

Onderhandelen en contracteren bij Europese aanbestedingen

Het proces van Europees aanbesteden, waarbij overheden (hierna: aanbestedende diensten) volgens vaste procedures inkopen boven een bepaald drempelbedrag moeten uitvoeren, eindigt net als gewone inkooptrajecten in een overeenkomst. In de aanbestedingspraktijk zien de schrijvers, dat het bijzondere karakter van aanbestedingen leidt tot een soms moeizame contractvorming.

Europese aanbestedingsregels schrijven aanbestedende diensten voor om inkopen boven een bepaald drempelbedrag volgens vaste vastomlijnde procedures uit te voeren. Selectie en gunning van leveranciers moet op een objectieve, transparante en niet discriminatoire wijze plaatsvinden.

Het beginsel van contractvrijheid wordt bij Europese aanbestedingen op een tweetal wijzen beperkt. Enerzijds door de Europese (aanbestedings)regelgeving zelf, anderzijds door de Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur (hierna: ABBB).

De aanbestedende dienst heeft geen keuzevrijheid in het sluiten van een overeenkomst met een aanbieder. Die vrijheid is beperkt tot het sluiten van een overeenkomst met de partij welke op basis van de door de aanbestedende dienst aangelegde gunningcriteria de laagste prijs dan wel de economisch meest voordelige aanbieder heeft uitgebracht. De inhoud van de overeenkomst is door de aanbestedende dienst meestal voorafgaand aan de aanbesteding bepaald en mag op grond van de aanbestedingsregelgeving niet gewijzigd worden gedurende de aanbesteding.

Daarnaast is de aanbestedende dienst bij het aangaan van overeenkomsten ook gebonden aan de ABBB. De drie pijlers van het aanbestedingsrecht, objectief, transparant en non – discriminatoir zijn deels gelijk aan de ABBB. Deze kennen immers de gelijke behandeling en zorgvuldigheid als toetssteen voor het handelen van de overheid.

De overeenkomst vormt een integraal onderdeel van de uit te voeren werkzaamheden. Wij zijn van mening dat op grond van het transparantiebeginsel de conceptovereenkomst bij de aanbestedingsstukken het onderwerp en omvang van de aanbesteding zo goed mogelijk moet afdekken en dat de voorwaarden zelf geen schending van één van de pijlers van het aanbestedingsrecht mogen inhouden.

In de volgende paragrafen wordt beschreven hoe de overeenkomst kunnen worden ingezet bij een aanbesteding en welke remedies voor aanbieders open staan betreffende het al dan niet accepteren van deze voorwaarden

De overeenkomst als selectie criterium

Selectiecriteria bepalen de geschiktheid van de leverancier voor de uitvoering van de opdracht. De criteria vallen uiteen in uitsluitinggronden, geschiktheideisen en selectiecriteria. Deze set van criteria zijn in de richtlijnen voor Europese aanbestedingen limitatief opgesomd.

In de opsomming van criteria komen de overeenkomst niet voor en mogen strikt genomen niet als selectie criterium gesteld worden. De overeenkomst hebben ook niet zo zeer betrekking op de geschiktheid als leverancier maar op de passendheid van het aanbod en behoren dus tot de gunningcriteria.

In sommige gevallen wordt de gegadigde in een selectieproces gevraagd een verklaring te ondertekenen waarbij de bereidheid tot acceptatie van de overeenkomst wordt gevraagd. Zoals hierboven aangegeven is dit een criterium wat geen betrekking heeft op de geschiktheid van de leverancier. Een aanbestedende dienst zou een dergelijke verklaring dan ook niet mogen vragen in de selectie. Indien de aanbestedende dienst in haar beoordeling een reactie op de voorwaarden wil meenemen, zal een openbare procedure nodig zijn.

