



Europese

aanbestedingsregelgeving

In zeven vragen en antwoorden

Over de doelstellingen van de Europese aanbestedingsregelgeving (eerlijke concurrentie, transparantie en objectiviteit) bestaat weinig discussie. Met de manier waarop die regelgeving soms uitpakt, ligt dat echter anders. Zo melden sommige opdrachtgevers zich gedwongen te hebben gevoeld afscheid te nemen van een leverancier waar ze goede ervaringen mee hadden. Andere zeggen het contract te hebben toegekend aan een leverancier waar ze slechte ervaringen mee hadden.

Van 123 onderzochte Europese schoonmaakaanbestedingen in 2006 bleek slechts in negentien gevallen het contract weer bij het zittende bedrijf terecht te komen. Dat is een contractwisselingspercentage van 85,5 procent. Dat mag ongehoord worden genoemd. Reden voor een bezoek aan een deskundige op dit gebied, mr. Erik Pijnacker Hordijk, advocaat en specialist op het gebied van mededingingsrecht bij De Brauw Blackstone Westbroek. Hij is tevens auteur van een handboek op het gebied van aanbestedingsrecht. Dat leidde tot de volgende vragen (en antwoorden):

1. Wat is het allerbelangrijkste nadeel van het aanbestedingsrecht?

‘Dat met grote regelmaat concurrentie moet worden opgevoerd en dat een goedlopende relatie met een zittende aanbieder niet kan worden bestendigd wanneer er vanuit het oogpunt van een gezonde bedrijfsvoering geen enkele reden is om van aanbieder te switchen.

‘Het ontbreken van de mogelijkheid van continuïteit, oftewel regulatorisch afgedwongen discontinuïteit, is vanuit een oogpunt van een gezonde bedrijfsvoering onwenselijk. Dat geldt met name bij duurovereenkomsten. Dienstverlening in de facilitaire sfeer is daar een klassiek en typisch voorbeeld van. Bestendigheid en betrouwbaarheid van de dienstverlening is essentieel. ‘Het hoeft maar een keer niet goed te gaan en het vertrouwen is aangetast. Juist bij diensten met een hoog routinegehalte is de bestendigheid van de kwaliteit van essentieel belang. Ook bij overheidsopdrachtgevers is een vertrouwensrelatie met de opdrachtnemer een groot goed. Die vertrouwensrelatie kan enkel tot bloei komen in een klimaat van continuïteit. Het gegeven dat de wijze waarop een overeenkomst wordt uitgevoerd geen enkele positieve invloed heeft op de kansen om bij heraanbesteding opnieuw de opdracht in de wacht te slepen, is een uiterst demotiverende factor. Het werkt zeer ontmoedigend voor de dienstverlener.

‘Niet dat de opdrachtgever de relatie niet zou moeten kunnen beëindigen: die mogelijkheid moet er in beginsel juist permanent zijn om de relatie scherp te houden. Ik zie als tweede groot bezwaar dat het voor opdrachtgevers erg lastig is om een relatie met een slecht presterende dienstverlener tussentijds te beëindigen. Dat is mede het gevolg van de tijd en de inspanningen die verloren gaan met de omslachtige procedure die moet worden gevoerd om tussentijds een nieuwe dienstverlener aan te trekken. De regulatorisch opgelegde discontinuïteit aan het eind van de contractduur en de praktische onmogelijkheid om tussentijdse relaties te beëindigen, dragen geen van beide bij aan een optimale dienstverlening door partijen die overheidsopdrachten in de wacht slepen.’

2. Kan een goed functionerende, zittende leverancier een voorsprongsrecht worden toegekend bij een heraanbesteding?

‘Nee. Een voorsprongsrecht is onverenigbaar met het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers.’

3. Wat kan een opdrachtgever doen om de slechte prestatie van een zittende leverancier mee te laten wegen bij een heraanbesteding?

