5.2.3.1 en 5.2.4.1.

Juist omdat de aanbesteder tot het inzicht is gekomen dat de vraagspecificatie uit het oogpunt van doelmatigheid wél moet worden gewijzigd, wordt gebruikmaking van de onderhandelingsprocedures afgewezen zelfs wanneer het juridisch is toegestaan die procedure te gebruiken.

Voorbeeld Het inschrijvingsresultaat van een aanbestedingsprocedure valt tegen, in de zin dat alle inschrijvers naar objectieve maatstaven gemeten een te hoge inschrijving hebben ingediend. Dat betekent dat alle inschrijvingen onaanvaardbaar zijn en dat de aanbesteder zich op het standpunt mag stellen dat hij de bouwopdracht niet kan gunnen. De consequentie daarvan is dat de aanbesteder de aanbestedingsprocedure mag annuleren en dezelfde bouwopdracht mag heraanbesteden op basis van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, zie hoofdstuk 5, par. 5.2.3.1. De aanbesteder heeft de oorspronkelijke inschrijvers echter gevraagd om hun inschrijvingen te verduidelijken en is in dat kader tot het inzicht gekomen dat hij zijn vraagspecificatie op onderdelen anders had moeten inrichten om het doel te realiseren dat hij met het bouwproces beoogt. Hij besluit de vraagspecificatie dan

ook aan te passen. Dit betekent echter dat de heraanbesteding niet meer op basis van de onderhandelingsprocedure mag plaatsvinden, althans niet op grond van de stelling dat bij de eerdere aanbesteding alleen maar onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend.

Wanneer de oorzaak van het teleurstellende inschrijvingsresultaat geen verband houdt met de eisen van de vraagspecificatie, kan zich de situatie voordoen dat de aanbesteder de juridische mogelijkheid heeft na annulering van de aanbestedingsprocedure dezelfde bouwopdracht opnieuw aan te besteden op grond van een onderhandelingsprocedure.

Toelichting Zie in dit verband par. 4.3.4 en 4.3.5.

Voorbeeld Alle inschrijvers hebben te laat ingeschreven en/of een inschrijving onder voorwaarden ingediend. In dat geval mag de aanbesteder de bouwopdracht heraanbesteden op grond van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, zie hoofdstuk 5, par. 5.2.3.1.

Er is feitelijk geen enkele inschrijving ingediend. In dat geval mag de aanbesteder de bouwopdracht heraanbesteden op grond van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, zie hoofdstuk 5, par. 5.2.4.1.

Wanneer het is toegestaan door te schakelen naar de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, heeft de aanbesteder juridisch de mogelijkheid om de bouwopdracht een-op-een te gunnen aan een derde na het voeren van onderhandelingen. Vanzelfsprekend is het dan mogelijk – en wellicht ook voldoende – om via het voeren van onderhandelingen met één marktpartij alsnog tot een zo optimaal mogelijk inschrijvingsresultaat te komen. Echter, niets weerhoudt de aanbesteder er van meer dan een marktpartij te betrekken in een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking die volgt op een mislukte aanbestedingsprocedure. Het creëren van prijsdruk kan mogelijk tot een nog doelmatiger uitkomst leiden.

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

10

1 *Inleiding*

In dit hoofdstuk wordt ervan uitgegaan dat de aanbesteder bepaalde beslissingen heeft genomen met betrekking tot:

- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm;
- de aanbestedingsprocedure;
- de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria;
- het gunningscriterium.

Afhankelijk van de aanbestedingsprocedure die de aanbesteder van plan is toe te passen, zal op de aanbesteder al dan niet de verplichting rusten de bouwopdracht algemeen aan te kondigen.

Toelichting Zie ook par. 4.1.

Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te ondersteunen bij het nemen van de juiste beslissingen over de aankondiging van de bouwopdracht. Eerst wordt duidelijk gemaakt wat in de Leidraad onder het begrip aankondigen wordt verstaan (paragraaf 2). Vervolgens komt de vraag aan de orde waarom het belangrijk is dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over het aankondigen van de bouwopdracht (paragraaf 3). Daarna wordt ingegaan op de vraag welke juridische randvoorwaarden de aanbesteder in acht moet nemen bij de aankondiging van bouwopdrachten (paragraaf 4). Gegeven die juridische randvoorwaarden worden tot slot aanbevelingen gedaan op basis waarvan een aanbesteder het proces van aankondigen zo doelmatig mogelijk kan laten verlopen (paragraaf 5).

2 *Wat is aankondigen?*

Het aankondigen van een bouwopdracht in de context van een aanbestedingsprocedure heeft in de Leidraad twee verschillende betekenissen. In de eerste plaats is sprake van aankondigen wanneer de aanbesteder de markt in kennis stelt van het feit dat hij een bouwopdracht wenst te plaatsen op basis van een aanbestedingsprocedure. Met de aankondiging wordt dan in feite het formele startsein voor die aanbestedingsprocedure gegeven en worden potentiële gegadigden en inschrijvers uitgenodigd om aan die procedure deel te nemen.

Toelichting Bij een openbare procedure worden marktpartijen met de aankondiging uitgenodigd tot het doen van een inschrijving. Bij de overige aanbestedingsprocedures (niet-openbare procedure; concurrentiegericht dialogoog; onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking; concessieovereenkomst voor openbare werken), worden met de aankondiging marktpartijen uitgenodigd zich te melden als gegadigde.

Aankondigen kan in de context van een aanbestedingsprocedure ook nog een tweede betekenis hebben. Daarmee wordt dan bedoeld op het feit dat een aanbesteder de markt in kennis stelt van het feit dat hij een aanbestedingsprocedure heeft doorlopen en vervolgens een bouwopdracht aan een inschrijver heeft gegund.

Toelichting In de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving wordt dit ook wel aangeduid als het aankondigen van de geplaatste opdracht.

3 *Waarom moet het aankondigen van de opdracht goed zijn doordacht?*

Dit hoofdstuk gaat ervan uit dat de aanbesteder verplicht is een bouwopdracht algemeen aan te kondigen.

Toelichting In par. 4.1 staat een kort overzicht van de aanbestedingsprocedures die wel en niet door middel van een aankondiging van start moeten gaan. In dat overzicht staat ook welke procedures moeten worden afgesloten met een aankondiging waarmee de aanbesteder de markt in kennis stelt van het feit dat hij die aanbestedingsprocedure heeft doorlopen en op basis daarvan tot gunning van een bouwopdracht aan een inschrijver is gekomen. Of de aanbesteder de verplichting heeft een bouwopdracht aan te besteden en welke aanbestedingsprocedure hij vervolgens voor die aanbesteding mag hanteren, komt aan de orde in hoofdstuk 5, met name in par. 5.1 en par. 6.3.

De aanbesteder moet de inhoud van de aankondiging en de wijze waarop hij die aankondiging publiceert goed doordenken. De aankondiging van een bouwopdracht is namelijk een belangrijke stap in het proces waarmee de aanbesteder zijn gestelde doelen wil verwezenlijken.

Toelichting Zie over deze doelen hoofdstuk 1, par. 4.1.

Met de aankondiging wil de aanbesteder immers de belangstelling trekken van die marktpartijen die hem het beste bij het realiseren van zijn doelen zouden kunnen helpen. Het is dus belangrijk dat de inhoud van de aankondiging goed daarop is afgestemd en dat de aankondiging zoveel mogelijk van die marktpartijen bereikt.

Afgezien van deze overwegingen zal de aanbesteder zich bij het opstellen en het publiceren van de aankondiging ook moeten afvragen of en in hoeverre het aanbestedingsrecht grenzen stelt aan de beslissingen die hij in dat verband zou willen nemen.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 De verplichting tot aankondigen

De verplichting tot aankondigen van een bouwopdracht is onlosmakelijk verbonden met de verplichting tot aanbesteden en – in het verlengde daarvan – met de verplichting tot het hanteren van een aanbestedingsprocedure. In dit verband moet een onderscheid worden gemaakt tussen de typen aankondiging.

Toelichting Het kan enerzijds gaan om de aankondiging van de wens tot plaatsing van een bouwopdracht en anderzijds om de aankondiging van een inmiddels geplaatste opdracht.

De aankondiging van de wens tot plaatsing van een bouwopdracht is verplicht in die gevallen waarin de aanbesteder op grond van een aanbestedingsplicht kiest voor het gebruik van de openbare procedure, de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichtte dialoog, de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de concessieovereenkomst voor openbare werken. Die laatste procedure wordt dan geoperationaliseerd met behulp van een van de andere vermelde procedures.

Toelichting Zie over de aanbestedingsplicht die hier wordt bedoeld hoofdstuk 5, met name par. 5.1. De vermelde procedures staan in dat hoofdstuk kort beschreven in par. 4.2 t/m 4.5 en in par. 4.8.

Zie voor de aankondigingsplicht die is gekoppeld aan de aanbestedingsplicht: art. 35 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 35 lid 9 Bao voor wat betreft de openbare procedure, de niet-openbare procedure, de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de concurrentiegerichtte dialoog en art. 58 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 60 lid 1 Bao voor wat betreft de concessieovereenkomst voor openbare werken. Zie ook art. 40 lid 2 *jo.* art. 42 lid 1 sub (c) Richtlijn Nutssectoren en art. 37 lid 1 *jo.* art. 42 lid 1 sub (c) Bass. Zie daarnaast art. 2.3.1, art. 3.3.1, art. 4.4.1, art. 5.4.1 en art. 8.2.1 ARW 2005.

Een bijzonderheid geldt nog ten aanzien van de Richtlijn Nutssectoren. Daarin is bepaald dat de aankondiging van de bouwopdracht kan plaatsvinden door het publiceren van een mededeling inzake het bestaan van een erkenningsregeling, zie art. 42 lid 1 sub (b) *jo.* art. 41 lid 3 Richtlijn Nutssectoren alsook art. 42 lid 1 sub (b) *jo.* art. 41 Bass. Vooropgesteld dat het bestaan van de erkenningsregeling op de juiste wijze is aangekondigd, behoeft de aanbesteder alleen die marktpartijen uit te nodigen die daarvoor volgens dat systeem in aanmerking komen, zie art. 51 lid 2 en lid 3 Richtlijn Nutssectoren en art. 54 lid 12 Bass.

De hiervoor vermelde bepalingen hebben in ieder geval betrekking op de aankondigingsplicht die verband houdt met de aanbestedingsplicht die voortvloeit uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Wanneer een aanbestedingsplicht niet uit die aanbestedingsrichtlijnen voortvloeit, maar wel uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, kunnen aanbesteders eveneens aan de

aankondigingsplicht voldoen door deze bepalingen in acht te nemen. Zie over deze categorie van gevallen ook hoofdstuk 5, par. 5.1.2.

Wanneer een aanbestedingsplicht *niet* voortvloeit uit de aanbestedingsrichtlijnen en *evenmin* uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, kan deze nog wel voortvloeien uit nationale wet- en regelgeving, zie hoofdstuk 5, par. 5.1.3. Als in dat geval ook de verplichting bestaat het ARW 2005 te hanteren – of wanneer daarvoor vrijwillig wordt gekozen – vloeit de aankondigingsplicht voort uit art. 2.3.2, art. 3.3.2, art. 4.4.2, art. 5.4.2 of art. 8.2.2 ARW 2005.

De aanbesteder kan bij de hiervoor vermelde aanbestedingsprocedures de aankondiging laten voorafgaan door een zogenoemde ‘vooraankondiging’.

Toelichting Een aanbesteder zal tot een vooraankondiging overgaan als hij het van belang acht dat potentiële gegadigden of inschrijvers voorafgaande aan de eigenlijke aankondiging van de bouwopdracht inzicht krijgen in de bouwbehoefte van de aanbesteder. Met die kennis kunnen zij zich dan zorgvuldiger voorbereiden op de aanbestedingsprocedure die komen gaat. Een vooraankondiging kan ook betrekking hebben op meerdere bouwopdrachten die op een later tijdstip via afzonderlijke aanbestedingsprocedures in de markt zullen worden gezet.

Zie voor de mogelijkheid tot het doen van een vooraankondiging: art. 35 lid 1 aanhef en sub (c) Algemene Richtlijn en artikel 35 lid 1 Bao. Zie voorts artikel 2.2.1, 3.2.1, 4.3.1 en 5.3.1 ARW 2005.

In dit verband kan een bijzonderheid worden genoemd voor wat betreft de Richtlijn Nutssectoren. Ook bij een aanbesteding onder de Richtlijn Nutssectoren kan een vooraankondiging – indicatieve periodieke aankondiging genoemd – plaatsvinden, zie art. 41 lid 1 sub (c) *jo.* art. 42 lid 1 sub (a) Richtlijn Nutssectoren en art. 40 lid 1 sub (c) *jo.* art. 42 lid 1 sub (a) Bass. Het doen van een dergelijke periodieke indicatieve aankondiging kan vervolgens de verplichting tot het doen van de ‘eigenlijke’ aankondiging doen vervallen. Dit kan als is voldaan aan de voorwaarden uit art. 42 lid 3 Richtlijn Nutssectoren en art. 42 lid 3 Bass. Die voorwaarden komen erop neer dat (a) de indicatieve periodieke aankondiging specifiek verwijst naar de werken waarop de te gunnen bouwopdracht betrekking heeft; (b) deze aankondiging vermeldt dat de opdracht zal worden gegund door middel van een niet-openbare procedure of een onderhandelingsprocedure, waarbij achteraf geen aankondiging wordt gepubliceerd en dat belangstellende marktpartijen worden verzocht hun belangstelling schriftelijk kenbaar te maken en (c) de uitnodiging tot inschrijving binnen 12 maanden na publicatie van deze aankondiging wordt verzonden.

Er zijn geen bijzondere bepalingen van toepassing voor het vooraankondigen van bouwopdrachten die niet behoeven te worden aanbesteed op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen of de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, maar wel op grond van nationale wet- en regelgeving.

Er is overigens geen verplichting tot vooraankondigen. Een aanbestede die vooraankondigt, is vervolgens wel verplicht de wet- en regelgeving in acht te nemen die betrekking heeft op de inhoud van een vooraankondiging, de wijze van publicatie en de termijnen die in dat kader in acht moeten worden genomen.

Toelichting Zie par. 4.2 en par. 4.3 en hoofdstuk 11.

