

# Europees aanbesteden

## Voorkom een gang naar de rechter

*Schoonmaakbedrijven hebben tegenwoordig te maken met opdrachtgevers uit de publieke sector, die hun behoeften aan schoonmaakwerkzaamheden in de markt zetten via een Europese aanbestedingsprocedure. Deze worden vaak als onduidelijk en omslachtig ervaren. Maar er zijn ook voordelen.*

Tekst: Linda Ruck-Planjer

Zowel schoonmaakbedrijven als aanbesteders ervaren een Europese aanbesteding vaak als onduidelijk, omslachtig en moeizaam. Meedoen aan een Europese aanbestedingsprocedure kost (veel) geld, en wat levert kennis van de regels de aanbesteders nu op? Het is toch puur gericht op de aanbesteders? Zo wordt vaak gedacht. Linda Ruck-Planjer, adviseur op dit gebied, belicht in dit artikel de positieve kant van aanbesteden.

De aanbestedingsregels zijn opgesteld om meer onderlinge concurrentie tussen landen en aanbieders te krijgen (concurrentiebeginsel en het non-discriminatiebeginsel), gelijke kansen voor alle leveranciers te creëren (gelijkheidsbeginsel) en om aanbesteders te dwingen duidelijke informatie te geven over wat men aan wil schaffen en op welke manier dat gaat gebeuren (transparantiebeginsel). Deze overwegingen zijn wel degelijk mede gericht op u, als dienstverlener.

Verder verplichten aanbestedingsregels aanbesteders om te laten zien dat het uitgegeven overheidsgeld goed wordt besteed, zowel rechtmatig als doelmatig. Kostenreductie en het integriteitsvraagstuk van de overheidsinkoper spelen een rol. Hieruit vloeien rechten en plichten uit voort voor zowel overheid als bedrijven.

Met een negatieve bril op zou men kunnen stellen dat aanbestedende diensten en aanbieders tot elkaar veroordeeld zijn om er het beste van te maken tijdens een Europese aanbestedingsprocedure. Om het populair te zeggen, de aanbestedingsreglementen zijn 'here to stay', ongeacht of men voorstander of tegenstander is.

En er zijn juist heel veel mogelijkheden voor beide partijen om het inkoopproces te stroomlijnen (wanneer u aanbestedende dienst bent) of om uw offerte nu eens objectief en transparant te laten beoordelen, waarbij u evenveel kans maakt als iedere andere aanbieder (indien u dienstverlener bent). Het vereist wellicht een andere houding van alle partijen en meer kennis en ervaring met het proces van Europees aanbesteden. Ook vraagt het meer inzicht in wat de bedoeling is van de regels, hoe deze werken, waar ze flexibel zijn en waar niet. Dit artikel is bedoeld ter inspiratie om bij een volgende Europese aanbestedingsprocedure te kijken welke voordelen de kennis van de regels, u – als aanbieder – kunnen opleveren.

### Aanbestedingsrecht

Op de vraag: Hoe voorkom ik een gang naar de rechter?, is slechts een kort antwoord mogelijk: Door alle regels van het BAO (Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten) volledig en juist toe te passen en nergens af te wijken van geldende aanbestedingspraktijk.

Maar als de regels dan zo duidelijk zijn, waarom zijn sommige aanbestedingsprocedures dan zo onduidelijk? Omdat het BAO algemeen toepasbaar moet zijn voor *alle* goederen, diensten of werken en niet alleen voor de schoonmaakbranche. De vertaling naar een specifiek inkooptraject blijft dus maatwerk. Het is daarom altijd van belang voor iedereen die te maken heeft met Europees aanbesteden, om te handelen vanuit de beginselen van het aanbestedingsrecht, zijnde transparantie, objectiviteit, non-discriminatie en voldoende concurrentie. Hieronder volgen een paar specifieke onderwerpen die door veel partijen als onduidelijk worden ervaren en om die reden nogal eens leiden tot een gang naar de rechter. Waar mogelijk hebben we aangegeven hoe u hiermee om kunt gaan.

#### 1. Disproportionaliteit van bepaalde eisen.

Bijvoorbeeld de omzeteis bij het selectiecriteria financieel-economische draagkracht. In geen enkel document of richtlijn valt terug te vinden wanneer een omzeteis als 'in verhouding tot de opdracht' zou kunnen worden beoordeeld; of wanneer de omzeteis disproportioneel is.