Een leverancier die zich geconfronteerd ziet met een aanbestedende dienst die een dergelijke verklaring vraagt, kan slechts wijzen op het feit dat de verklaring niet ziet op de geschiktheid van de leverancier en dus niet gevraagd kan worden. Daarmee plaatst de leverancier zich in een lastig parket: het niet of onder voorbehoud tekenen van de verklaring kan leiden tot het niet geselecteerd worden. Tekent de leverancier wel dan verbindt hij zich aan de bereidheid tot acceptatie en aan het feit dat hij in een later stadium geen grote wijzigingen in de overeenkomst kan aanbrengen

De overeenkomst als gunningcriterium

De overeenkomst horen thuis in de gunningcriteria. Zoals eerder aangegeven is de overeenkomst een integraal onderdeel van de opdracht. De acceptatie van overeenkomsten geschiedt in de praktijk op 3 manieren:

1. een onvoorwaardelijke acceptatie is vereist (de voorwaarden zijn een knock out criterium)
2. de mogelijkheid wordt gegeven om wijzigingen voor te stellen, die dan vervolgens door de aanbestedende dienst 'gewogen' worden.
3. de derde mogelijkheid: er worden door de aanbestedende dienst geen juridische voorwaarden gesteld (ergo: er wordt dan gecontracteerd op basis van de leveringsvoorwaarden van de winnende partij), wordt hier verder onbesproken gelaten

Ad 1 De overeenkomst als knock – out criterium

De keus voor één van beide methoden van acceptatie wordt, als het inkoopproces correct wordt uitgevoerd, bepaald aan de hand van de aard van de opdracht en de gewenste relatie opdrachtgever - leverancier. Terugkerende inkopen op een markt waar veel leveranciers zijn en de concurrentie groot is, zullen leiden tot een keus voor instemming met de voorwaarden als knock-out criterium. De voorwaarden moeten dan echter wel acceptabel zijn voor een groot deel van de aanbieders. Ten eerste levert dit een commercieel voordeel op, de aanbieders zullen zich hieraan sneller conformeren en ten tweede komt het beginsel van gelijkheid en concurrentie in het geding indien de voorwaarden slechts voor één of twee aanbieders acceptabel zijn. Dit houdt tevens in dat de bezwaren die een aanbieder maakt tegen de overeenkomst niet voor de individuele aanbieder gehonoreerd kunnen worden omdat anders de andere aanbieders die geen bezwaar hebben gemaakt, gediscrimineerd worden.

Vereisten voor de overeenkomst als knock-out criteria

- de voorwaarden mogen niet discriminerend zijn;
- acceptatie van eventuele wijzigingen moet voor alle partijen gebeuren indien met meerdere partijen een contract wordt gesloten. Bijvoorbeeld in het geval van mantelovereenkomsten.

Een nadeel van deze handelwijze kan zijn dat de aanbestedende dienst haar vrijheid beperkt om na gunning nog (beperkte) onderhandelingsruimte te benutten. Een ander nadeel is dat de praktijk leert dat partijen de voorgestelde voorwaarden accepteren om de opdracht gegund te krijgen en vervolgens na contractering aanpassingen aan het contract voorstellen. De aanbestedende dienst hoeft daar uiteraard niet op in te gaan.

Ad 2 De overeenkomst waarbij de acceptatie onderdeel is van de gunning

Als de te leveren producten of diensten ingekocht worden op een markt waar de concurrentie niet zo groot is of als de in te kopen dienst of levering complex is, dan is de overeenkomst als knock out criterium commercieel gezien niet geschikt. Deze kan door bijvoorbeeld standaard uitsluitingen van aansprakelijkheid tot hogere prijzen leiden. In deze gevallen is het beter de aanbieders bezwaren kenbaar te laten maken en de mate van acceptatie van de conceptovereenkomst onderdeel te laten zijn van de gunningcriteria. Omdat de aanbieders op de diverse onderdelen van de overeenkomst andere bezwaren kunnen hebben, zal de bespreking over de inhoud van de bezwaren per aanbieder verschillen. De aanbestedende dienst moet in dit geval de gelijke behandeling in het oog houden bij het wege van de bezwaren en bij het bespreken van de bezwaren met de aanbieder. De aanbestedend dienst kan zich niet laten verleiden tot het accepteren van grote wijzigingen op de overeenkomst.