Een aanbestede die een vooraankondiging doet van zijn voornemen een bouwopdracht te plaatsen, verplicht zich daarmee niet tot het daadwerkelijk aanbesteden van die bouwopdracht. Hij kan altijd afzien van een bouwopdracht en dat kan dus ook wanneer die opdracht onderwerp van een vooraankondiging is geweest.

Toelichting Zie in dit verband ook hoofdstuk 9, par. 4.2.7 en par. 4.3.3.

Voorbeeld Een aanbestede publiceert in november een vooraankondiging op www.aanbestedingskalender.nl en op TED. De vooraankondiging bevat naast een korte beschrijving van de voorgenomen opdracht ook gegevens over het begin van de aanbestedingsprocedure (begin januari) en de uitvoeringstermijn (binnen 12 maanden na de gunning).

Een belangrijke consequentie van een vooraankondiging is dat de inschrijvingstermijn ermee kan worden verkort.

Toelichting Zie art. 35 lid 1, vijfde alinea, Algemene Richtlijn en art. 38 lid 5 Bao. In het ARW 2005 is dit alleen uitgewerkt voor de openbare en de niet-openbare procedure, zie art. 2.4.7 en art. 3.16.4 ARW 2005, omdat bij de overige aanbestedingsprocedures geen minimuminschrijvingstermijnen gelden, zie hoofdstuk 11, par. 4.2. Overigens is het zo dat van deze mogelijkheid tot verkorting alleen gebruik kan worden gemaakt als de vooraankondiging alle informatie bevat die ook in de aankondiging staat vermeld (zie hierna ook par. 4.2) en als de bouwopdracht daadwerkelijk wordt aangekondigd binnen twaalf maanden na de verzending van de vooraankondiging. Zie over deze voorwaarden ook art. 38 lid 4, derde alinea, Algemene Richtlijn, art. 38 lid 6 Bao, art. 2.4.8 en art. 3.16.5 ARW 2005. Zie over de in acht te nemen termijnen ook hoofdstuk 11.

Het tweede type aankondiging, de aankondiging van een inmiddels geplaatste opdracht, is verplicht bij de openbare procedure, de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichtedialog, de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en de concessieovereenkomst voor openbare werken.

Bron Zie voor deze aankondigingsplicht: art. 35 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 35 lid 12 Bao. Zie verder art. 43 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 1 Bass. Zie ook art. 2.32.1, art. 3.34.1, art. 4.32.1, art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005. De aankondigingsplicht bestaat dus alleen wanneer deze bepalingen van toepassing zijn.

De verplichting geldt ook als de aanbestede opdracht een raamovereenkomst is. De aanbesteder is echter niet verplicht de plaatsing van de opdrachten die weer als uitvloeisel van deze raamovereenkomst worden gegund, aan te kondigen, zie art. 35 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 35 lid 13 Bao. Zie ook art. 43 lid 1, tweede alinea, Richtlijn Nutssectoren alsook art. 43 lid 2 Bass. Zie voor een korte beschrijving van de procedures die ten grondslag liggen aan de gunning van opdrachten op basis van een raamovereenkomst: hoofdstuk 5, par. 4.9 en par. 4.10.

Een inmiddels geplaatste opdracht hoeft niet worden aangekondigd als de daarmee gepaard gaande openbaarmaking van gegevens in strijd is met de wet of in strijd is met het openbaar belang of de rechtmatige commerciële belangen van derden zou schade of de eerlijke mededinging tussen inschrijvers zou aantasten.

Bron Zie art. 35 lid 4, vierde alinea, Algemene Richtlijn en art. 35 lid 17 Bao. Zie verder art. 43 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 2 Bass, waarin is bepaald dat de Commissie het gevoelige commerciële karakter moet eerbiedigen betreffende het aantal inschrijvingen, de identiteit van de inschrijvers en hun prijzen, overigens na daarop door de aanbesteder te zijn gewezen. Zie ook art. 2.32.1, art. 3.34.1, art. 4.32.1, art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005.

Voorbeeld In het verleden heeft zich het geval voorgedaan dat een aanbesteder technisch vernieuwde opdrachten in de markt heeft gezet waarbij zelfs de projecttitel commercieel gevoelig was in verband met intellectuele eigendomsrechten. In dat geval is besloten in de aankondiging van het inmiddels geplaatste project dat project abstract te omschrijven en daarbij CPV-codes te gebruiken. Zelfs een informatieverzoek op grond van de Wet Openbaarheid van Bestuur is toen niet gehonoreerd omdat het om commercieel gevoelige informatie ging.

4.2 Inhoud van de aankondiging

De inhoud van de verschillende aankondigingen wordt in sterke mate voorgeschreven door de inhoud van gedetailleerde modellen die de aanbesteder op grond van aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving verplicht is te hanteren.

Bron Deze modellen zijn opgenomen in: Bijlage VII en Bijlagen VII A t/m VII D van de Algemene Richtlijn, Bijlage XIII t/m XVI van de Richtlijn Nutssectoren, Bijlage 4 van het Bao, Bijlage 2 van het Bass. Zie verder de Modellen A, B, C en E opgenomen in Deel II van het ARW 2005.

Een aanbesteder moet in een vooraankondiging in ieder geval de hoofdkenmerken bekendmaken van de bouwopdracht die hij van plan is te plaatsen.

Bron Zie art. 35 lid 1 aanhef en sub (c) Algemene Richtlijn en artikel 35 lid 1 sub (c) Bao. Zie voor de indicatieve periodieke aankondiging in het kader van de Richtlijn Nutssectoren: art. 41 lid 1 sub (c) Richtlijn Nutssectoren en art. 40 lid 1 sub (c) Bass. Zoals in par. 4.1 is opgemerkt, kan een periodieke indicatieve aankondiging onder de Richtlijn Nutssectoren de verplichting tot het doen

van de 'eigenlijke' aankondiging laten vervallen. Dit kan, als is voldaan aan de voorwaarden in art. 42 lid 3 Richtlijn Nutssectoren en art. 42 lid 3 Bass. Een van die voorwaarden is dat de indicatieve periodieke aankondiging specifiek verwijst naar de werken waarop de te gunnen bouwopdracht betrekking heeft.

Verder moet de vooraankondiging onder andere bevatten: de (adres)gegevens van de aanbestedder, de plaats van de uitvoering van de bouwopdracht, de aard en de omvang van de prestaties en de raming van de kostenmarge, de voorlopige datum waarop de aanbestedings-procedure zal worden ingeleid, de voorlopige datum voor de aanvang van de werkzaamheden en het tijdschema voor de uitvoering van de werken.

Bron Zie allereerst art. 36 lid 1 *jo.* Bijlage VII A van de Algemene Richtlijn en art. 35 lid 2 *jo.* art. 36 lid 1 *jo.* Bijlage 4, onderdeel A, Bao. Zie daarnaast art. 41 lid 1 aanhef en sub (c) *jo.* art. 42 lid 1 sub (a) *jo.* Bijlage XV A Richtlijn Nutssectoren en art. 40 lid 2 *jo.* Bijlage 2, onderdeel C, Bass. Zie tot slot ook art. 2.2.1, art. 3.2.1, art. 4.3.1 en art. 5.3.1 ARW *jo.* Model A behorende bij het ARW 2005. Uit dat Model kan worden opgemaakt welke informatie in de vooraankondiging *moet* en *mag* worden opgenomen.

De aanbestedder is verplicht om een bepaalde voorgeschreven opmaak te hanteren voor de vooraankondiging.

Bron Zie hiervoor www.aanbestedingskalender.nl en <http://simap.eu.int/>

In de daadwerkelijke aankondiging van de bouwopdracht moet de aanbestedder naast algemene (contact)informatie in ieder geval ook informatie opnemen met betrekking tot: de wijze van aanbesteden, de vorm van de opdracht, de plaats van de uitvoering, de aard en de omvang van de opdracht, de verdeling in percelen, de termijn voor de uitvoering, de datum en het tijdstip van de aanbesteding, de selectiecriteria en de gunningscriteria.

Bron Zie art. 36 lid 1 *jo.* Bijlage VII A Algemene Richtlijn en art. 36 lid 1 *jo.* Bijlage 4, onderdeel A, Bao. Zie daarnaast art. 42 lid 1 sub (c) *jo.* Bijlage XIII A, B of C Richtlijn Nutssectoren en art. 42 lid 1 sub (c) *jo.* Bijlage 2, onderdeel A, onder 1^o, 2^o of 3^o Bass.

In par. 4.1 is reeds opgemerkt dat de aankondiging onder de Richtlijn Nutssectoren kan plaatsvinden door het publiceren van een mededeling inzake het bestaan van een erkenningsregeling. Zie voor de informatie die moet zijn opgenomen in die mededeling art. 42 lid 1 sub (b) *jo.* Bijlage XIV Richtlijn Nutssectoren alsook art. 42 lid 1 sub (b) *jo.* Bijlage 2, onderdeel B, Bass.

Zie ook art. 2.3.1, art. 3.3.1, art. 4.4.1, art. 5.4.1 *jo.* Model B en art. 8.2.1 *jo.* Model E behorende bij het ARW 2005. Uit de Modellen B en E kan worden opgemaakt welke informatie in de aankondiging *moet* en *mag* worden opgenomen. Ook voor wat betreft de verplichte opmaak van deze aankondiging wordt verwezen naar www.aanbestedingskalender.nl en <http://simap.eu.int/>.

Wanneer een aanbestedingsplicht *niet* voortvloeit uit de aanbestedingsrichtlijnen en *evenmin* uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, kan deze nog wel voortvloeien uit nationale wet- en regelgeving, zie par. 4.1 en hoofdstuk 5, par. 5.1.3. Als in dat geval ook de verplichting bestaat het ARW 2005 te hanteren – of wanneer daarvoor vrijwillig wordt gekozen – vloeit de aankondigingsplicht voort uit art. 2.3.2, art. 3.3.2, art. 4.4.2, art. 5.4.2 of art. 8.2.2 ARW 2005. In dat geval moet Model B behorende bij het ARW 2005 worden gebruikt of bij een concessieovereenkomst voor openbare werken Model E.

Ook wanneer de aanbesteder een zogenoemde aanbestedings- of selectieleidraad van toepassing verklaart op de aanbestedingsprocedure moet hij dat vermelden in de daadwerkelijke aankondiging. In de aanbestedings- of selectieleidraad heeft de aanbesteder onderdelen van de aanbestedingsprocedure nader uitgewerkt.

Voor wat betreft de aankondiging van een inmiddels geplaatste opdracht moet de aanbesteder in ieder geval de volgende informatie in die aankondiging opnemen: de (adres)gegevens van de aanbesteder, de wijze van aanbesteding, de datum van de gunning van de bouwopdracht, de gunningcriteria, het aantal ontvangen inschrijvingen, de (adres)gegevens van de inschrijver, de aard en de omvang van de geleverde prestaties, de betaalde prijs of prijzen, de onderaannemers, datum van bekendmaking in het EG-Publicatieblad, datum van verzending van de aankondiging, datum dat het EG Publicatiebureau de aankondiging heeft ontvangen, de voorwaarden inzake financiering van de werken en herziening van de prijzen en overige inlichtingen.

Bron Zie art. 36 lid 1 *jo.* Bijlage VII A Algemene Richtlijn en art. 36 lid 1 *Bao jo.* Bijlage 4, onderdeel A, *Bao*. Zie verder art. 43 lid 1 *jo.* Bijlage XVI Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 1 *jo.* Bijlage 2, Onderdeel D, *Bass*. Zie ook art. 2.32.1, art. 3.34.1, art. 4.32.1, art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005 *jo.* Model C behorende bij het ARW 2005. Uit dit model kan worden opgemaakt welke informatie in de aankondiging *moet* en *mag* worden opgenomen. Voor wat betreft de verplichte opmaak van deze aankondiging wordt wederom verwezen naar <http://simap.eu.int/>.

Ook hier geldt dat er uitzonderingen zijn voor wat betreft de verplichting tot bekendmaking van informatie, zie paragraaf 4.1.

Tot slot wordt hier nog opgemerkt dat uit de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving die in deze paragraaf is vermeld soms de verplichting kan voortvloeien bij de (voor)aanbesteding van een bouwopdracht de Common Procurement Vocabulary (CPV) code van het werk te vermelden.

Bron De CPV-codes zijn terug te vinden in tabellen die zijn opgenomen in twee bijlagen bij de Algemene Richtlijn en bij de Richtlijn Nutssectoren. Deze tabellen zijn integraal opgenomen in bijlagen 1 en 2 van het *Bao* en in bijlagen 1 en 3 van *Bass*. Het gaat hier om de 'oude' codes zoals die zijn vastgesteld in EG-verordening nr. 2195/2002. In november 2007 heeft de Europese Commissie een nieuwe CPV-Verordening aangenomen: EG-Verordening nr. 213/2008.

De CPV-tabellen die zijn opgenomen in de bijlagen van het Bao en het Bass zijn per 15 september 2008 aangepast op basis van een besluit van de Minister van Economische Zaken (zie: Staatscourant 5 juli 2008). Vanaf 15 september 2008 gelden dus de nieuwe CPV-codes.

4.3 Publicatie van de aankondiging

De aanbesteder is verplicht de aankondiging toe te sturen aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen in Luxemburg. Publicatie van een aankondiging via dit Publicatiebureau is de enige manier waarop een aanbesteder zijn publicatieverplichting kan nakomen voor een vooraankondiging, een aankondiging van een voornemen tot plaatsing van een bouwopdracht of een aankondiging van een inmiddels geplaatste bouwopdracht, althans wanneer de aankondiging plaatsvindt in het kader van een aanbestedingsplicht op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Bron Zie art. 36 lid 2 *jo.* Bijlage VIII, punt 3, Algemene Richtlijn alsook art. 36 lid 2 Bao. Zie voorts art. 44 lid 2 *jo.* Bijlage XX, punt 3, Richtlijn Nutssectoren en art. 44 lid 2 Bass. Zie ook de volgende bepalingen van het ARW 2005: art. 2.2.1, art. 2.3.1, art. 2.32.1, art. 3.2.1, art. 3.3.1, art. 3.34.1, art. 4.3.1, art. 4.4.1, art. 4.32.1, art. 5.3.1, art. 5.4.1, art. 5.24.1, art. 6.31.1, en art. 8.2.1.