Jurisprudentie maakt steeds duidelijker waar de grens ligt. Dit blijkt uit de uitspraak dat een omzeteis van meer dan vijf keer de opdrachtwaarde disproportioneel is. Maar betekent dit dat vijf keer nog kan en dat een, twee, drie of vier keer altijd proportioneel is? Het blijft een interpretatie van de aanbestedende dienst en het is vervolgens aan u om er vraagtekens bij te zetten en die vraag in het aanbestedingsproces te stellen.

#### 2. Raamovereenkomsten volgens het BAO. Heb ik nu recht op daadwerkelijke afnameverplichting of niet?

Nee, het BAO heeft raamovereenkomsten zonder afnameverplichting geïntroduceerd (met een looptijd van maximaal vier jaar).

#### 3. Alcateltermijn: mag er tijdens deze – meestal vijftien dagen – termijn wel of niet alvast worden gecommuniceerd met de winnende leverancier over de contractsluiting en een aantal praktische c.q.

uitvoeringszaken? Daarover staat niets vermeld in het BAO. Artikel 55 meldt alleen dat er geen overeenkomst (lees: geen contractondertekening) mag worden aangegaan binnen die periode. Of het wijs is te praten over het contract is een andere kwestie, er kan tijd mee worden gewonnen. Anderzijds is alles voor niets geweest wanneer een afgewezen partij een kortgeding zou aanspannen tegen de gunning en dit vervolgens zou winnen.

#### 4. Kan ik tijdens de procedure vragen stellen aan de aanbestedende dienst of verzwak ik daarmee mijn positie?

Vragen stellen kan en mag altijd. Dat is een van uw rechten en mag niet leiden tot verzwakking van uw positie bij de offertebeoordeling. Bovendien geldt dat als u over een onduidelijkheid geen vragen stelt tijdens de aanbesteding, u zich daar later in een juridische procedure niet meer op kunt beroepen.

#### 5. Kan één van bijvoorbeeld twee dochtermaatschappijen die behoren tot dezelfde moedermaatschappij, worden uitgesloten van deelname aan een aanbestedingsprocedure volgens het BAO?

Volgens ons niet. Het BAO zegt hier niets over. Het door meerdere inschrijvers wel of niet onderdeel uitmaken van eenzelfde holding, kan niet worden gehanteerd als selectiecriteria. Een bedrijf is niet minder of meer geschikt of bekwaam om in aanmerking te komen voor een opdracht omdat het onderdeel uitmaakt van dezelfde holding.

Wat onzes inziens wel is toegestaan, is een clause dat de best scorende dochteronderneming per holding zal worden toegelaten in de offertefase. Daarbij bepaalt de beoordeling wie het beste voldoet en dus door mag naar de offertefase. Deze methode is niet discriminatoir voor de dochters zelf, want zij krijgen, net als de overige aanbieders, dezelfde kansen.

### Conclusie

Laat niet op uw organisatie het spreekwoord 'onbekend maakt onbemind' van toepassing zijn. Weet wat uw rechten zijn in deze procedures, verdiep u erin. Probeer in moeilijke gevallen eerst contact te leggen met een aanbestedende dienst en probeer er samen uit te komen. Houd de aanbestedende dienst aan de regels, maar houd u zelf daar ook aan. Mocht u bijvoorbeeld worden gevraagd om deel te nemen aan een prijsonderhandeling, terwijl er geen sprake is van de Europese aanbestedingsprocedure gunning via onderhandelen, ga dan ook niet op dat verzoek van een aanbestedende dienst in. Kaart in dat geval aan dat men van de richtlijn afwijkt en dat u om die reden niet aan het verzoek kan voldoen. Want het zogenaamde 'leuren' is verboden in aanbestedingsland.

Wanneer u twijfelt aan (de uitkomsten van) een gevolgde aanbestedingsprocedure, vraag dan een toelichtend gesprek aan bij de aanbestedende dienst. Zo kunt u er achter komen wat de redenen van afwijzing van uw offerte zijn geweest. Mocht zo'n toelichting bij u het gevoel dat u bent benadeeld niet weg kunnen nemen, of u blijft vragetekens

plaatsen bij de wijze waarop uw offerte is beoordeeld, dan kunt u altijd beroep aantekenen bij een kortgedingrechter. Laat in dat geval uw voornemen weten aan de aanbestedende dienst, binnen de gestelde Alcateltermijn. Alleen zo stelt u uw rechten veilig. ✕

Linda Ruck-Planjer is adviseur bij Van Druenen & Partners Aanbestedingsadvies B.V. Dit bedrijf adviseert en begeleidt overheidsorganisaties bij het uitvoeren van (Europese) aanbestedingsprocedures en andere inkooptrajecten.