Vereisten voor mate van acceptatie als onderdeel van de gunning:

- de voorwaarden mogen niet discriminerend zijn;
- opmerkingen op de voorwaarden moeten gelijk beoordeeld worden. (in het ideale geval is de punten toekenning al opgenomen in het interne beoordelingsdocument).

Een ander nadeel is de gesignaleerde praktijk van acceptatie zonder voorbehouden om de opdracht binnen halen. In dit geval worden partijen die naar eer en geweten

voorbehouden maken onbedoeld gediscrimineerd ten opzichte van partijen die accepteren zonder voorbehoud en daar later op terugkomen of simpelweg de contractuele verplichtingen niet nakomen. De aanbestedende dienst hoeft daar uiteraard niet op in te gaan of dit gedrag te accepteren.

Om de ruimte te bepalen die een aanbieder heeft met het accepteren dan wel aanpassen van contractvoorwaarden, kijken we eerst naar de mogelijkheden en onmogelijkheden van onderhandelingen bij Europese aanbestedingen.

Onderhandelen en Europese richtlijnen

De Richtlijnen stellen dat bij alle aanbestedingsprocedures, behoudens de onderhandelingsprocedure die als uitzondering geldt geen mogelijkheid is tot onderhandelen. Binnen de reguliere aanbestedingsprocedures is er geen mogelijkheid om te onderhandelen over prijs of wezenlijke onderdelen van de gevraagde/te leveren producten en diensten.

De nieuwe Coördineringsrichtlijn 2004/18 kent de zogenaamde « competitive dialogue » procedure welke de aanbestedende dienst de vrijheid biedt om met de aanbidders te praten over specificaties en prijs. Deze regeling is nog niet in werking getreden. Bij inwerking treding zal de procedure uiteindelijk geregeerd worden door de beginselen van objectiviteit, transparantie en gelijke behandeling. Het valt te verwachten dat deze procedure en de voorwaarden daaromheen strikt zullen worden uitgelegd door de rechter.

Het is binnen de reguliere procedures wel toegestaan om een toelichting te vragen of zelfs aanbiedingen te laten aanvullen door een inschrijver. Aanvullingen mogen slechts worden gevraagd van partijen die hebben voldaan aan de gestelde eisen. Het lijkt hier overigens wel te gaan over de inhoud van het te leveren product of dienst.

Besteksvorschriften mogen worden niet worden gewijzigd, als dit een essentiële wijziging is. Dit zijn wijzigingen die het bestek fundamenteel wijzigen. Wanneer spreken we van een fundamentele bestekswijziging? Veelal indien een wijziging zodanig is dat een aanbieder, indien hij van deze wijziging had geweten, zijn beslissing om al of niet in te schrijven een andere was geweest.

Bij wijze van voorbeeld: indien een bezwaar van de winnende aanbieder is dat de aansprakelijkheid te hoog is en de aanbestedende dienst verlaagt voor de aanbieder het bedrag aanzienlijk, dan kan dat als een essentiële bestekswijziging worden aangemerkt.

Immers een andere aanbieder heeft misschien niet meegedaan omdat hij niet een dergelijke hoge aansprakelijkheid kan accepteren, dan wel heeft zijn prijzen verhoogd als risicodekking tegen de oorspronkelijke aansprakelijkheidclausule.

Terug naar de mogelijkheden om op de overeenkomst bij te sturen. Er zijn binnen de aanbestedingsprocedures een drietal momenten waarop dat kan:

- voor de gunning
- na de gunning.

Gunning en knock out criteria

In het geval van voorwaarden als knock-out criterium kan bij de informatieronde of pre bid meeting weer geprobeerd worden om bij te sturen door vragen te stellen. Dit werkt alleen effectief indien de voorwaarden onredelijk zijn of niet passen bij het aan te besteden onderwerp. Bijvoorbeeld: In een aanbesteding voor standaardprogrammatuur wordt in de overeenkomst om een escrow gevraagd van de broncode. Omdat één van de aan te bieden programma's Microsoft is, houdt deze bepaling in dat de winnende aanbieder de broncode van Microsoft in escrow moet geven. Een onmogelijkheid bij deze programmatuur. In deze gevallen is een correctie zeker op zijn plaats. Indien namelijk na contractafsluiting de voorwaarden gewijzigd moeten worden op één van deze punten, dan zal dat een essentiële wijziging kunnen zijn. Dit is een argument waarvoor de aanbestedende dienst zeker gevoelig zou moeten zijn omdat indien zij de wijziging niet tijdig doorvoert, de hele aanbestedingsprocedure opnieuw gevolgd moet worden (een inhoudelijk onjuist contract aangaan is immers géén optie).