Niet geregeld is hoe de publicatie moet plaatsvinden van aankondigingen in het kader van een aanbestedingsplicht die voortvloeit uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, zie hoofdstuk 5, par. 5.1.2. Het is niet verboden om ook zo'n aankondiging te laten publiceren door het Publicatiebureau. Zie in dit verband ook art. 37 Algemene Richtlijn en art. 44 lid 8 Algemene Richtlijn. Zie ook par. 5.4.

Het beleid van het Publicatiebureau is erop gericht aankondigingen elektronisch af te handelen. Aankondigingen worden binnen vijf werkdagen na de datum van verzending bekendgemaakt in het Supplement van het Publicatieblad van de EU via de internetdata-bank Tender Electronic Daily (TED).

Toelichting Zie: www.ted.europa.eu.

De aankondigingen moeten aan het Publicatiebureau worden toegezonden via een zogeheten 'eSender'. Deze verzekert toezending op basis van de voorgeschreven elektronische standaardformulieren.

Toelichting In Nederland is slechts één eSender actief: www.aanbestedingskalender.nl. De aankondiging kan ook rechtstreeks via <http://simap.eu.int>.

Het Publicatiebureau zorgt ervoor dat de aankondigingen worden gepubliceerd in de taal die de aanbestedende dienst heeft gekozen. Er is een samenvatting in de overige talen. De omvang van de aankondigingen mag niet meer bedragen dan 650 woorden. De kosten van de bekendmaking zijn voor rekening van de Europese Gemeenschap.

Naast de publicatie van de aankondiging in TED kan de aanbesteder de aankondiging op de datum van toezending aan het Publicatiebureau ook op andere manieren bekendmaken via

een voor ieder toegankelijk medium. Dit mag niet eerder dan deze datum en de inhoud mag niet afwijken van de inhoud van de publicatie in TED.

Bron Zie art. 36 lid 5 Algemene Richtlijn en art. 36 lid 4 en lid 5 Bao. Zie daarnaast art. 44 lid 5 Richtlijn Nutssectoren en art. 44 lid 3 en lid 4 Bass. Zie ook de volgende bepalingen van het ARW 2005: art. 2.2.4, art. 2.2.6, art. 2.2.7, art. 2.3.9, art. 2.3.11, art. 2.3.12, art. 2.32.3, art. 2.32.5, art. 2.32.6, art. 3.2.4, art. 3.2.6, art. 3.2.7, art. 3.3.10, art. 3.3.12, art. 3.3.13, art. 3.34.3, art. 3.35.5, art. 3.35.6, art. 4.3.4, art. 4.3.6, art. 4.3.7, art. 4.4.11, art. 4.4.13, art. 4.4.14, art. 4.32.3, art. 4.32.5, art. 4.32.6, art. 5.3.4, art. 5.3.6, art. 5.3.7, art. 5.4.12, art. 5.4.14, art. 5.4.15, art. 5.35.3, art. 5.35.5, art. 5.35.6, art. 6.31.3, art. 6.31.5, art. 6.31.6, art. 8.2.8, art. 8.2.10 en art. 8.2.11.

De bepalingen in het ARW 2005 vermelden “een voor iedereen toegankelijk elektronisch medium, de Staatscourant of een landelijk verspreid dagblad”.

Voorbeeld Een aanbesteder doet het niet goed wanneer hij op de eigen website een aankondiging plaatst nog voordat deze naar TED is gestuurd, al dan niet via www.aanbestedingskalender.nl. Cruciaal is de verzenddatum en niet de publicatiedatum in TED.

Wanneer een aankondigingsplicht niet voortvloeit uit de aanbestedingsrichtlijnen en evenmin uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, kan zo’n plicht eventueel nog voortvloeien uit nationale wet- en regelgeving of uit eigen aanbestedingsbeleid.

Toelichting Zie par. 4.1 en hoofdstuk 5, par. 5.1.3.

Wanneer in dat geval ook de verplichting bestaat het ARW 2005 te hanteren – of wanneer daarvoor vrijwillig wordt gekozen – vloeit de aankondigingsplicht uit het ARW 2005 voort. Dan volstaat publicatie van de aankondiging in Nederland.

Bron Zie art. 2.3.2, art. 3.3.2, art. 4.4.2, art. 5.4.2 en art. 8.2.2 ARW 2005. In dat geval moet publicatie plaatsvinden in “een voor iedereen toegankelijk elektronisch medium, de Staatscourant of een landelijk verspreid dagblad”.

5 Doelmatig aankondigen

5.1 Vertrekpunt

De wijze waarop een aanbesteder te werk moet gaan bij het formuleren en het publiceren van aankondigingen in het kader van een aanbestedingsplicht, wordt in sterke mate bepaald door de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving. Deze wet- en regelgeving bevordert zeer de uniformering van het aankondigingsbeleid van aanbesteders in de bouw.

Het in acht nemen van de geldende regels levert al een belangrijke bijdrage aan het zo doelmatig mogelijk aanbesteden van bouwopdrachten. Daarnaast zijn er nog meer aanbevelingen voor een doelmatig aankondigingsbeleid. Deze dienen vooral een kostenefficiënt aanbesteden.

5.2 Vooraankondigen

Omdat een vooraankondiging niet verplicht is, rijst de vraag in welke gevallen een aanbesteder er verstandig aan doet deze wel te publiceren.

Het doen van een vooraankondiging kan vooral worden gezien als een manier om de markt rijp te maken voor opdrachten die bij aanbestedende diensten in de pijplijn zitten. Dat zou overigens ook op andere manieren kunnen gebeuren.

Toelichting Hier valt bijvoorbeeld te denken aan het uitvoeren van een marktconsultatie, zie daarvoor hoofdstuk 6, par. 4.2.2.

Eerder is al opgemerkt dat een aanbesteder er natuurlijk voor moet waken bouwopdrachten in de markt te zetten wanneer er onvoldoende kennis en ervaring en/of capaciteit in de markt aanwezig is. Een vooraankondiging kan – in combinatie met een marktverkenning – een probaat middel zijn om een goed beeld van de marktsituatie te krijgen.

Toelichting Zie hoofdstuk 2, par. 6.2.4.1. Grote aanbesteders die verschillende bouwopdrachten tegelijk vooraankondigen, kunnen op basis van die informatie vervolgens ook beleidsbeslissingen nemen over de ‘spreiding’ van de aanbesteding van die verschillende opdrachten.

Als algemene aanbeveling geldt dat een aanbesteder er in ieder geval verstandig aan doet een vooraankondiging te publiceren in die gevallen waarin de aanbestedingsprocedure naar verwachting meer voeten in aarde zal hebben dan een ‘standaard’ procedure en de markt zich extra goed op de aanbesteding zal moeten voorbereiden.

5.3 Inhoud van de aankondiging

Voor het opstellen van aankondigingen wordt geadviseerd gebruik te maken van de applicatie op de internetsite www.aanbestedingskalender.nl. Deze applicatie komt ook te staan op www.tenderned.nl. De applicatie maakt gebruik van de modellen die de Commissie heeft voorgeschreven.

Om te voorkomen dat aankondigingen ondanks deze modellen op uiteenlopende wijze worden opgesteld, wordt geadviseerd bij het opstellen van aankondigingen gebruik te maken van het Eurasbosysteem.

Toelichting ‘Eurasbo’ staat voor: EUROpees Advertentie Systeem voor BouwOpdrachten. Dit is een systeem dat het Ministerie van VROM gebruikt en dat is geïntegreerd in het beveiligde deel (<https://secure.aanbestedingskalender.nl>) van Aanbestedingskalender. Het Eurasbo-systeem is in 2001 opgezet en daarna verder ontwikkeld. Het systeem is bedoeld als steun voor aanbestedende diensten die een opdracht in de markt willen brengen, met inachtneming van de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving. Het systeem biedt standaardteksten voor de op te stellen aankondigingen. Hiermee kan de aanbesteder een verantwoorde basistekst samenstellen. Voor het gebruik van het Eurasbosysteem moet de aanbesteder zich via het publieke deel van Aanbestedingskalender (www.aanbestedingskalender.nl) aanmelden.

Met een nog verdere standaardisering van aankondigingen kan een nog grotere eenvormigheid in het aanbestedingsproces worden bereikt. Dat leidt weer tot vermindering van onnodige complicaties en transactiekosten.

5.4 Publicatie van de aankondiging

Ook voor de elektronische publicatie van aankondigingen doet de aanbesteder er verstandig aan – vanuit het oogpunt van doelmatigheid – gebruik te maken van de applicatie op de internetsite www.aanbestedingskalender.nl. Ook deze applicatie staat op termijn op www.tenderned.nl. Een aankondiging die is opgesteld met behulp van deze applicatie wordt zonder verdere bewerking tevens gepubliceerd op het internet.

***Welke termijnen moeten er in
acht worden genomen?***



1 **Inleiding**

In dit hoofdstuk wordt ervan uitgegaan dat de aanbesteder bepaalde beslissingen heeft genomen over:

- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm;
- de aanbestedingsprocedure;
- de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria;
- het gunningscriterium.

De aanbesteder is verplicht om bij het uitvoeren van een aanbestedingsprocedure een aantal termijnen in acht te nemen.

Toelichting Het gaat hier om de aanbestedingsprocedures waarvan het verloop kort staat toegelicht in hoofdstuk 5, par. 4.2 t/m 4.10: openbare procedure, niet-openbare procedure, concurrentiegericht dialoog, onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, onderhandse procedure, concessieovereenkomst voor openbare werken (die moet worden geoperationaliseerd met behulp van een van de andere vermelde procedures), raamovereenkomst met een enkele ondernemer en raamovereenkomst met meerdere ondernemers.

Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te ondersteunen bij het nemen van de juiste beslissingen omtrent deze verplichting. Eerst wordt duidelijk gemaakt wat in de Leidraad onder het begrip termijnen wordt verstaan (paragraaf 2). Daarna komt de vraag aan de orde waarom het belangrijk is dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over de termijnen die in acht moeten worden genomen (paragraaf 3). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag met welke juridische randvoorwaarden de aanbesteder rekening moet houden (paragraaf 4). Tegen die achtergrond worden tot slot nog een aantal aanbevelingen gedaan vanuit het oogpunt van doelmatig (paragraaf 5).

2 **Wat zijn termijnen?**

Aanbestedingsprocedures vallen in een aantal fasen uiteen. De meeste procedures beginnen met een algemene aankondiging van het voornemen van de aanbesteder tot plaatsing van de bouwopdracht. Hierna hebben geïnteresseerde marktpartijen gedurende een bepaalde periode de gelegenheid zich als gegadigde voor de procedure aan te melden. Met de ontvangst van de aanmeldingen start de volgende fase van de procedure. Hierin heeft de aanbesteder de gelegenheid na te gaan welke van die gegadigden hij voor het doen van een inschrijving zal uitnodigen. Wanneer de gegadigden een uitnodiging tot het doen van een inschrijving hebben ontvangen, begint weer een nieuwe fase van het aanbestedingsproces. In deze fase krijgen de inschrijvers de tijd hun inschrijving voor te bereiden en in te dienen. Na ontvangst van de inschrijvingen is het weer de beurt aan de aanbesteder. Hij zal de inschrijvingen beoordelen om vast te stellen welke inschrijver als beste uit de bus komt.

In elke (nieuwe) fase van de aanbestedingsprocedure wordt dus een procesbeslissing voorbereid en genomen, hetzij door de aanbesteder, hetzij door een deelnemer aan die procedure in zijn hoedanigheid van gegadigde dan wel inschrijver. De tijd die de aanbesteder, de gegadigden en de inschrijvers tot hun beschikking hebben om de procesbeslissingen voor te bereiden en te nemen, is in een aantal gevallen gelimiteerd. Wanneer in de Leidraad het begrip termijn wordt gehanteerd, wordt daarmee bedoeld op de gelimiteerde tijd.

3 *Waarom moeten de in acht te nemen termijnen goed zijn doordacht?*

Een aanbesteder die – al dan niet verplicht – kiest voor een bepaalde aanbestedingsprocedure, zal goed moeten nadenken hoeveel tijd hij zichzelf alsook de gegadigden en de inschrijvers geeft voor het voorbereiden en het nemen van bepaalde procesbeslissingen.

Voorbeeld Het kan hier gaan om de volgende procesbeslissingen: het aanmelden als gegadigde; het beoordelen en uitnodigen van gegadigden tot het doen van een inschrijving; het doen van een inschrijving door inschrijvers; het door de aanbesteder beoordelen van inschrijvingen alvorens tot een gunningsbeslissing te komen.

Wat de aanbesteder zich met name moet realiseren, is dat het belangrijk is dat voor elke procesbeslissing de tijd beschikbaar is die objectief gezien nodig is om die beslissing op een professionele manier te kunnen nemen. Te korte of te lange termijnen kunnen tot gevolg hebben dat de doelen die de aanbesteder met het bouwproces beoogt te verwezenlijken niet of onvoldoende worden gerealiseerd.

Toelichting Zie over deze doelen ook hoofdstuk 1, par. 4.1.

Wordt een bepaalde termijn te kort gesteld, dan kan dat tot gevolg hebben dat (potentiële) gegadigden of inschrijvers zich laten afschrikken en besluiten niet deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure. Als een gegadigde of inschrijver zich niet laat afschrikken, kan een te kort gestelde termijn tot gevolg hebben dat hij bepaalde procesbeslissingen onvoldoende doordacht neemt of zelfs procedurefouten maakt, waardoor hem de (verdere) deelname aan de aanbestedingsprocedure moet worden ontzegd. Een ander gevolg kan zijn dat de aanbesteder met inschrijvingen wordt geconfronteerd waarop hij eigenlijk niet zat te wachten. Ook loopt de aanbesteder het risico zelf procedurefouten te maken wanneer hij te korte beoordelingstermijnen hanteert.

Bij een te lang gestelde termijn kan het bouwproces als geheel onnodig lang duren waardoor onnodig kosten worden gemaakt in verband met rente, kostenstijging van materiaal, personeel, enzovoort.