‘Een slechte ervaring van de opdrachtgever zelf met een bepaalde dienstverlener kan moeilijk als uitsluitingsgrond in strikte zin worden gehanteerd - het aanbestedingsrecht kent een gesloten stelsel van uitsluitingsgronden - maar kan wel zwaar wegen bij de kwalitatieve beoordeling van gegadigden. Het is gemakkelijker een aanbieder een slechte ranking te geven op basis van een negatieve referentie dan om een aanbieder een extra hoge ranking te geven op basis van een enkele positieve referentie van de aanbesteder zelf. Wanneer een aanbesteder vooraf te kennen geeft dat slechte of matige prestaties een negatieve impact hebben op de kansen van de leverancier bij een heraanbesteding, is daar niets mis mee. Het aanbestedingsrecht is er niet om opdrachtgevers te dwingen zaken te doen met opdrachtnemers waar zij geen vertrouwen in hebben. Uiteraard moet een en ander gemotiveerd kunnen worden onderbouwd.’

4. Is het toegestaan de ‘total cost of ownership’ als criterium te hanteren in plaats van prijs, onder meer door de contractwisselingskosten mee te laten wegen?

‘Zoals gezegd: het verlenen van een voorsprong aan een zittende aanbieder levert in beginsel een schending van het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers op. In dit licht is het opvallend dat het Europese Hof van Justitie in een arrest van enkele jaren geleden uitdrukkelijk heeft toegestaan dat switchingskosten worden meegenomen bij het selecteren van de economisch voordeligste aanbieding. Natuurlijk is wel vereist dat de aanbesteder vooraf aangeeft dat hij switchingskosten meeweegt, maar de belangrijkste boodschap is dat het mag.’

5. Schrijft de regelgeving frequente heraanbesteding voor?

‘Nee. Het mededingingsrecht stelt geen maximumduur aan opdrachten. Het enige probleem is dat de voorwaarden van een contract tijdens de looptijd niet voor heronderhandeling vatbaar zijn; de voorwaarden moeten voor de hele looptijd definitief tijdens de aanbesteding worden vastgesteld. Immers, de gunningsbeslissing dient te worden gebaseerd op een vergelijking van definitieve aanbiedingen. Gelijke behandeling van inschrijvers en objectiviteit laten geen derde weg toe.

‘Dat betekent overigens niet dat bijvoorbeeld tarieven gedurende de totale looptijd van een overeenkomst geen enkele wijziging mogen ondergaan. Echter, de parameters op basis waarvan de tussentijdse aanpassingen worden doorgevoerd, dienen vooraf vast te staan - dat wil zeggen in de aanbieding te zijn verdisconteerd - zodat een vergelijking van de aanbiedingen onverminderd mogelijk is.

‘De Commissie wil wel eens beweren dat het mededingingsrecht grenzen stelt aan de duur van individuele overheidsopdrachten, maar dat is onjuist. Een overheidsopdracht levert



geen strijd op met het mededingingsrecht, omdat deze een duur van bijvoorbeeld tien jaar heeft. Strijdigheid met het mededingingsrecht is enkel aan de orde indien leveranciers met een zeer sterke economische positie exclusieve overeenkomsten van lange duur aangaan, die bovendien de relevante markt voor een belangrijk deel afsluiten. Daarvan is bij overheidsopdrachten geen sprake. Daar komt nog eens bij dat dergelijke overeenkomsten daadwerkelijk in concurrentie worden verworven en de opdrachtgever kan zelf bepalen in hoeverre hij al dan niet langjarige contracten wil aangaan.’

6. Raamovereenkomsten hebben een maximale duur van vier jaar. Welke ruimte bieden de regels om flexibiliteit in te bouwen zonder dat dit als raamovereenkomst kan worden aangemerkt?

‘Raamovereenkomsten zijn overeenkomsten die de basis moeten vormen voor nadere overeenkomsten met een of meerdere aanbieders. Dergelijke overeenkomsten dienen in meerdere of mindere mate de voorwaarden vooraf vast te leggen, maar behelzen zelf geen concrete opdracht: er dient nog een nadere overeenkomst te volgen.