De volgende mogelijkheid om bij te sturen is bij de acceptatie van de overeenkomst deze te accepteren en tegelijkertijd te vragen om een verificatievergadering op het moment dat

aanbieder als (één van) de economisch meest voordelige aanbieder(s) wordt gekwalificeerd. Tijdens de verificatievergadering kan door aanbestedende dienst en inschrijver vastgesteld worden of beide partijen de voorwaarden op dezelfde wijze geïnterpreteerd hebben. Essentiële wijzigingen zijn in deze fase niet toegestaan om eerdere vermelde redenen. Tevens houdt acceptatie van essentiële wijzigingen een niet-gelijke behandeling in van aanbieders.

Gunning met acceptatie van voorwaarden als gunningcriterium

Bij overeenkomsten waarvan de acceptatie onderdeel uitmaakt van de gunningcriteria, ligt de zaak eenvoudiger. Door aan te geven tegen welke artikelen bezwaar wordt gemaakt en waarom, kan bijgestuurd worden. Bedenk dat – vrijwel – iedere aanbieder opmerkingen zal hebben over de voorwaarden. Bedrijven die de overeenkomst zonder voorbehoud accepteren, zijn meestal iets hoger in prijs om het risico af te dekken of nemen een al dan niet bewust risico. Hetgeen voor de aanbieder zelf, maar ook voor de aanbestedende dienst zeer nadelig kan uitpakken.

Bij het geven van opmerkingen moet ook bedacht worden dat aanbestedende diensten vaak veel moeite hebben gedaan om een contract te maken/aan te passen. Opmerkingen op de voorwaarden kan soms, ten onrechte, gevoelig liggen.

Een aanbevolen aanpak is om het artikel in principe te accepteren en aan te geven dat er een aantal punten van bezwaar zijn is (noem deze ook) en het voorstel te doen om hier met de aanbestedende dienst over te praten indien het tot gunning komt. De vrijheid om wijzigingen aan te brengen is zeer beperkt omdat dit al snel tot onderhandelingen leidt, hetgeen verboden is. Ook hier geldt het argument dat na contractafsluiting essentiële wijzigingen niet meer nodig (moeten) zijn en de aanbestedende dienst voor gunning de contracten inhoudelijk juist en acceptabel voor de betrokken marktpartijen moet hebben opgesteld.

Een tussenvorm is die waarbij tijdens de offerteprocedure aan de aanbieders gevraagd wordt aanpassingen op de voorgestelde voorwaarden voor te stellen. De aanbestedende dienst bepaalt aan de hand van de voorstellen van de gegadigden welke voorwaarden overgenomen worden. De aan de hand van de aanpassingen gemaakte versie van de voorwaarden wordt vervolgens aan de aanbieders aangeboden, waarbij de acceptatie een knock-out criterium is of een criterium waarvoor men minpunten kan scoren. Deze tussenvorm geeft aan beide partijen de ruimte om verbeteringen aan te brengen en een voorzichtige dialoog omtrent de voorwaarden te starten.

Na gunning

Als laatste is er de wijziging van voorwaarden na de gunning. In het begin is aangegeven dat de beginselen van de aanbestedingsregelgeving voor alle fasen van een aanbestedingsprocedure gelden. In haar uitspraak van april 2004¹ geeft het Hof aan dat de door de aanbestedende dienst vastgestelde criteria niet alleen gedurende het inschrijvingsproces gelden, maar van het begin tot het einde van de aanbestedingsprocedure. Het Hof concludeerde dat de aanbestedende dienst i.c. na toewijzing van de opdracht niet de betalingsvoorwaarde mocht wijzigingen. Indien de aanbestedende dienst na contractering bepaalde inschrijvingsvoorwaarden wil wijzigen dan moet deze aanpassingsmogelijkheid en de wijze van toepassing ervan uitdrukkelijk worden opgenomen in het bestek of de uitnodiging tot inschrijving. De beginselen van objectiviteit, transparantie en gelijke behandeling blijven na gunning van toepassing.