Een aanbesteder moet natuurlijk ook de minimumtermijnen uit de wet- en regelgeving in acht nemen. Hij komt dan niet voor onaangename verrassingen te staan in de zin dat een bepaalde planning die hij voor ogen had niet blijkt te kunnen worden gehaald. Op basis van

de minimumtermijn kan de aanbestedder nagaan op welk moment hij tot het sluiten van een contract kan overgaan met de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen. Gegeven die datum zal hij vervolgens kunnen nagaan op welk moment die inschrijver zijn prestaties zal hebben uitgevoerd.

4 Wat zijn de juridische randvoorwaarden?

4.1 Berekening van termijnen

In de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving worden termijnen uitgedrukt in kalenderdagen. De dag waarop een gebeurtenis plaatsvindt die een termijn doet ingaan, is niet bij de termijn inbegrepen. Een termijn gaat in bij de aanvang van het eerste uur van de eerste dag ervan en eindigt bij het einde van het laatste uur van de laatste dag daarvan. Wanneer een termijn afloopt op een zaterdag, zondag of een in Nederland erkende feestdag, wordt de termijn geacht af te lopen op de eerstvolgende werkdag.

Bron Zie Verordening 1182/71, die van toepassing is op alle termijnen genoemd in de Europese aanbestedingsrichtlijnen, zie art. 1 van de Verordening. Zie ook art. 1.2 ARW 2005.

Voorbeeld Een termijn van 10 dagen die ingaat op woensdag 3 mei, loopt af op maandag 15 mei, 24 uur (zie: Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 242).

4.2 Termijnen bij een aanbestedingsplicht op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen

4.2.1 Vertrekpunt

De (minimum)termijnen die een aanbestedder in acht moet nemen bij een verplichte aanbestedingsprocedure op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, verschillen per procedure.

Toelichting Zie voor welke verplichte aanbestedingsprocedures er zijn op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen hoofdstuk 5, par. 5.1.1. Een aanbestedingsplicht kan ook voortvloeien uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. Aanbesteders kunnen dan aan die plicht voldoen door aan te sluiten bij de procedures zoals die in de Europese aanbestedingsrichtlijnen, het Bao, het Bass en het ARW 2005 (voor 'Europese aanbestedingen') zijn geregeld. Dat geldt dan dus ook voor de verplichting tot het in acht nemen van de minimumtermijnen die met die procedures verband houden. Zie voor de keuzemogelijkheden van de procedures bij een aanbestedingsplicht op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG hoofdstuk 5, par. 5.1.2.

In paragraaf 4.2.2 wordt ingegaan op de termijnen voor de openbare procedure en in paragraaf 4.2.3 op de termijnen van de andere aanbestedingsprocedures die algemeen worden bekendgemaakt.

De specifieke verplichtingen die in dat kader gelden, moeten overigens worden gezien in het licht van de meer algemene verplichting om bij de vaststelling van de termijnen voor de ontvangst van inschrijvingen en de aanmeldingen als gegadigde met name rekening te houden met de complexiteit van de bouwopdracht en met de tijd die nodig is voor de voorbereiding van de inschrijving.

Bron Zie art. 38 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 1 Bao. Zie ook art. 45 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 1 Bass.

4.2.2 Openbare procedure

Bij een openbare procedure, zal de aanbestedende na de publicatie van de aankondiging vanuit de markt verzoeken ontvangen tot toezending van de vraagspecificatie en aanvullende stukken. De aanbestedende is verplicht binnen 6 dagen na ontvangst van een dergelijk verzoek daaraan gehoor te geven, mits dat verzoek tijdig is ingediend voor de uiterste datum van inschrijving.

Bron Zie art. 39 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 39 lid 1 Bao. Zie ook art. 46 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 47 lid 1 Bass.

Zo'n verzoek is niet tijdig ingediend, wanneer het is ingediend na het verstrijken van de termijn die in de aankondiging staat vermeld voor ontvangst van zo'n verzoek. Zie in dit verband bijvoorbeeld Model B, sub IV.3.3, behorende bij de ARW 2005. Zo'n termijn moet natuurlijk wel een redelijke termijn zijn.

Voorbeeld Wanneer een aanbestedende de markt voorschrijft het bestek of andere aanbestedingsstukken vóór 15 maart op te vragen, terwijl de publicatie van de aankondiging van de aanbesteding op 10 maart plaatsvond, dan is deze termijn in feite te krap – en dus onredelijk – om alle potentiële inschrijvers de gelegenheid te geven de stukken op te vragen.

Bij de openbare procedure geldt voor de ontvangst van de inschrijvingen vervolgens een minimumtermijn van 52 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging tot het voornemen van de plaatsing van een bouwopdracht.

Bron Zie art. 38 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 2 Bao. Zie verder art. 45 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 2 Bass. Zie tot slot ook art. 2.4.1 ARW 2005. De exacte termijn moet overigens worden vermeld in de aankondiging, zie bijvoorbeeld Model B, sub IV.3.4, behorende bij de ARW 2005.

Voorbeeld Wanneer bij een openbare procedure de aankondiging op 13 mei is verzonden dan mag de aanbesteding niet vóór 4 juli plaatsvinden, oftewel de uiterste termijn van inschrijving ligt op 4 juli of later.

Deze minimumtermijn van 52 dagen geldt overigens ook voor de concessieovereenkomst voor openbare werken.

Bron Zie art. 59 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 61 lid 1 Bao. Zie ook art. 8.3.1 ARW 2005.

Deze termijn van 52 dagen kan worden bekort met in totaal 12 dagen. Dit kan door de aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van een opdracht langs elektronische weg op te stellen en te verzenden (7 dagen). Daarbij moet de aanbesteder vanaf de datum van de aankondiging met elektronische middelen vrije, rechtstreekse en volledige toegang bieden tot de vraagspecificatie en alle aanvullende stukken (5 dagen). In de aankondiging moet het internetadres staan vermeld dat toegang biedt tot deze documenten.

Bron Zie art. 38 lid 5 en lid 6 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 7 t/m 9 Bao. Zie daarnaast art. 45 lid 5 en lid 6 Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 8 t/m 10 Bass. Zie ook art. 2.4.3 jo. art. 2.4.5 en art. 2.4.6 ARW 2005.

Voorbeeld Wanneer bij een openbare procedure de aankondiging op 13 mei is verzonden en het bestek en de aankondiging zijn elektronisch beschikbaar, dan mag de aanbesteding niet vóór 22 juni plaatsvinden oftewel de uiterste termijn van inschrijving ligt op 22 juni of later.

In paragraaf 4.1 van hoofdstuk 10 is ingegaan op het feit dat een aanbesteder zijn voornemen tot het plaatsen van een bouwopdracht kan bekendmaken met een vooraankondiging. Wanneer hij dat doet in het kader van een openbare procedure, biedt hem dat de mogelijkheid de verplichte minimuminschrijvingstermijn van 52 dagen te bekorten tot 36 dagen, maar in geen geval tot minder dan 22 dagen.

Bron Zie art. 38 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 4 Bao. Zie ook art. 45 lid 4 Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 6 Bass. Zie voorts art. 2.4.7 ARW 2005. Deze verkorte termijn loopt bij de openbare procedure vanaf de verzending van de aankondiging.

Van deze mogelijkheid tot verkorting kan alleen gebruik worden gemaakt als de vooraankondiging alle informatie bevat die ook in de aankondiging wordt vermeld en als de bouwopdracht daadwerkelijk wordt aangekondigd binnen 12 maanden na de verzending van de vooraankondiging. Zie over deze voorwaarden ook art. 38 lid 4, derde alinea, Algemene Richtlijn, art. 38 lid 6 Bao, art. 45 lid 4, tweede alinea, Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 7 Bass. Zie ook art. 2.4.8 ARW 2005.

Voorbeeld Een vooraankondiging van een werk bevat alle informatie die ook in de aankondiging nodig is. Wanneer bij een openbare procedure de aankondiging op 13 mei is verzonden dan mag de aanbesteding niet vóór 22 juni plaatsvinden, oftewel de uiterste termijn van inschrijving ligt op 22 juni of later.

Vóórdat de inschrijvers hun inschrijvingen indienen, kunnen zij nog nadere inlichtingen vragen over de inhoud van de vraagspecificatie en de aanvullende stukken.

Toelichting Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 6, par. 4.3.4.

De aanbestede is vervolgens verplicht de gevraagde informatie te verstrekken uiterlijk 6 dagen vóór de geplande ontvangst van de inschrijvingen, vooropgesteld dat de informatie tijdig is aangevraagd.

Bron Zie art. 39 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 39 lid 2 Bao. Zie verder art. 46 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 47 lid 2 Bass. Zie ook art. 2.16.1 ARW 2005.

Nadat de aanbestede de inschrijvingen heeft ontvangen, zal hij deze beoordelen en bepalen welke inschrijving als beste uit de bus komt. Voor deze beoordelingstermijn gelden geen voorschriften behalve dat hij de inschrijvers ten spoedigste in kennis moet stellen van zijn beslissing tot gunning van de bouwopdracht.

Bron Zie art. 41 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 1 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 1 Bass. Zie ook art. 2.29.5 ARW 2005.

De overeenkomst met de winnende inschrijver mag echter pas 15 dagen na deze kennisgeving tot stand komen.

Bron Zie art. 55 lid 2 Bao en art. 57 lid 2 Bass. Deze bepalingen codificeren de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG inzake de zogenoemde 'Alcateltermijn', zie HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98 (Alcatel), *Jurispr.* 1999, blz. I-7671 en *NJ* 2000, 528. Zie ook art. 2.30.1 ARW 2005.

De aanbestede is tot slot verplicht om binnen 48 dagen na de gunning een aankondiging te sturen aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen in Luxemburg over de resultaten van de aanbestedingsprocedure.

Bron Zie art. 35 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 35 lid 12 Bao. Zie verder art. 43 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 1 Bass. Zie ook art. 2.32.1 ARW 2005.

4.2.3 Andere aanbestedingsprocedures die algemeen bekend worden gemaakt

Voor de overige aanbestedingsprocedures die algemeen bekend moeten worden gemaakt – de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking – geldt een minimumtermijn van 37 dagen voor de ontvangst van een aanmelding als gegadigde. Dit gerekend vanaf de verzenddatum van de aankondiging waarin het voornemen tot plaatsing van een bouwopdracht is bekendgemaakt.

Bron Zie art. 38 lid 3 sub (a) Algemene Richtlijn en art. 38 lid 3 Bao. Zie ook art. 3.4.1, art. 4.5.1 en art. 5.5.1 ARW 2005. De exacte termijn moet door de aanbestede worden aangegeven in de aankondiging, zie bijvoorbeeld Model B, sub IV.3.4, behorende bij de ARW 2005.

Zie verder art. 45 lid 3 sub (a) Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 3 Bass. Daarin is bepaald dat de termijn over het algemeen ten minste 37 dagen moet bedragen vanaf de datum van verzending van de aankondiging of van de uitnodiging. De termijn mag in geen geval minder dan 22 dagen bedragen

als de aankondiging met andere middelen dan elektronische middelen of per fax bekend wordt gemaakt en niet minder dan 15 dagen als de aankondiging wel met deze middelen wordt verzonden.

Voorbeeld Wanneer bij een niet-openbare procedure de aankondiging op 13 mei is verzonden dan sluit de aanmeldingstermijn niet vóór 19 juni, ofwel de uiterste termijn van aanmelding ligt op 19 juni of later.

Deze minimumtermijn van 37 dagen kan worden bekort met 7 dagen, wanneer de aanbesteder de aankondiging van zijn voornemen tot het plaatsen van een opdracht langs elektronische weg opstelt en verzendt.

Bron Zie art. 38 lid 5 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 7 Bao. Zie ook art. 3.4.4, art. 4.5.4 en art. 5.5.4 ARW 2005.

Voorbeeld Wanneer bij een niet-openbare procedure de aankondiging op 13 mei is verzonden en via www.aanbestedingskalender.nl bekend is gemaakt, dan sluit de aanmeldingstermijn niet vóór 12 juni, oftewel de uiterste termijn van aanmelding ligt op 12 juni of later.

Het is ook nog mogelijk om de minimumtermijn van 37 dagen te bekorten wanneer het om dringende redenen niet haalbaar is die termijn in acht te nemen. Dit geldt overigens niet voor de concurrentiegerichte dialoog.

Bron Zie art. 38 lid 8 sub (a) Algemene Richtlijn en art. 38 lid 11 sub (a) Bao. Zie ook art. 3.4.6 en art. 5.5.6 ARW 2005. Het moet dan overigens om een dringende reden gaan die niet aan de aanbesteder zelf te wijten is.

In dat geval mag de aanbesteder voor de ontvangst van de aanmeldingen uitgaan van een termijn van minimaal 15 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de bouwopdracht, of van 10 dagen als die aankondiging elektronisch is verzonden.

Voorbeeld Er is bij een niet-openbare procedure (terecht) sprake van dringende spoed. Wanneer de aankondiging op 13 mei is verzonden en via www.aanbestedingskalender.nl is bekendgemaakt, dan is de uiterste termijn van aanmelding 23 mei.

Nadat de gegadigden zich hebben aangemeld, beoordeelt de aanbesteder hun kwalitatieve geschiktheid op basis van de gestelde uitsluitingsgronden en kwalitatieve geschiktheidseisen. Ook kan hij op basis van selectiecriteria tot een nadere selectie van gegadigden komen. Het is aan de aanbesteder zelf om te bepalen hoeveel tijd hij hiervoor reserveert. De aanbesteder kan eventueel in de aankondiging van zijn voornemen tot plaatsing van de bouwopdracht de datum van de uitnodiging tot inschrijving of – ingeval de concurrentiegerichte dialoog – de datum van uitnodiging tot deelname aan de dialoogronde opnemen, maar hij is dat niet verplicht.

Toelichting Zie in dit verband bijvoorbeeld Model B, sub IV.3.5, behorende bij de ARW 2005. Zie in algemene zin over de inhoud van de aankondiging: hoofdstuk 10, par. 4.2.

Voorbeeld Bij een niet-openbare procedure is de aankondiging op 13 mei verzonden en via www.aanbestedingskalender.nl bekendgemaakt. De aanbesteder heeft in de aankondiging ook de datum van uitnodiging tot inschrijving opgenomen. Deze datum kan bijvoorbeeld 16 juni zijn, vier dagen na de uiterste termijn van aanmelding.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de aanbesteder bij de concurrentiegerichtte dialoog zelf kan bepalen hoeveel tijd hij wenst in te plannen voor de dialoogronde.

