

Aanbesteding

Jun 2011



Mr. L.C. van den Berg
Severijn Hulshof Advocaten

Aanbestedingseisen of uitvoeringseisen?

Inleiding

Het doel van iedere aanbestedingsprocedure is het vinden van een partij die een werk, dienst of levering zo economisch voordelig mogelijk uitvoert en daartoe ook alle kennis en kunde in huis heeft. Om die reden kan een aanbesteder de geschiktheid van aanbidders toetsen aan de hand van geschiktheidseisen (selectiecriteria) en kan hij het aangeboden toetsen aan prijs en kwaliteit (gunningcriteria). Om te zorgen dat aanbieder en aanbidding verder goed aansluiten op de te vergeven opdracht, is het zaak om duidelijk aan te geven wat de opdracht precies behelst en onder welke voorwaarden deze zal moeten worden uitgevoerd. Daarbij moet het echter niet zo zijn dat de aanbestedingsfase – en de daarin geldende eisen – en de uitvoeringsfase – met de specifiek daarvoor geldende eisen – door elkaar gaan lopen. Een aanbestedingseis is een aanbestedingseis en moet dat ook blijven. Hetzelfde geldt natuurlijk voor uitvoeringseisen. De praktijk wijst echter uit dat dit door elkaar lopen toch gebeurt. Aan de hand van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) zal hierna op deze problematiek ingegaan worden.

Selectie-eisen

Van inschrijvers die niet op grond van de dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden van het Bao uitgesloten moeten worden, kunnen de vakbekwaamheid en financiële gegoedheid nader worden getoetst aan de hand van selectiecriteria. Het Bao geeft

daarbij regels ten aanzien van de mogelijke bewijsstukken die aanbesteders mogen verlangen. Aanbesteders zijn daarbij niet volledig vrij maar dienen zich in beginsel tot deze bewijsstukken te beperken. Ten aanzien van de financiële gegoedheid kunnen zij bijvoorbeeld bankverklaringen of omzetverklaringen verlangen die vervolgens aan specifieke eisen zullen moeten voldoen.¹ Ten aanzien van de technische bekwaamheid kunnen aanbesteders referenties vragen of – bijvoorbeeld – een opgave van het technisch personeel.² Verder kan verlangd worden dat inschrijvers aantonen dat zij aan kwaliteitsbewaking doen, bijvoorbeeld door de overlegging van certificaten.³ Al deze eisen moeten zien op de hoedanigheid van de inschrijver.

Gunningcriteria

Aanbesteders kunnen ten aanzien van het aangeboden kiezen uit twee gunningcriteria. Dat van de laagste prijs of dat van de economisch meest voordelige inschrijving. Het eerste criterium spreekt voor zich. Het tweede laat echter ruimte om kwalitatieve elementen mee te nemen. Zo wordt vaak in het kader van dat criterium gevraagd om een plan van aanpak waaruit de aanbesteder kan opmaken of de inschrijver ook daadwerkelijk de opdracht heeft doorgrond. Het Bao geeft ten aanzien van het 'Economisch meest voordelige inschrijving'-criterium weinig beperkingen. Wel moeten de gestelde criteria een economische dimensie hebben en in dat kader waardeerbaar zijn.

Uitvoeringseisen

De toetsing aan de selectie- en gunningcriteria moet – zoals gezegd – een inschrijver opleveren die de opdracht financieel en technisch aankan en die van alle inschrijvers het beste aanbod doet. Die inschrijver moet vervolgens op zich nemen de opdracht uit te voeren volgens de uitvoeringseisen die uit de overeenkomst voortvloeien die het onderwerp was van de aanbesteding. Gedacht kan worden aan eisen als de voor een opdracht benodigde vergunningen, de tijd waarin de opdracht moet worden uitgevoerd en de kwaliteitswaarborgen waaraan

die uitvoering moet voldoen. Van veel van deze eisen is meteen duidelijk dat zij niet al bij de aanbesteding gelden. Soms echter is dat niet zo duidelijk. Als voorbeeld kan de eis gelden dat voor de uitvoering van een werk een bepaald certificaat vereist is. Als deze eis alleen in de uiteindelijk te sluiten overeenkomst is verwoord, geldt deze eis pas tijdens de uitvoering en niet als aanbestedingseis. Dat houdt in dat indien inschrijvers niet al bij aanbesteding aan deze eis voldoen, dit geen reden tot uitsluiting kan zijn. Dit laatste kan overigens uitzondering lijden indien bij aanbesteding volkomen duidelijk is dat de inschrijver nooit aan de eis zal kunnen voldoen en aldus een irreële bieding heeft gedaan.