‘De raamovereenkomsten mogen in beginsel voor een maximale duur van vier jaar worden aangegaan. De Commissie heeft een explanatory note gepubliceerd, waarin zij een nadere interpretatie geeft van het begrip ‘raamovereenkomst’. Doel van de note is het oprekken van het begrip, zodat daaronder zo veel mogelijk duurcontracten met een enkele leverancier worden begrepen. Waarom? Om via een achterdeur alsnog een maximale duur van vier jaar voor zo veel mogelijk overheidsopdrachten in het leven te roepen. Een dergelijke, doorzichtige poging behoort niet te slagen en ik maak me er ook geen enkele zorg over dat het Hof van Justitie desgevraagd geen betekenis aan de gewrongen interpretatie van de Commissie zal toekennen. Het Hof pleegt in het algemeen weinig gewicht toe te kennen aan niet-bindende beleidsdocumenten van de Europese Commissie.

‘Een overeenkomst voor lange duur, waarin de tarieven zijn vastgelegd, maar waarin uitdrukkelijk de mogelijkheid is opengehouden dat de opdrachtgever gedurende de looptijd van de overeenkomst de omvang van de opdracht binnen vooraf aangegeven marges uitbreidt, is een gewone opdracht en geen raamovereenkomst in de zin van de richtlijn.

‘De richtlijn bevat expliciete regels met betrekking tot opties tot verlenging van de looptijd. Dergelijke opties kunnen vrijelijk door de opdrachtgever worden bedongen, mits zij maar expliciet onderdeel van de aanbestedingsvoorwaarden uitmaken. De bijzondere regels voor opties zijn met name opge-

nomen om duidelijk te maken dat door middel van opties de werking van de drempelbedragen niet kan worden omzeild: met het oog op de toepassing van de drempelbedragen van de Europese aanbestedingsrichtlijnen dient de waarde van de overeenkomst over de totale contractduur, inclusief alle verlengingsopties, in aanmerking te worden genomen.

‘Waar verlengingsopties in tijd zonder meer mogelijk zijn, moeten ook opties die zien op het uitbreiden van het volume van de opdracht gedurende de looptijd, zonder meer mogelijk zijn. En dat zonder dat de opdracht plotseling wordt geherdefinieerd als een raamovereenkomst in de zin van de algemene richtlijn.

‘Neem als voorbeeld een overeenkomst voor het schoonmaken van bepaalde kantoorgebouwen. De opdrachtgever kan bij het uitschrijven van de aanbesteding bedingen dat het aantal gebouwen gedurende de looptijd wordt uitgebreid. Zolang deze optie maar duidelijk is.

‘Verlengingsopties zijn overigens een uitstekend middel voor opdrachtgevers om leveranciers te prikkelen om hun dienstverlening optimaal te houden: een goede kwaliteit van de dienstverlening kan worden beloond met een verlenging van de looptijd (oftewel, uitoefening van de optie door de opdrachtgever), terwijl de matig presterende dienstverlener vroegtijdig zijn overeenkomst verliest.

‘In veel gevallen zal het voor opdrachtnemer én opdrachtgever interessanter zijn om een overeenkomst voor bijvoorbeeld drie plus één, plus één, plus één jaar aan te gaan, in plaats van twee opeenvolgende overeenkomsten voor drie jaar of zelfs drie voor twee jaar aan te besteden.’

7. Is het toegestaan het beschikbare budget bekend te maken en bij de gunning uitsluitende, kwalitatieve criteria te gebruiken?

‘Het antwoord op die vraag luidt in beginsel bevestigend. Denkbaar is dat vooraf een budget bekend wordt gemaakt en dat de keuze van de winnende inschrijver uitsluitend wordt bepaald op basis van een vergelijking van het volume en de kwaliteit van het gebodene. Een interessant praktijkvoorbeeld is de ondertunneling van de A2 bij Maastricht. Het beschikbare budget is voor alle inschrijvers een gegeven. De competitie gaat over de vraag wie voor het beschikbare budget de kwalitatief beste oplossing aanbiedt. Uiteraard worden de kwaliteitsparameters nader gespecificeerd, maar dat doet niet af aan het uitgangspunt.’

* Nico Lemmens werkt voor ISS Facility Services