Toelichting Zie over deze dialoogronde ook hoofdstuk 5, par. 4.4. Op grond van het voorgaande hebben marktpartijen vanaf het moment van de aankondiging ten minste 37 dagen de tijd om zich als gegadigde voor deelname aan deze dialoogronde aan te melden. De exacte termijn wordt door de aanbesteder aangegeven in de aankondiging, zie bijvoorbeeld Model B, sub IV.3.4, behorende bij de ARW 2005. De aanbesteder *kan* in de aankondiging daarnaast vermelden wat de uiterste termijn is waarbinnen hij de geschikte gegadigden tot inschrijving zal uitnodigen, zie bijvoorbeeld Model B, sub IV.3.5, behorende bij de ARW 2005. Als hij dat doet, zal hij vóór die tijd de dialoogronde moeten hebben afgerond.

De inschrijvingstermijn van de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichtte dialoog en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, is verschillend.

Voor de niet-openbare procedure geldt voor de ontvangst van de inschrijvingen een minimumtermijn van 40 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

Bron Zie art. 38 lid 3 sub (b) Algemene Richtlijn en art. 38 lid 4 Bao. Zie ook art. 3.16.1 ARW 2005. De aanbesteder bepaalt zelf op welk moment hij de geschikte (en eventueel nader geselecteerde) gegadigden uitnodigt tot inschrijving. Hij *kan* die datum in de aankondiging vermelden, zie bijvoorbeeld Model B, sub IV.3.5, behorende bij de ARW 2005. Hij is verplicht alle hiervoor bedoelde gegadigden op hetzelfde moment tot inschrijving uit te nodigen, zie art. 40 lid 1 Algemene Richtlijn, art. 40 lid 1 Bao en art. 3.15.5 ARW 2005.

De Richtlijn Nutssectoren hanteert een afwijkende regeling, zie art. 45 lid 3 sub (b) en (c) van die Richtlijn alsook art. 46 lid 4 en lid 5 Bass. Die regeling komt erop neer dat de aanbesteder in onderling overleg met de uitgekozen gegadigden een voor ieder gelijke inschrijvingstermijn kan vaststellen. Wanneer geen overeenstemming kan worden bereikt, moet de aanbesteder een inschrijvingstermijn hanteren van ten minste 24 dagen vanaf de dag van verzending van de uitnodiging tot inschrijving en in geen geval een termijn van minder dan 10 dagen.

Voorbeeld De uitnodiging tot inschrijving wordt op 13 mei verstuurd aan alle geselecteerde gegadigden. Het bestek is niet elektronisch beschikbaar. Dan sluit de inschrijvingstermijn niet vóór 22 juni, ofwel de uiterste termijn van inschrijving ligt op 22 juni of later.

Deze termijn van 40 dagen kan worden bekort met 5 dagen wanneer de aanbesteder vanaf de datum van de aankondiging met elektronische middelen vrije, rechtstreekse en volledige toegang biedt tot de vraagspecificatie en alle aanvullende stukken. Hij heeft tevens in de aankondiging het internetadres vermeldt dat toegang biedt tot deze documenten.

Bron Zie art. 38 lid 6 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 8 Bao. Zie daarnaast ook art. 45 lid 6 Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 9 Bass. Zie ook art. 3.16.3 ARW 2005.

Voorbeeld De uitnodiging tot inschrijving wordt op 13 mei verstuurd aan alle geselecteerde gegadigden. Het bestek is elektronisch beschikbaar. Dan sluit de inschrijvingstermijn niet vóór 17 juni, ofwel de uiterste termijn van inschrijving ligt op 17 juni of later.

In paragraaf 4.1 van hoofdstuk 10 is ingegaan op het feit dat een aanbesteder zijn voornemen tot het plaatsen van een bouwopdracht kan bekendmaken met een vooraankondiging. Wanneer hij dat doet in het kader van een niet-openbare procedure, biedt hem dat de mogelijkheid de verplichte minimuminschrijvingstermijn van 40 dagen te bekorten tot 36 dagen, maar in geen geval tot minder dan 22 dagen.

Bron Zie art. 38 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 4 Bao. Zie ook art. 45 lid 4 Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 6 Bass. Zie verder 3.16.4 ARW 2005. Deze verkorte termijn loopt bij de niet-openbare procedure vanaf de verzending van de uitnodiging tot de indiening van een inschrijving.

Van deze mogelijkheid tot verkorting kan alleen gebruik worden gemaakt als de vooraankondiging alle informatie bevat die ook in de aankondiging wordt vermeld en als de bouwopdracht daadwerkelijk wordt aangekondigd binnen 12 maanden na de verzending van de vooraankondiging. Zie over deze voorwaarden ook art. 38 lid 4, derde alinea, Algemene Richtlijn, art. 38 lid 6 Bao, art. 45 lid 4, tweede alinea, Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 7 Bass. Zie ook art. 3.16.5 ARW 2005.

Voorbeeld De vooraankondiging is in januari gepubliceerd en bevat alle nodige informatie. De uitnodiging tot inschrijving wordt op 13 mei verstuurd aan alle geselecteerde gegadigden. Dan sluit de inschrijvingstermijn niet vóór 18 juni, ofwel de uiterste termijn van inschrijving ligt op 18 juni of later.

Het is ook nog mogelijk om de minimumtermijn van 40 dagen te bekorten wanneer het om dringende redenen niet haalbaar is die termijn in acht te nemen.

Bron Zie art. 38 lid 8 sub (b) Algemene Richtlijn en art. 38 lid 11 sub (b) Bao. Zie ook art. 3.16.6 ARW 2005. Het moet dan om een dringende reden gaan die niet

aan de aanbesteder zelf is te wijten. Van deze mogelijkheid tot bekorting kan de aanbesteder overigens ook (nog) gebruikmaken als hij de procedure reeds heeft bekort op grond van een vooraankondiging.

De aanbesteder mag dan voor de ontvangst van de inschrijvingen uitgaan van een termijn van minimaal 10 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

Voorbeeld Er is bij een niet-openbare procedure (terecht) sprake van dringende spoed. Wanneer de uitnodiging tot inschrijving op 13 mei is verzonden, dan is de uiterste termijn van inschrijving 23 mei.

Voor de concurrentiegerichtte dialoog en de beide onderhandelingsprocedures geldt geen minimuminschrijvingstermijn. De aanbesteder is echter wel verplicht in zijn uitnodiging tot inschrijving aan te geven welke inschrijvingstermijn hij hanteert. De uitnodiging moet gelijktijdig worden verstuurd aan alle geschikte (en eventueel nader geselecteerde) gegadigden.

Bron Zie art. 40 lid 1 en lid 5 sub (b), alsook de laatste alinea van lid 5, Algemene Richtlijn en art. 40 lid 1, lid 7 sub (b) en lid 8 Bao. Zie vervolgens ook art. 47 lid 1 jo. lid 4 sub (b) Richtlijn Nutssectoren en art. 48 lid 1 en lid 6 sub (b) Bass. Zie ook art. 4.19.3 jo. art. 4.19.4; art. 5.16.3 sub (b) jo. art. 5.16.5; art. 6.13.1 sub (a) jo. 6.13.4 ARW 2005.

Vóórdat de inschrijvers hun inschrijvingen indienen, kunnen zij nog nadere inlichtingen vragen over de inhoud van de vraagspecificatie en de aanvullende stukken.

Toelichting Zie hierover meer uitvoerig hoofdstuk 6, par. 4.3.4.

De aanbesteder is vervolgens verplicht de gevraagde informatie te verstrekken uiterlijk 6 dagen voor de geplande ontvangst van de inschrijvingen, vooropgesteld dat de informatie tijdig is aangevraagd.

Bron Zie art. 40 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 40 lid 5 Bao. Zie voorts art. 47 lid 3 Richtlijn Nutssectoren en art. 48 lid 5 Bass. Zie in aansluiting op deze bepalingen ook art. 3.18.1, art. 5.18.1, art. 6.15.1, art. 7.8.1 en art. 8.3.5 ARW 2005. Als gebruik wordt gemaakt van de versnelde procedure (vanwege dringende redenen, zie art. 3.16.6 ARW 2005) bedraagt de termijn die in art. 3.18.1 wordt bedoeld 4 dagen.

Zodra de aanbesteder de inschrijvingen heeft ontvangen, zal hij deze beoordelen om vast te stellen welke inschrijving als beste uit de bus komt. Voor deze beoordelingstermijn gelden geen voorschriften.

Toelichting Wanneer de aanbesteder bij een onderhandelingsprocedure na beoordeling van de ontvangen inschrijvingen overgaat tot het voeren van onderhandelingen, gelden ook daarvoor geen termijnvoorschriften.

De aanbesteder moet de inschrijvers echter wel ten spoedigste in kennis stellen van zijn beslissing tot gunning van de bouwopdracht.

Bron Zie art. 41 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 1 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 1 Bass. Zie ook art. 3.31.5, art. 4.29.6, art. 5.32.5 ARW. Zie overigens ook art. 6.28.5 en art. 10.9.3 ARW 2005.

Ook bij de procedures uit deze paragraaf geldt dat de aanbesteder pas 15 dagen na de verzending van die kennisgeving een overeenkomst met de winnende inschrijver mag sluiten.

Bron Zie par. 4.2.2. Zie art. 55 lid 2 Bao en art. 57 lid 2 Bass. Deze bepalingen codificeren de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG inzake de zogenoemde 'Alcateltermijn', zie HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98 (Alcatel), *Jurispr.* 1999, blz. I-7671 en NJ 2000, 528. Zie ook art. 2.30.1 ARW 2005.

De aanbesteder is ook hier verplicht om binnen 48 dagen na de gunning een aankondiging te sturen aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen in Luxemburg over de resultaten van de aanbestedingsprocedure.

Bron Zie art. 35 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 35 lid 12 Bao. Zie verder art. 43 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 1 Bass. Zie ook art. 3.34.1, art. 4.32.1, art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005.

4.3 Termijnen bij een niet-Europese aanbestedingsplicht

4.3.1 Vertrekpunt

De verplichting om een aanbestedingsprocedure toe te passen vloeit niet altijd voort uit een Europese aanbestedingsrichtlijn of uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. Deze kan ook voortvloeien uit nationale wet- en regelgeving. Dan kan tevens de verplichting bestaan gebruik te maken van een aanbestedingsprocedure die geregeld is in het ARW 2005 (voor 'nationale aanbestedingen').

Toelichting Zie voor de keuzemogelijkheden die de aanbesteder dan heeft hoofdstuk 5, par. 5.1.3.

De minimumtermijnen die met die procedures verband houden, moeten dan verplicht worden gehanteerd. Paragraaf 4.3.2 gaat in op de termijnen voor de openbare procedure, paragraaf 4.3.2 op de termijnen van de andere aanbestedingsprocedures die algemeen worden bekendgemaakt en paragraaf 4.3.4 op de termijnen voor de onderhandse procedure.

4.3.2 Openbare procedure

Voor de openbare procedure wordt voor de ontvangst van de inschrijvingen minimaal een termijn van 36 dagen gehanteerd, te rekenen vanaf de publicatiedatum van de aankondiging. Wanneer de aankondiging langs elektronische weg wordt opgesteld, dan mag de termijn met 4 dagen worden verkort. De aanbesteder kan de termijn met 5 dagen verkorten als hij vanaf de datum van aankondiging met elektronische middelen vrije, rechtstreekse en volledige toegang biedt tot de vraagspecificatie en alle aanvullende stukken. Hij moet in de aankondiging het internetadres vermelden dat toegang biedt tot deze documenten.

Bron Zie art. 2.4.2 en art. 2.4.4 t/m 2.4.6 ARW 2005.

Wanneer de aanbesteder niet langs elektronische weg vrije, rechtstreekse en volledige toegang biedt tot de vraagspecificatie en alle aanvullende stukken, zendt de aanbesteder die documenten binnen 6 dagen na ontvangst van een aanvraag daartoe. De aanvraag moet dan wel voor de uiterste datum voor de indiening van de inschrijvingen zijn gedaan. De aanbesteder mag nadere inlichtingen over de vraagspecificatie en de aanvullende stukken uiterlijk 6 dagen voor de uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen verstrekken, mits deze tijdig zijn aangevraagd.

Bron Zie art. 2.6.4 en art. 2.16.1 ARW 2005.

De aanbesteder mag de overeenkomst met de winnende inschrijver pas sluiten nadat 15 dagen zijn verstreken na de verzending van de kennisgeving van de beslissing tot gunning van de bouwopdracht.

Bron Zie art. 2.30.1 jo. art. 2.29.5 ARW 2005.

4.3.3 Andere procedures die algemeen bekend worden gemaakt

Bij de niet-openbare procedure en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking geldt voor de ontvangst van de aanmeldingen als gegadigde een minimumtermijn van 21 dagen. Deze termijn kan met 4 dagen worden verkort wanneer de aankondiging langs elektronische weg wordt opgesteld en gepubliceerd

Bron Zie art. 3.4.2 jo. art. 3.4.5, art. 4.5.2 jo. art. 4.5.5 en art. 5.5.2 jo. art. 5.5.5 ARW 2005.

Wanneer het om dringende redenen niet haalbaar is de minimumtermijn van 21 dagen in acht te nemen, is de minimumtermijn voor de ontvangst van de aanmeldingen als gegadigde 15 dagen, te rekenen vanaf de publicatiedatum van de aankondiging of 10 dagen als de aankondiging elektronisch is gepubliceerd.

Bron Zie art. 3.4.7 en art. 5.5.7 ARW 2005.

Voor de ontvangst van de inschrijvingen geldt bij de niet-openbare procedure een minimumtermijn van 21 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving. De aanbesteder kan deze termijn met 5 dagen verkorten als hij vanaf de datum van aankondiging met elektronische middelen vrije, rechtstreekse en volledige toegang biedt tot de vraagspecificatie en alle aanvullende stukken. In de aankondiging moet het internetadres staan dat toegang biedt tot deze documenten.

Bron Zie art. 3.16.2 jo. 3.16.3 ARW 2005.