Recent oordeelde de Voorzieningenrechter te Dordrecht⁴ over een geval waarin een inschrijver meende dat zijn concurrent moest worden uitgesloten omdat hij nimmer aan een bestekeis zou kunnen voldoen. Die bestekeis was dat medische hulpmiddelen binnen 24 uur door heel Nederland gerepareerd en dat meldingen 24 uur per dag doorgegeven moesten kunnen worden. De rechter oordeelde echter dat de winnende inschrijver eerst na gunning aan deze eisen zou moeten voldoen nu het uitvoeringseisen betrof. Deze eisen betroffen juist de verplichtingen die de winnende inschrijver op zich moest nemen (en waarvoor ook aansprakelijkheid in geval van wanprestatie zou bestaan). De Voorzieningenrechtters te Utrecht⁵ en Den Haag⁶ oordeelden in andere zaken op soortgelijke wijze. In andere uitspraken werd het onderscheid tussen aanbestedings- en uitvoeringseisen echter niet zo scherp gezien. Zo oordeelde de Voorzieningenrechter te Breda⁷ dat het niet hebben van een voor de uitvoering afdoende vergunning tot ongeldigheid van een inschrijving moest leiden. De Voorzieningenrechter te Arnhem⁸ oordeelde dat het niet voldoen aan een eis uit het bestek (dat onderhoudswerkzaamheden door gekwalificeerde monteurs gedaan moesten worden) tot ongeldigheid van een inschrijving diende te leiden. Het Hof te Arnhem⁹ oordeelde echter dat uitvoeringseisen geen deel uit-

maakten van de aanbestedingseisen. Had de aanbesteder dat laatste wel gewild dan had hij dat met zoveel woorden in de aanbestedingseisen moeten verwoorden.

Slotsom

Aanbestedingseisen en uitvoeringseisen zijn twee verschillende grootheden die duidelijk gescheiden dienen te blijven. Indien een aanbesteder een bepaald aspect van de uitvoering zo belangrijk vindt dat hij hierop al in de aanbestedingsfase wil toetsen, zal hij dit moeten doen met gebruikmaking van de selectie- en gunningcrite-

ria en dan ook nog binnen het (beperkende) kader dat voor dergelijke criteria is gegeven. Eisen uit een contractdocument of uit een bestek gaan pas gelden nadat een opdracht daadwerkelijk gegund is, reden waarom ook pas dan een beroep kan worden gedaan op de werking daarvan. Dit beginsel lijdt eigenlijk slechts uitzondering indien op voorhand zonder meer vaststaat dat een inschrijver niet zal kunnen nakomen. De bewijslast daarvan zal in dat geval wel bij de aanbesteder of – zoals dat bij aanbestedingen vaak gaat – de protesterende concurrent liggen.

1. Artikel 48 Bao.
2. Artikel 49 Bao.
3. Artikel 50 Bao.
4. Rb. Dordrecht (vzr.) 10 februari 2011, *LJN* BP3669.
5. Rb. Utrecht (vzr.) 31 maart 2010, rolnummer 282778/KG ZA 10-152.
6. Rb. Den Haag (vzr.) 7 juli 2009, *LJN* BJ3885.
7. Rb. Breda (vzr.) 2 februari 2011, *LJN* BP2926.
8. Rb. Arnhem (vzr.) 10 juli 2010, *LJN* BM9566.
9. Hof Arnhem 8 februari 2011, rolnummer 200.070.168.