

# Aanbesteding: de opstap naar het contract

***In de publieke sector en de nutssectoren dienen contracten gegund te worden na een Europese aanbestedingsprocedure. De hierbij gehanteerde gunningscriteria bepalen in sterke mate de uitkomst van de procedure én de contouren van het contract. Het management van het schoonmaakcontract wordt daardoor in sterke mate bepaald door de aanbesteding.***

**O**p 1 april van dit jaar heeft het Gerechtshof 's-Hertogenbosch de in de schoonmaakbranche tot voor kort gebruikelijke methode van gunnen op 'optimale prijs' bij een Europese aanbesteding verboden. Aannemelijk is dat soortgelijke methoden, zoals het gunnen aan de inschrijver die het dichtst onder de gemiddelde prijs heeft geboden, niet meer toegestaan zijn. Dit laatste wordt bevestigd in een recent arrest van het Europese Hof van Justitie (15 mei 2008, C-147/06). De kans bestaat dat de rechter zal oordelen dat het verbod ook geldt indien een private onderneming kiest voor een aanbesteding, hoewel in dat geval de Europese regelgeving op het gebied van aanbestedingen niet van toepassing is.

## **Te lage prijs**

Bovenstaande voorbeelden laten zien dat aanbestedingen in toenemende mate beheerst worden door regels die in de jurisprudentie worden vastgesteld. Daarbij valt op dat rechters het gehanteerde gunningssysteem kritisch beoordelen, maar daarbij niet altijd rekening houden met de soort opdracht en de desbetreffende marktsector. Zo kent het aanbestedingsrecht maar twee mogelijkheden voor het gunningcriterium: dit is ofwel de 'laagste prijs' ofwel de 'economisch voordeligste in-

schrijving'. Kiest men het tweede criterium in de aankondiging, dan is het niet toegestaan om in de loop van de gunningsprocedure alsnog het criterium van de 'laagste prijs' toe te passen. Een actuele – voor zover bekend nog niet opgehelderde – vraag is of het spiegelbeeld hiervan ook verboden is: stel dat men het criterium 'economisch voordeligste inschrijving' kiest, zou het dan toegestaan zijn om in feite uitsluitend het (nergens officieel genoemde) criterium van de 'beste kwaliteit' toe te passen?

Bij de WMO-aanbestedingen voor thuiszorg van de laatste tijd ziet men – vermoedelijk door slechte ervaringen met vorige aanbestedingen – steeds vaker dat men deze methode kiest. De inschrijvers dienen zich dan akkoord te verklaren met een door de aanbestedende dienst opgelegde prijs (tarieven voor huishoudelijke hulp van verschillende categorieën), waarna verder uitsluitend naar de geboden kwaliteit gekeken wordt bij het nemen van de gunningsbeslissing. Bij aanbestedingen van facilitaire diensten, waar zich vergelijkbare marktomstandigheden voordoen als bij de huishoudelijke hulp, zou deze aanpak wellicht ook uitkomst kunnen bieden. Ook in de sector van de facilitaire diensten valt immers nauwelijks te concurreren op prijs, als gevolg van de cao-lonen en andere voor alle marktpar-

tijen identieke kostencomponenten. De aanbestedende dienst die ondanks dat gegeven toch (voor een deel) op basis van de prijs de opdracht gunt, loopt het risico bij de uitvoering van het contract met een dienstverlener opgescheept te zitten die een veel te lage prijs geboden heeft en alleen nog winst kan maken door op het aantal uren en de kwaliteit te bezuinigen.

## **Kwaliteitscriteria**

Stel dat bij de aanbesteding van een schoonmaakcontract gekozen is voor deze nieuwe aanpak, dus dat er van te voren tarieven voor beginnende schoonmakers, voor ervaren schoonmakers, voor leidinggevenden, etc. zijn bekend gemaakt waarmee elke inschrijver moet instemmen. Daarnaast kan ervoor gekozen worden om ook het aantal uren van te voren vast te leggen. Kortom, de bekende voorcalculatie wordt als vanouds toegepast, met dit verschil dat de uitkomsten niet geheim worden gehouden. Iedere concurrentie op prijs wordt aldus uitgesloten en de opdracht wordt uitsluitend gegund op basis van de kwaliteitscriteria. Nog meer dan voorheen is het dan zaak om die criteria met grote zorg te kiezen en een zorgvuldig uitgebalanceerd beoordelingsmodel voor die criteria op te stellen. Duidelijk is dat ook bij deze aanpak het contractmanagement bij de uitvoering van de opdracht nog steeds van eminent belang is: zowel het aantal gewerkte uren als de kwaliteit zal bewaakt moeten worden. Bij dat contractmanagement spelen de Key Performance Indicators (KPI's) de hoofdrol. Dat zijn immers de criteria aan de hand waarvan wordt vastgesteld of aan de voorwaarden van het contract (de service levels) is voldaan. In de ideale situatie is er een één op één relatie tussen deze KPI's en de gunningscriteria die bij de aanbesteding zijn gehanteerd. Bij de aanbesteding wordt aldus met het vaststellen van die criteria, service levels en bijbehorende bonussen en malussen de blauwdruk neergelegd voor het contract management. Hanteert men bij een schoonmaakcontract bijvoorbeeld het kwaliteitsmeetsysteem van de VSR (NEN 2075), dan kan bij de aanbesteding als een kwaliteitscriterium bijvoorbeeld gekozen worden 'het aantal gemeten fouten'. Een inschrijver moet dan vooraf toezeggen hoeveel fouten bij een kwaliteitsmeting ten hoogste aan het licht zal komen. Uiteraard moet hieraan dan een malus gekoppeld worden en eventueel ook een bonus. Om het bieden van irreële waarden tegen te gaan zal heel duidelijk moeten worden gesteld dat bij het contractmanagement strikt de hand zal worden gehouden aan de bonus-malusregeling. Helaas is dat nog geen garantie dat er geen in-



*Mr. drs. Tsong Ho Chen*

schrijver zal zijn die het wat minder nauw zal nemen met de waarheid en onrealistische maxima zal bieden. De maximale malus wordt door zo'n inschrijver als het ware van te voren ingecalculeerd. Uit de rechtspraak zijn voorbeelden bekend waar dergelijke tactieken werden toegepast en in sommige gevallen door de rechter niet verboden werden. Met een zorgvuldig opgesteld bestek en een strikte, consequente en strenge houding van de aanbestedende dienst tijdens de procedure is het waarschijnlijk wel mogelijk om op juridisch correcte wijze een inschrijving ongeldig te verklaren indien aantoonbaar is dat deze irreële waarden biedt.

## **Nieuwe methodiek**

Als gevolg van de recente jurisprudentie die het gebruik van voorcalculatie en 'optimale prijs' als criterium verbiedt, zal de schoonmaakbranche een nieuwe methodiek voor aanbestedingen moeten ontwikkelen. Dat zal waarschijnlijk wel enige moeite kosten, maar met een zorgvuldige aanpak zal dit probleem ongetwijfeld op een bevredigende manier opgelost kunnen worden.

*\*Mr. drs. Tsong Ho Chen is aanbestedingsspecialist en partner bij Aiber te Breukelen, een adviesbureau op gebied van contract management, risk management, inkoop en aanbesteden.*

*Reageren? Joantien@appr.nl*