Wanneer het om dringende redenen niet haalbaar is de minimuminschrijvingstermijn van 21 dagen in acht te nemen, mag de aanbesteder die termijn vaststellen op minimaal 10 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

Bron Zie art. 3.16.6 ARW 2005.

Voor de concurrentiegerichtte dialoog en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking gelden geen minimuminschrijvingstermijnen. De aanbesteder is bij deze procedures wel verplicht in de uitnodiging tot inschrijving aan te geven wat de uiterste datum is waarop de inschrijvingen moeten zijn ingediend.

Bron Zie art. 4.19.4, art. 5.16.3 sub (b), art. 6.13.1 sub (a) ARW 2005.

De aanbesteder mag nadere inlichtingen over de vraagspecificatie en de aanvullende stukken uiterlijk 6 dagen voor de uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen verstrekken, mits deze op tijd zijn aangevraagd.

Bron Zie art. 3.18.1, art. 5.18.1 en art. 6.15.1 ARW 2005. Als een versnelde niet-openbare procedure wordt gebruikt (vanwege dringende redenen, zie art. 3.16.6 ARW 2005) bedraagt de in art. 3.18.1 bedoelde termijn 4 dagen.

Ook voor de procedures in deze paragraaf geldt dat de aanbesteder de overeenkomst met de winnende inschrijver pas mag sluiten nadat 15 dagen zijn verstreken na de verzending van de kennisgeving van de beslissing tot gunning.

Bron Zie art. 2.32.1, art. 4.30.1 en 5.33.1 ARW 2005. Zie overigens ook art. 6.29.1 ARW 2005.

4.3.4 Onderhandse procedure

Bij de onderhandse procedure moet de aanbesteder een minimumtermijn van 21 dagen hanteren voor de ontvangst van de inschrijvingen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving. Deze termijn kan met 2 dagen worden verkort als de aanbesteder vanaf de verzenddatum van de uitnodiging met elektronische middelen vrije, rechtstreekse en volledige toegang biedt tot het bestek en alle aanvullende stukken. In de uitnodiging moet het internetadres zijn vermeld dat toegang biedt tot deze documenten. Wanneer het om dringende redenen niet haalbaar is de minimuminschrijvingstermijn van 21 dagen in acht te nemen, mag de aanbesteder die termijn vaststellen op minimaal 10 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

Bron Zie art. 7.6.1 t/m 7.6.3 ARW 2005.

Nadere inlichtingen over de vraagspecificatie en de aanvullende stukken mag de aanbesteder uiterlijk 6 dagen voor de sluitingstermijn van de inschrijvingen verstrekken, mits deze tijdig zijn aangevraagd.

Bron Zie art. 7.8.1 ARW 2005.

4.4 Gestanddoeningstermijn

De aanbestedingsrichtlijnen, het Bao en het Bass voorzien niet in een regeling van de zogenoemde gestanddoeningstermijn. Dit neemt niet weg dat de aanbesteder de bevoegdheid heeft om in de aankondiging van een aanbestedingsprocedure te vermelden dat de inschrijvers hun inschrijvingen gedurende een bepaalde periode gestand moeten doen. Dit houdt in dat een inschrijver zijn inschrijving gedurende die termijn niet kan herroepen. Na verloop van

die termijn kan hij dat wel, vooropgesteld natuurlijk dat de aanbestede zijn inschrijving dan nog niet heeft aanvaard.

Bron Zie art. 6:219 Burgerlijk Wetboek.

Voor aanbestedingsprocedures waarop de aanbestede het ARW 2005 van toepassing heeft verklaard, geldt wel een gestanddoeningstermijn.

Toelichting Zie art. 2.23, art. 3.25, art. 4.24, art. 7.15, art. 9.4 en art. 10.4 ARW 2005. Afhankelijk van het type aanbestedingsprocedure dat wordt toegepast, geldt als uitgangspunt een gestanddoeningstermijn van 45 dan wel 30 dagen, tenzij de aanbestede een andere termijn heeft opgenomen in de aanbestedingsstukken.

De aanbestede kan de inschrijvers verzoeken hun inschrijving langer dan de oorspronkelijk gestelde termijn gestand te doen wanneer het einde van de gestanddoeningstermijn nadert en hij nog geen gunningsbeslissing heeft genomen. Dit kan ook bij procedures waarop het ARW 2005 niet van toepassing is verklaard.

Toelichting De aanbestede die dat niet doet en die de gestanddoeningstermijn laat verlopen, zit juridisch (in theorie) zonder inschrijvingen, aangezien die inschrijvingen civielrechtelijk zijn vervallen als gevolg van het aflopen van de termijn. Echter, wanneer de aanbestede vervolgens toch besluit de opdracht aan een van de inschrijvers te gunnen en de betreffende inschrijver beroept zich er niet op dat zijn inschrijving is vervallen, ontstaat er praktisch geen probleem.

Zodra overigens de aanbestede zijn gunningsbeslissing heeft genomen en de inschrijvers daarvan in kennis heeft gesteld, is eventuele verlenging van de gestanddoeningstermijn niet meer noodzakelijk. Weliswaar moet (aanbestedingsrechtelijk) met de ondertekening van de overeenkomst nog even worden gewacht – in afwachting van de afloop van de zogenoemde ‘Alcatel’-termijn, zie par. 4.2 en 4.3 hierboven – maar de ‘winnende’ inschrijver kan (civielrechtelijk) niet meer terugkomen op zijn inschrijving wanneer de aanbestede eenmaal te kennen heeft gegeven de opdracht op basis van die inschrijving aan hem te willen gunnen.

Wanneer de aanbestede de inschrijvers verzoekt hun inschrijvingen langer gestand te doen, moet hij dat verzoek aan *alle* inschrijvers doen. Het is aan de inschrijver zelf om te beslissen of hij zijn inschrijving langer dan de oorspronkelijk gestelde termijn gestand wenst te doen. De situatie die zich hierbij kan voordoen, is dat een inschrijver weliswaar bereid is zijn inschrijving gedurende een langere periode gestand te doen, maar alleen onder de voorwaarde dat hij het prijspeil van zijn inschrijving mag aanpassen. De aanbestede mag dat laatste toestaan, vooropgesteld echter dat hij ook alle andere inschrijvers in de gelegenheid stelt hun inschrijvingen aan te passen. Bovendien mogen er door de aanpassingen geen verschuivingen in de rangorde van de inschrijvingen ontstaan.

5 Doelmatig beslissen met betrekking tot termijnen

5.1 Aanbestedingsrechtelijke termijnen

De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving kent dus slechts verplichte minimumtermijnen voor de aanmelding en voor de inschrijving (ingeval van de openbare procedure, niet-openbare procedure, onderhandse procedure). Afgezien van deze specifieke verplichtingen, heeft een aanbesteder beleidsvrijheid voor het stellen van zowel andere als langere termijnen.

Echter, de aanbesteder heeft wel de meer algemeen geformuleerde verplichting om bij de vaststelling van termijnen rekening te houden met de complexiteit van de bouwopdracht en met de tijd die nodig is voor de voorbereiding van de inschrijvingen. Het gaat dan overigens niet alleen om termijnen die de aanbesteder de gegadigden en de inschrijvers gunt. Het gaat hier ook om termijnen die de aanbesteder zichzelf gunt voor het voorbereiden van informatie die hij gegadigden en inschrijvers moet doen toekomen en voor het beoordelen en verwerken van informatie die hij van die gegadigden en inschrijvers ontvangt.

Bron Zie art. 38 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 38 lid 1 Bao. Zie ook art. 45 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 46 lid 1 Bass.

Deze beleidslijn wordt ook aanbevolen aan aanbesteders die – hetzij verplicht, hetzij vrijwillig – een geregleerde aanbestedingsprocedure toepassen buiten het toepassingsgebied van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Toelichting Zie in dit verband ook de toelichting op het ARW 2005.

5.2 Gestanddoeningstermijn

Wanneer het ARW 2005 op de aanbestedingsprocedure van toepassing is verklaard, is het een aanbesteder op voorhand toegestaan een gestanddoeningstermijn te bepalen die langer is dan de gebruikelijke 45 of 30 dagen. Het is in veel gevallen niet verstandig van die mogelijkheid gebruik te maken. Wanneer de aanbestedingsdocumenten bijvoorbeeld voorzien in een vaste opleverdatum, kan een langere gestandsdoeningstermijn dan gebruikelijk leiden tot onzekerheid over de uitvoeringsduur.

Voorbeeld Bij een aanbesteding op 1 juli en een opleverdatum voor 31 december leidt een gestanddoeningstermijn van 120 dagen ertoe dat een inschrijver er (kennelijk) rekening mee moet houden dat hij mogelijk slechts twee maanden de tijd heeft om het werk uit te voeren.

Wanneer een gestanddoeningstermijn van 90 of 120 dagen wordt gehanteerd, zal de inschrijver bovendien rekening moeten houden met een (ongunstigere) uitvoering van het werk gedurende meerdere seizoenen.

Voorbeeld Als een werk met een doorlooptijd van vier maanden wordt aanbesteed op 1 mei en gegund wordt op 20 mei, dan kan het tijdens de zomer worden uitgevoerd. Vindt de gunning evenwel pas plaats aan het eind van een gestanddoeningstermijn van 90 dagen, dan moet er van medio september tot medio januari worden gewerkt.

Als stelregel kan worden gehanteerd dat een aanbesteder niet zou moeten afwijken van de 'normale' (in het ARW 2005 voorziene) gestanddoeningstermijn wanneer hij het gunningscriterium van de laagste prijs hanteert. Met dat criterium moet de beoordeling van de inschrijvingen gemakkelijk binnen de reguliere gestanddoeningstermijn kunnen worden afgerond. Slechts bij complexe aanbestedingsprocedures die gegund worden op basis van de economisch meest voordelige inschrijving, kan het stellen van een langere termijn acceptabel zijn.

Ook een verzoek tot langer gestand laten doen van de inschrijvingen na de gestanddoeningsstermijn moet goed worden doordacht. Het nut en de noodzaak van zo'n verzoek en de consequenties ervan moeten worden afgewogen. Naast de hiervoor vermelde consequenties, moet de aanbesteder zich realiseren dat prijsstijgingen over de gehele gestanddoeningsperiode moeten worden meegenomen. Die stijgingen zijn echter niet altijd eenvoudig in te schatten. Zij zijn bovendien niet af te kopen bij leveranciers, onderaannemers en onderopdrachtnemers, omdat er nog geen opdracht is verstrekt. Er zal dus veilig worden geschat en dat kan leiden tot een hogere inschrijving, wat tot teleurstelling bij de aanbesteder kan leiden.

***Hoe moeten beslissingen
worden gemotiveerd?***

12

1 *Inleiding*

In dit hoofdstuk wordt ervan uitgegaan dat de aanbesteder bepaalde beslissingen heeft genomen met betrekking tot:

- de bouworganisatievorm;
- de vraagspecificatie;
- de contractvorm;
- de aankondiging van de bouwopdracht;
- de aanbestedingsprocedure;
- de uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en eventuele selectiecriteria;
- het gunningscriterium;
- het vervolg van de procedure na afloop van de inschrijvingstermijn.

De aanbesteder is verplicht sommige van deze beslissingen te motiveren. In het bijzonder geldt dit voor beslissingen die als gevolg hebben dat de gegadigde of inschrijver niet langer meer aan de aanbestedingsprocedure mag deelnemen.

Toelichting Het gaat hier allereerst om beslissingen die betrekking hebben op het toepassen van uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen, eventuele selectiecriteria en gunningscriteria. Zie in dit verband hoofdstuk 7, par. 4.1.4, par. 4.2.5 en par. 4.3.5 en hoofdstuk 8, par. 4.5. Ook kan worden gedacht aan bepaalde beslissingen die de aanbesteder neemt nadat hij de inschrijvingen heeft ontvangen en beoordeeld, zoals de beslissing om de opdracht niet te gunnen. Zie daarover hoofdstuk 9.

Het doel van dit hoofdstuk is de aanbesteder te ondersteunen bij het motiveren van beslissingen die als consequentie hebben dat een gegadigde of inschrijver niet langer meer aan de aanbestedingsprocedure mag deelnemen. Eerst wordt toegelicht wat in de Leidraad onder het begrip motiveren wordt verstaan (paragraaf 2). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag waarom het belangrijk is dat een aanbesteder vooraf goed nadenkt over de motivering van dergelijke beslissingen (paragraaf 3). Daarna komen de juridische randvoorwaarden aan de orde die de aanbesteder in acht moet nemen met het oog op de naleving van de verplichting tot motivering van beslissingen (paragraaf 4). Ten slotte wordt aangegeven hoe voor de motivering het beste te werk kan worden gegaan gegeven de wens het aanbestedingsproces zo doelmatig mogelijk te laten verlopen (paragraaf 5).

2 *Wat is motiveren?*

Wanneer een aanbesteder een beslissing motiveert, betekent dit dat hij die beslissing inzichtelijk onderbouwt. Uit een inzichtelijke onderbouwing blijkt op welke feiten de beslissing is gebaseerd, dat er een behoorlijke afweging van de betrokken belangen heeft plaatsgevonden en dat de gestelde feiten de inhoud van de beslissing kunnen dragen. Aldus gezien, volgt uit de motivering van een beslissing waarom die beslissing de inhoud heeft die zij heeft.

3 **Waarom moet het motiveren van beslissingen goed zijn doordacht?**

Wanneer een aanbesteder tijdens een aanbestedingsprocedure beslissingen neemt, kan dat tot gevolg hebben dat een gegadigde of inschrijver niet (langer meer) mag deelnemen aan die procedure. Dat is inherent aan een aanbestedingsprocedure. Het voorgaande neemt niet weg dat een aanbesteder zich bij het nemen van dergelijke beslissingen zal hebben te houden aan een aantal juridische randvoorwaarden.

Toelichting Zie daarvoor met name de hoofdstukken 3 t/m 11.

In dat perspectief gezien is het deugdelijk motiveren van beslissingen in de eerste plaats van belang voor de gegadigden en de inschrijvers die deelnemen aan de aanbestedingsprocedure. Zij worden daardoor immers in staat gesteld na te gaan of de aanbesteder zijn beslissingen heeft genomen met inachtneming van die randvoorwaarden. Dat kan die gegadigden en inschrijvers vervolgens een basis bieden om te besluiten of zij al dan niet bezwaar tegen die beslissingen willen maken.