Op basis van deze uitspraak moet een aanbestedende dienst aangeven hoe zij omgaat met mogelijke wijzigingsvoorstellen van de aanbieders op de overeenkomst. Is de acceptatie van de overeenkomst een knock-out criterium, dan is aangegeven van de wijze waarop men omgaat met wijzigingsvoorstellen geen optie. De aanbestedende dienst kan op basis van deze uitspraak de overeenkomst alleen maar handhaven. Bij aanbestedingen waar de acceptatie van de overeenkomst deel uit maakt van de gunning, zal de aanbestedende dienst moeten aangeven wat de ondergrens is van de wijziging op de overeenkomst die voorgesteld kunnen worden.

In de praktijk worden voorwaarden nog wel eens gewijzigd indien blijkt dat voor een individuele opdracht of voor uitvoering van de opdracht de voorwaarden niet passend zijn

¹ Commissie / CAS Succhi di Frutta Spa (HvJ EG 29 april 2004; C-496/99P)

of de situatie niet goed genoeg regelen. De voorwaarden worden dan of via een nadere overeenkomst aangepast of worden via een addendum op de voorwaarden vastgelegd. Dit kan een essentiële wijziging inhouden. Iets wat niet zou moeten voorkomen indien de aanbestedende dienst haar aanbesteding goed zou hebben opgezet. Een uitzondering o.i zijn opdrachten voor complexe maatwerkproducten en -diensten. Deze opdrachten worden vaak in een samenwerkingsverband uitgevoerd en de voorwaarden kunnen nader aangepast worden naarmate de uitvoering van de opdracht vordert.

Misstanden in de praktijk

In het bovenstaande is al een paar keer aangegeven hoe in de praktijk omgegaan wordt met de overeenkomst en de aanbestedingsregels in het algemeen. Met vragen stellen en in een vroeg stadium bijsturen kan gestuurd worden op een aanbesteding. Echter niet altijd, veel aanbestedende diensten zijn onervaren in het aanbesteden en als consequentie daarvan stellen zij zich zeer formeel op om geen fouten te maken. In dat geval is vragen stellen en wijzen op de mogelijkheid dat aanbestedingsrechtelijke fouten (kunnen) worden gemaakt door de aanbestedende dienst een effectieve methode. Daarnaast lijden veel aanbestedende diensten aan het complex dat zij zich als grote opdrachtgever wel iets kunnen veroorloven. De gedachte heerst dat klachten niet komen omdat men bang is een opdrachtgever te verliezen of op "de zwarte lijst" komt te staan. Overigens, de schrijvers van dit artikel zijn deze zwarte lijst (nog) niet tegengekomen. Het argument van aanbestedende diensten dat de aanbieders geen kort geding zullen starten om commerciële redenen is helaas vaak juist. Het zich houden aan de regelgeving moet door de aanbieders gecontroleerd worden. Niet klagen betekent dat een aanbestedende dienst haar gedrag nog heel lang vol kan houden. Niet klagen is dus korte termijn politiek voor aanbieders.

Conclusie

Aanbestedende dienst en aanbieder hebben baat bij onderling begrip en transparantie tijdens de aanbestedingsprocedure en moeten bij afronding daarvan een goed en evenwichtig contract afgesloten hebben. Dat vereist van de aanbestedende dienst het opstellen van de voor de in te kopen opdracht juiste overeenkomst en de juiste methode van acceptatie daarvan. Aanbieders kunnen door middel van vragen stellen over de overeenkomst enigszins bijsturen.

Bonnie Epema en Marten Metz zijn onafhankelijke juristen, gespecialiseerd op het gebied van inkoop en Europees aanbesteden. De schrijvers hebben veel praktische ervaring met Europese aanbestedingen, zowel van de zijde van de aanbestedende dienst als van de zijde van de inschrijver.