Toelichting Het niet dan wel onvoldoende motiveren van een beslissing kan op zichzelf reeds een juridische grond opleveren om tegen zo'n beslissing in het geweer te komen.

De verplichting tot het deugdelijk motiveren van beslissingen is dus ook in het belang van de aanbesteder zelf. Er is ook nog een ander belang. De verplichting prikkelt de aanbesteder tot het rationaliseren van de gronden van de beslissing. Bovendien betreft hij beredeneerd in de beslissing of en in hoeverre hij met die beslissing een bijdrage levert aan het realiseren van de doelstellingen die hij met het bouwproces voor ogen heeft.

Toelichting Zie over deze doelstellingen ook hoofdstuk 1, par. 4.1.

Het doordacht motiveren van de beslissingen bevordert dus dat ze op een professionele manier worden genomen. Tot slot moet hier nog worden opgemerkt dat ook het motiveren zelf aan een aantal juridische randvoorwaarden moet beantwoorden.

4 **Wat zijn de juridische randvoorwaarden?**

4.1 **Inhoud van de motivering**

4.1.1 **Vertrekpunt**

De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving verplicht een aanbesteder tot het motiveren van beslissingen die hij tijdens een aanbestedingsprocedure neemt.

Toelichting Voor overheidsaanbesteders is het motiveringsbeginsel een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar geldt het ook op grond van art. 3:14 BW.

De binnenkort verwachte implementatie van de gewijzigde Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG zal waarschijnlijk consequenties hebben voor de motiveringsplicht.

In het bijzonder gaat het om vier specifieke motivatieverplichtingen die in de volgende paragrafen aan de orde komen: de motiveringsverplichtingen betreffende het afwijzen van een gegadigde (paragraaf 4.1.2), het afwijzen van een inschrijving (paragraaf 4.1.3), de gunning (paragraaf 4.1.4) en het niet gunnen (paragraaf 4.1.5). Ingegaan wordt op de inhoud van de motiveringsverplichting voor zowel aanbestedingsprocedures die plaatsvinden op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen als voor procedures die worden toegepast zonder dat daartoe een verplichting bestaat op grond van Europese richtlijnen of de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

Toelichting Zie over dit onderscheid ook hoofdstuk 5, par. 5.1.1, par. 5.1.2 en par. 5.1.3.

4.1.2 Afwijzen van een gegadigde

De aanbesteder is verplicht om een marktpartij die zich als gegadigde heeft aangemeld en vervolgens niet wordt uitgenodigd tot het doen van een inschrijving of – ingeval van de concurrentiegerichte dialoog, tot deelname aan de dialoogronde – in kennis te stellen van de redenen daarvan als de gegadigde of inschrijver daarom vraagt. De aanbesteder is verplicht deze redenen zo spoedig mogelijk, maar in elk geval binnen 15 dagen na ontvangst van het verzoek, aan de verzoeker schriftelijk mee te delen.

Bron Zie art. 41 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 2 jo. art. 42 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 2 Bass. Zie ook art. 3.15.7, art. 4.16.7 en art. 5.16.7 ARW 2005. De regels van het ARW 2005 zijn op dit punt gelijklopend voor Europese en nationale aanbestedingen.

Voorbeeld Van een deugdelijke wijze van afwijzen van een gegadigde is sprake wanneer de aanbesteder de gegadigde bijvoorbeeld laat weten dat het formulier van model K behorende bij het ARW 2005 niet is aangeleverd of niet (goed) is ingevuld en dat de gegadigde om die reden niet kan worden uitgenodigd tot inschrijving.

Voorbeeld Van een ondeugdelijke afwijzing is sprake wanneer de aanbesteder een gegadigde laat weten deze niet voor het doen van een inschrijving uit te nodigen “omdat uw aanmelding niet voldoet aan de daaraan gestelde eisen”.

Deze motiveringsplicht speelt alleen een rol bij de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichte dialoog en de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

4.1.3 Afwijzen van een inschrijving

De aanbesteder is verplicht om een inschrijver van wie de inschrijving is afgewezen in kennis te stellen van de redenen daarvan als de inschrijver daarom vraagt. De aanbesteder moet dat zo spoedig mogelijk schriftelijk doen, maar in elk geval binnen 15 dagen na ontvangst van het verzoek.

Toelichting Zie art. 41 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 3 jo. art. 42 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 3 Bass. Zie ook art. 2.29.7, art. 3.31.7, art. 4.29.8, art. 5.32.7 en art. 6.28.7 ARW 2005. De regels van het ARW 2005 zijn op dit punt gelijklopend voor Europese en nationale aanbestedingen.

De motivering moet in voorkomend geval ook betrekking hebben op de redenen voor de beslissing van de aanbesteder dat de door de inschrijver aangeboden oplossing niet gelijkwaardig is met de in de vraagspecificatie voorgeschreven oplossing, of anderszins niet aan de eisen van de vraag-specificatie voldoet.

Voorbeeld Een aanbesteder van een baggerwerk past de regels goed toe wanneer hij een inschrijver, meedeelt dat de inschrijving als ongeldig wordt beschouwd en niet verder in beschouwing wordt genomen "omdat u in uw inschrijving uitgaat van de toepassing van de in art. 5.3.1 van de vraagspecificatie verboden methode van het zogenoemde 'schuiven' van bagger met behulp van een schuifboot."

Deze motiveringsplicht speelt bij de openbare procedure, de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichtte dialoog en de onderhandelingsprocedures met en zonder voorafgaande bekendmaking. Voor de onderhandse procedure geldt deze verplichting niet.

4.1.4 Gunning

De aanbesteder is allereerst verplicht om alle inschrijvers mee te delen dat hij een besluit tot gunning heeft genomen.

Bron Zie art. 41 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 1 jo. art. 42 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 1 Bass. Zie ook art. 2.29.5, art. 3.31.5, art. 4.29.6, art. 5.32.5, art. 6.28.5, art. 7.21.5 en art. 10.9.3 ARW 2005. De regels van het ARW 2005 zijn op dit punt gelijklopend voor Europese en nationale aanbestedingen, met uitzondering van art. 7.21.5 dat alleen betrekking heeft op nationale aanbestedingen.

De aanbesteder is bovendien verplicht om iedere afgewezen inschrijver die een inschrijving heeft gedaan die beantwoordt aan de eisen van de vraagspecificatie in kennis te stellen van de naam van de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen en van de kenmerken en de voordelen van de inschrijving van die inschrijver. Dit geldt niet voor de onderhandse procedure.

Bron Zie art. 41 lid 2 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 4 jo. art. 42 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 4 Bass. Zie ook art. 2.29.5, art. 3.31.5, art. 4.29.6, art. 5.32.5 en art. 6.28.5 ARW 2005. De regels van het ARW 2005 zijn op dit punt gelijklopend voor Europese en nationale aanbestedingen.

De motivering van de gunningsbeslissing moet wel meer behelzen dan het enkel opsommen van de eigenschappen en de voordelen van de gekozen inschrijving. De inschrijvingen moeten

met elkaar worden vergeleken. Zo moet bijvoorbeeld naast de opgave van de inschrijving die als beste uit de bus is gekomen, ook worden aangegeven waarom andere inschrijvers met een ogenschijnlijk betere inschrijving niet voor gunning in aanmerking komen. Dit kan bijvoorbeeld omdat hun inschrijvingen afwijken van de eisen van de vraagspecificatie.

Voorbeeld Aan het einde van een niet-openbare procedure moet een aanbesteder vier inschrijvers afwijzen. Het is zaak dat de aanbesteder al direct bij de bekendmaking van zijn gunningsbeslissing zodanig informatie geeft dat een afgewezen inschrijver een zo volledig mogelijk beeld krijgt van de redenen van de afwijzing van zijn inschrijving. Wanneer deze aanbesteder gebruik heeft gemaakt van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, staan in de afwijzingsbrief alle scores van de afgewezen inschrijver als ook de scores van de winnende inschrijver. Niet alleen de totaalscore is van belang, maar ook de scores op de verschillende gunningscriteria met een toelichting waarom de afgewezen inschrijver minder heeft gescoord dan de winnaar.

Een aanbesteder doet het goed wanneer hij als volgt motiveert: "Voor het aspect functionaliteit heeft uw inschrijving 40 punten gekregen. De inschrijving van de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen, heeft voor dat aspect 60 punten gekregen omdat deze op de navolgende deelaspecten beter scoorde: (...)".

Niet goed is de volgende motivering: "uw inschrijving scoorde helaas lager dan die van de winnende inschrijver".

De aanbesteder mag overigens besluiten om bepaalde gegevens over de gunning van de bouwopdracht niet aan de andere inschrijvers mee te delen. Dit is toegestaan als het verstrekken van die gegevens in strijd is met de wet of in strijd met het openbaar belang of de rechtmatige commerciële belangen van derden zou kunnen schaden of de eerlijke mededinging tussen inschrijvers zou kunnen aantasten.

Bron Zie art. 41 lid 3 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 5 *jo.* art. 42 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 2, derde alinea, Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 5 Bass. Zie ook art. 2.29.9, art. 3.31.9, art. 4.29.10, art. 5.32.9, art. 6.28.9 en art. 7.21.7 ARW 2005. De regels van het ARW 2005 zijn op dit punt gelijkluidend voor Europese en nationale aanbestedingen, met uitzondering van art. 7.21.7 dat alleen betrekking heeft op nationale aanbestedingen.

Voorbeeld Bij het aanbesteden van de aanleg van een alarm- en beveiligingsinstallatie in een overheidsgebouw kan uit bepaalde informatie uit de inschrijvingen en uit de hoogte van de inschrijvingssom mogelijk worden afgeleid wat de mate van beveiliging is. Om die reden kan ertoe besloten worden de winnende inschrijvingssom niet openbaar te maken.

4.1.5 Niet gunnen

De aanbesteder is ook verplicht de inschrijvers mee te delen dat hij heeft besloten om de bouwopdracht niet te gunnen. Hij moet daarbij aangeven wat de redenen daarvoor zijn.

Als het ARW 2005 van toepassing is op de aanbestedingsprocedure, moet de aanbesteder de inschrijvers ook informeren wanneer hij besluit tot een heraanbesteding over te gaan. Ook de redenen die daaraan ten grondslag liggen, moet hij aangeven.

Bron Zie art. 41 lid 1 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 1 jo. art. 42 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 1 Bass. Zie ook art. 2.29.8, art. 3.31.8, art. 4.29.9, art. 5.32.8, art. 6.28.8, art. 7.21.6 en art. 10.9.6 ARW 2005. De regels van het ARW 2005 zijn op dit punt gelijklopend voor Europese en nationale aanbestedingen, met uitzondering van art. 7.21.6 dat alleen betrekking heeft op nationale aanbestedingen.

Ook hier geldt weer dat de aanbesteder mag besluiten om bepaalde gegevens met betrekking tot de gunning van de bouwopdracht niet aan de andere inschrijvers mee te delen. Het gaat dan wederom om gegevens die in strijd zijn met de wet of in strijd zijn met het openbaar belang of de rechtmatige commerciële belangen van derden zouden kunnen schaden of de eerlijke mededinging tussen inschrijvers zouden kunnen aantasten.

Bron Zie par. 4.1.4. Zie art. 41 lid 3 Algemene Richtlijn en art. 41 lid 5 jo. art. 42 Bao. Zie daarnaast art. 49 lid 2, derde alinea, Richtlijn Nutssectoren en art. 50 lid 5 Bass. Zie ook art. 2.29.9, art. 3.31.9, art. 4.29.10, art. 5.32.9, art. 6.28.9 en art. 7.21.7 ARW 2005. De regels van het ARW 2005 zijn op dit punt gelijklopend voor Europese en nationale aanbestedingen, met uitzondering van art. 7.21.7 dat alleen betrekking heeft op nationale aanbestedingen.

4.2 Publicatie van de motivering

4.2.1 Vertrekpunt

Bepaalde onderdelen van de motiveringen uit de vorige paragraaf, moet de aanbesteder breder verspreiden. Hij moet onderdelen ook opnemen in de aankondiging van de geplaatste bouwopdracht. Die aankondiging moet de aanbesteder sturen naar het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen in Luxemburg (paragraaf 4.2.2). Bovendien moet de aanbesteder bij een aanbestedingsprocedure op grond van de Algemene Richtlijn een proces-verbaal over die procedure opstellen en desgevraagd sturen naar de Europese Commissie (paragraaf 4.2.3).

4.2.2 Aankondiging van geplaatste bouwopdracht

Zoals ook reeds is toegelicht in hoofdstuk 10, paragraaf 4.1 en paragraaf 4.2, is de aanbesteder onder omstandigheden verplicht tot het aankondigen van een geplaatste bouwopdracht.

Toelichting De verplichting tot aankondigen van een geplaatste opdracht bestaat bij de openbare procedure, de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichtede dialoog, de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en de concessieovereenkomst voor openbare werken. Zie voor deze aankondigingsplicht: art. 35 lid 4 Algemene Richtlijn en art. 35 lid 12 Bao. Zie verder art. 43 lid 1 Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 1 Bass. Zie ook art. 2.32.1, art. 3.34.1, art. 4.32.1, art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005.

Deze verplichting bestaat niet bij een geplaatste opdracht die niet is aanbesteed op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen of de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, maar wel is aanbesteed op grond van nationale wet- en regelgeving. Het ARW 2005 voorziet dan ook niet in een aankondigingsplicht voor nationale aanbestedingen.

De aanbesteder moet in de aankondiging in ieder geval de volgende informatie opnemen: de (adres)gegevens van de aanbesteder, de wijze van aanbesteding, de datum van de gunning van de bouwopdracht, de gunningcriteria, het aantal ontvangen inschrijvingen, de (adres)gegevens van de inschrijver, de aard en de omvang van de geleverde prestaties, de betaalde prijs of prijzen, de onderaannemers, de datum van bekendmaking in het EG-Publicatieblad, de datum van verzending van de aankondiging, de datum waarop het EG Publicatiebureau de aankondiging heeft ontvangen, de voorwaarden inzake financiering van de werken en herziening van de prijzen en overige inlichtingen.

Bron Zie art. 36 lid 1 *jo.* Bijlage VII A Algemene Richtlijn en art. 36 lid 1 Bao *jo.* Bijlage 4, onderdeel A, Bao. Zie verder art. 43 lid 1 *jo.* Bijlage XVI Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 1 *jo.* Bijlage 2, Onderdeel D, Bass. Zie ook art. 2.32.1, art. 3.34.1, art. 4.32.1, art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005 *jo.* Model C behorende bij het ARW 2005. Ook uit dit Model kan worden opgemaakt welke informatie in de aankondiging *moet* en *mag* worden opgenomen. Voor wat betreft de verplichte opmaak van deze aankondiging kan worden verwezen naar www.aanbestedingskalender.nl en <http://simap.eu.int/>.

Een inmiddels geplaatste opdracht hoeft niet te worden aangekondigd als de daarmee gepaard gaande openbaarmaking van gegevens in strijd is met de wet of in strijd is met het openbaar belang of de rechtmatige commerciële belangen van derden zou kunnen schaden of de eerlijke mededinging tussen inschrijvers zou kunnen aantasten.

Bron Zie art. 35 lid 4, vierde alinea, Algemene Richtlijn en art. 35 lid 17 Bao. Zie voorts art. 43 lid 2 Richtlijn Nutssectoren en art. 43 lid 2 Bass. Daarin is bepaald dat de Commissie het gevoelige commerciële karakter moet eerbiedigen betreffende het aantal inschrijvingen, de identiteit van de inschrijvers en hun prijzen. Overigens na daarop door de aanbesteder te zijn gewezen. Zie ook art. 2.32.1, art. 3.34.1, art. 4.32.1, art. 5.35.1 en art. 6.31.1 ARW 2005.

De aanbesteder is verplicht de aankondiging toe te sturen aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen in Luxemburg dat vervolgens voor publicatie daarvan zorgdraagt.

Toelichting Zie hoofdstuk 10, *par.* 4.3.

4.2.3 Proces-verbaal

Op grond van de Algemene Richtlijn en het Bao is de aanbesteder verplicht om voor iedere gegunde bouwopdracht een proces-verbaal op te stellen en desgevraagd toe te sturen aan de Europese Commissie.

Bron Zie art. 43 Algemene Richtlijn en art. 43 Bao. Zie ook art. 2.31.1, art. 3.33.1, art. 4.31.1, art. 5.34.1 en art. 6.30.1 ARW 2005. Het ARW 2005 bevat deze verplichting dus niet voor nationale aanbestedingen.

Dat proces-verbaal bevat in ieder geval de volgende gegevens met betrekking tot die gunning:

- de naam en het adres van de aanbestedende dienst en het voorwerp en de waarde van de bouwopdracht;
- de namen van de uitgekozen gegadigden of inschrijvers en de redenen voor die keuze;
- de namen van de uitgesloten gegadigden of inschrijvers met redenen voor de uitsluiting;
- de redenen voor de afwijzing van abnormaal laag bevonden inschrijvingen;
- de naam van de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen en de redenen voor de keuze van zijn inschrijving en, indien bekend, het gedeelte van de bouwopdracht dat die inschrijver voornemens is aan derden in onderaanneming te geven.

Wanneer de aanbesteder besluit de bouwopdracht niet te gunnen, moet hij in het proces-verbaal de redenen van die beslissing vermelden.

De Richtlijn Nutssectoren en het Bass verplichten de aanbesteder niet tot het opstellen van een proces-verbaal. De aanbesteder is wel verplicht om gedurende ten minste 4 jaar de informatie te bewaren die hem in staat stelt achteraf beslissingen te motiveren. Deze termijn moet worden berekend vanaf de datum van gunning van de bouwopdracht.

Bron Zie art. 50 Richtlijn Nutssectoren en art. 51 Bass.

5 Doelmatig motiveren

Wanneer aanbesteders de juridische randvoorwaarden uit de vorige paragraaf in acht nemen bij het motiveren van hun beslissingen, draagt dat niet alleen bij aan een juridisch verantwoorde, maar ook aan een doelmatige aanbesteding van bouwopdrachten.

In aanvulling daarop worden ook nog de volgende aanbevelingen gedaan. Die aanbevelingen zijn ingegeven door de ervaring dat openheid bij het bekendmaken van de gunningsbeslissing en het geven van een snelle mondelinge toelichting bijdragen aan het voorkomen van een juridische procedure.

Een aanbesteder mag de redenen voor een afwijzende beslissing pas geven als de betreffende gegadigde of inschrijver hem daar om vraagt. Echter, het is natuurlijk veel verstandiger om dit verzoek niet af te wachten. Beter is de redenen van de afwijzende beslissing meteen kenbaar te maken, samen met de mededeling van de afwijzende beslissing zelf. Dat is efficiënter voor de aanbesteder en voor de afgewezen gegadigde of inschrijver. Het maakt de afwijzing voor de laatste van meet af aan meer begrijpelijk en daardoor wellicht ook acceptabeler. Ongemotiveerde afwijzende beslissingen kunnen een voedingsbodem gaan vormen voor het – onnodig – ontstaan van een conflictsituatie.

In dit verband wordt tevens aanbevolen om in de schriftelijke mededeling te wijzen op de mogelijkheid van een mondelinge toelichting op zeer korte termijn – binnen één week en binnen de ‘Alcateltermijn’ – als er nog vragen zijn. Als een afgewezen gegadigde of inschrijver hiervan gebruikmaakt, heeft hij daarna nog voldoende tijd om eventueel naar de rechter te stappen.

Een aanbesteder kan natuurlijk ook zelf het initiatief nemen tot het verstrekken van een aanvullende mondelinge toelichting op de beslissing die hij heeft genomen. Dat kan natuurlijk telefonisch. Soms is het beter daarvoor een bijeenkomst te organiseren voor de betreffende gegadigde of inschrijver en de belangrijkste betrokkenen binnen de organisatie van de aanbesteder. Vooropgesteld natuurlijk dat de laatste daarop ook daadwerkelijk prijs stelt. De aanbesteder kan op deze manier de genomen beslissing meer begrijpelijk en daardoor mogelijk ook meer acceptabel maken voor de betrokken gegadigde of inschrijver, met alle positieve gevolgen van dien. Aan de andere kant kan de aanbesteder zo van die gegadigde of inschrijver feedback ontvangen. Deze feedback kan wellicht zinvol bijdragen aan de verdere professionalisering van het aanbestedingsbeleid van de aanbesteder. Een bijeenkomst wordt daarom zeker aanbevolen bij de aanbesteding van grote en complexe bouwopdrachten. De datum van deze bijeenkomst kan al worden aangekondigd en vastgelegd nog voordat er afwijzende beslissingen zijn genomen.

Bijlage Begrippenlijst

B

Hierna volgt een overzicht van een aantal belangrijke begrippen die in de Leidraad zijn gebruikt. De begrippen zijn voorzien van een verklarende toelichting die het gebruik van de Leidraad zal vergemakkelijken. Er is zoveel mogelijk gebruikgemaakt van de begripsomschrijvingen uit de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving.

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

Aanbesteder

Degene die voornemens is een opdracht voor werken te plaatsen.

Aanbestedingsplicht

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

Aanbestedingsprocedure

Een procedure die een aanbesteder gebruikt om concurrentie in de markt op te roepen en waarmee hij probeert te komen tot de keuze voor een ondernemer met wie hij een raamovereenkomst wil sluiten of aan wie hij een opdracht wil gunnen.

Aanbestedingsproces

Een proces dat bestaat uit een aantal met elkaar samenhangende beslissingen van een aanbesteder. Deze beslissingen hebben betrekking op:

- de keuze van de bouworganisatievorm;
- de in de markt te zetten vraagspecificatie;
- de te hanteren contractvorm;
- de toe te passen aanbestedingsprocedure;
- het uitwisselen van informatie tijdens die procedure;
- het formuleren en toepassen van uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en nadere selectiecriteria;
- het formuleren en toepassen van het gunningscriterium;
- de te volgen strategie na ontvangst van de inschrijvingen;
- de bekendmakingsvoorschriften;
- de termijnen;
- het motiveren van beslissingen.

Aanbestedingsstukken

Alle documenten in een aanbestedingsprocedure die afkomstig zijn van de aanbesteder.

Algemene Richtlijn

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

ARW 2005

Aanbestedingsreglement Werken 2005.

Bao

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

Bass

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

BAW

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

BIBOB-Beleidsregels

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

Bouwministeries

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

Bouworganisatievorm

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

Bouwteam

Verschijningsvorm van de traditionele bouworganisatievorm, waarbij de aanbesteder een deel van de taken binnen de eigen organisatie uitvoert. De ontwerpstaak is uitbesteed aan een architect of een raadgevend ingenieur. Zowel de advisering ten tijde van de ontwerpfase als de uitvoeringstaak zijn aan de aannemer uitbesteed.

Concessieovereenkomst voor openbare werken

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

Concurrentiegericht dialoog

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

Contractvorm

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

D&B

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

D&C

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

DBM

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

DBFM

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

DBFMO

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

DSS

Decision Support System, een interactief beslissingsondersteunend model dat toegankelijk is via www.leidraadaanbesteden.nl en dat samen met het onderhavige tekstdocument de Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten vormt.

Duurzaam inkopen

Het toepassen van milieu- en sociale aspecten in alle fasen van het aanbestedingsproces zodat het uiteindelijke resultaat voldoet aan deze milieu- en sociale aspecten.

Gegadigde

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

Geïntegreerde bouworganisatievorm

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

Gemeenschappelijke technische specificatie

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

Geschiktheidseisen

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

Gunningsbeslissing

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

Gunningscriterium

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

Inschrijver

Een ondernemer die een inschrijving heeft ingediend.

Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten

Het onderhavige tekstdocument en het DSS.

Marktconsultatie

Een door een potentiële aanbesteder te gebruiken middel voor het toetsen van zijn oplossingsrichtingen en ideeën bij marktpartijen in de fase waarin deze informatie nog kan worden gebruikt in besluitvorming die aan een eventuele aanbestedingsprocedure vooraf gaat. Er is sprake van een dialoog over en weer tussen de potentiële aanbesteder en marktpartijen.

Marktverkenning

Een door een potentiële aanbesteder te gebruiken middel waarmee voorafgaand aan een eventuele aanbestedingsprocedure kan worden bepaald of en in hoeverre er in de markt capaciteit aanwezig is om een bepaalde bouwopdracht uit te voeren. Er is sprake van een eenzijdige verkenning door de potentiële aanbesteder.

Norm

Een technische specificatie die door een erkende normalisatie-instelling voor herhaalde of voortdurende toepassing is goedgekeurd, waarvan de inachtneming niet verplicht is en die tot een van de volgende categorieën behoort:

- Internationale norm: een norm die door een internationale normalisatie-instelling wordt aangenomen en ter beschikking van het publiek wordt gesteld.
- Europese norm: een norm die door een Europese normalisatie-instelling wordt aangenomen en ter beschikking van het publiek wordt gesteld.
- Nationale norm: een norm die door een nationale normalisatie-instelling wordt aangenomen en ter beschikking van het publiek wordt gesteld.

Niet-openbare procedure

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

Nota van inlichtingen

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

Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking

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

Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

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

Onderhandse procedure

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

Opdracht

Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en de aanbesteder is gesloten en betrekking heeft op:

1. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering;
 - van werken in het kader van een van de werkzaamheden, genoemd in bijlage 1 van het Bao, of
 - van een werk, of
2. het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbesteder vastgestelde eisen voldoet.

Opdrachtgever

Degene die een werk heeft opgedragen.

Openbare procedure

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

Raamovereenkomst met een enkele ondernemer

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

Raamovereenkomst met meerdere ondernemers

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

Richtlijn Nutssectoren

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

Rijksbrede Model DBFM(O) Overeenkomsten

Het Model DBFMO Overeenkomst RGD/Defensie en de DBFM Overeenkomst Rijkswaterstaat.

Schriftelijk

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

Selectiecriteria

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

Technische specificatie

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

Tekstdocument

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

Traditionele bouworganisatievorm

Bouworganisatievorm waarbij de aanbesteder een deel van de taken van het bouwproces binnen de eigen organisatie uitvoert. De uitvoeringstaak is in ieder geval aan een marktpartij uitbesteed. Wanneer ook de ontwerptaan en het meerjarig onderhoud zijn uitbesteed, is dit gedaan aan andere marktpartijen.

Uitsluitingsgronden

Kwalitatieve maatstaven die zien op omstandigheden die de (persoon van de) gegadigde of inschrijver betreffen en die zijn uitsluiting van deelname aan een aanbestedingsprocedure in het algemeen kunnen rechtvaardigen.

Vraagspecificatie

De door de markt op te lossen vraag die door of namens de aanbesteder is omschreven aan de hand van eisen. De eisen kunnen zijn omschreven in een programma van eisen, een voorlopig ontwerp, een definitief ontwerp, een uitvoeringsontwerp of in een bestek. De eisen van de vraagspecificatie vormen de basis van de inschrijvingen die door inschrijvers worden ingediend.

Werk

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

Colofon

Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009 is een uitgave van Regieraad Bouw

Auteur: Prof. mr. C.E.C. Jansen,
hoogleraar privaatrecht,
Vrije Universiteit Amsterdam

Eindredactie: Tekstbureau Tussenhaakjes, Hengelo

Ontwerp omslag: Van Lint Vormgeving, Zierikzee

Opmaak: Inpladi bv, Cuijk

Druk: VanGrinsven drukkers Venlo bv

Productie: CROW, afdeling uitgeverij, Ede

© 2009 C.E.C. Jansen en Regieraad Bouw
1e druk 2009

ISBN 978 90 6628 547 7

Alle rechten voorbehouden

De Regieraad Bouw en degenen die aan deze publicatie hebben meegewerkt, hebben de hierin opgenomen gegevens zorgvuldig verzameld naar de laatste stand van wetenschap en techniek. Desondanks kunnen er onjuistheden in deze publicatie voorkomen. Gebruikers aanvaarden het risico daarvan. De Regieraad Bouw sluit, mede ten behoeve van degenen die aan deze publicatie hebben meegewerkt, iedere aansprakelijkheid uit voor schade die mocht voortvloeien uit het gebruik van de gegevens.