

Samen Aanbesteden!?

mr. T. van Wijk
28 oktober 2019

Aan : Metropoolregio Amsterdam, J. Baidenmann (grondstoffenadviseur MRA)
Van : Dirkzwager N.V., T. van Wijk (advocaat-partner aanbestedingsrecht)
Inzake : aandachtspunten bij samenwerking inkoop
Datum : 28 oktober 2019

1. Inleiding

De Metropoolregio Amsterdam ("MRA") is een samenwerkingsverband van 32 gemeenten en twee provincies. Deze overheden willen (meer) samenwerken op het gebied van inkoop. Men overweegt om bepaalde producten gezamenlijk duurzaam in te kopen.

Onder gezamenlijk inkopen wordt hier verstaan het met meerdere overheden besluiten tot het harmoniseren van duurzame criteria/voorwaarden en/of volumes te koppelen ten behoeve van een duurzame uitvraag.

Dirkzwager is gevraagd een praktisch en beknopt memo te schrijven omtrent de vragen en aandachtspunten van (juridische) ambtenaren bij samenwerkingen tussen overheden in relatie tot het aanbestedingsrecht.

De navolgende onderwerpen worden hierna in ieder geval behandeld aan de hand van vragen en aandachtspunten:

- Vrijheid om inkoop te harmoniseren
- Gezamenlijk inkopen en het clusterverbod;
- Mogelijkheid voor overheid om optioneel aan te haken;
- Nut van oprichten formele gezamenlijke inkooporganisatie;
- Mogelijkheden voorschrijven merk dan wel samenwerken met één bedrijf;
- Uitzondering aanbestedingsplicht: onderdrempelige opdrachten;
- Uitzondering aanbestedingsplicht: studie/ proef/ onderzoek & ontwikkeling;
- Uitzondering aanbestedingsplicht: mededinging ontbreekt om technische redenen;
- Stimuleren lokale economie;
- Maximale waarde vermelden bij raamovereenkomsten;
- Misvattingen raming opdrachtwaarde
- Belang van goede rechtsverwerkingsclausules in aanbestedingsstukken;
- Doorwerking algemene beginselen van behoorlijk bestuur;

2. Gezamenlijk inkopen/aanbesteden: de do's and don'ts

a. In het kort de conclusies

- Het staat overheden vrij om gezamenlijk aan te besteden.
- Clusteren van opdrachten (bijvoorbeeld door gezamenlijk één opdracht in de markt te zetten) is niet verboden maar moet wel worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken (opdat de toegang tot MKB gewaarborgd is).
- Het staat overheden vrij om uitvragen te harmoniseren waardoor iedere overheid afzonderlijk feitelijk eenzelfde format/ gespecificeerde opdracht aanbesteed.
- Gekozen kan worden voor één overheid die aanbesteedt mede namens andere overheden. Deze overheid sluit zelf de raamovereenkomst en 'verkoopt'/ 'levert door' aan de andere overheden (soort van aankoopcentrale).
- Gebruikelijker is dat één overheid weliswaar als penvoerder/ contactpersoon optreedt tijdens de aanbesteding maar dat de aanbestede raamovereenkomst ook wordt ondertekend en gesloten door de andere overheden. Feitelijk kan dat iedere overheid waarmee afzonderlijk een raamovereenkomst wordt gesloten als afzonderlijk perceel bij de aanbesteding wordt beschouwd.
- In alle gevallen geldt dat een overheid uitsluitend rechtsgeldig kan aanhaken bij een raamovereenkomst als deze overheid ten tijde van de aanbesteding ook expliciet was genoemd.
- Bij een aan te besteden raamovereenkomst kunnen overheden ook optioneel aanhaken en zich de vrijheid voorbehouden al dan niet gebruik te maken van de gegunde raamovereenkomst. Dit kan echter niet onbeperkt. Teveel onzekerheid door teveel 'twijfelende overheden' is niet toegestaan omdat dan voor inschrijvers de omvang van de aanbestede opdracht te onzeker/ onduidelijk is (wat precies de grens is, is helaas niet uitgekristalliseerd).
- Gezamenlijk inkopen door overheden is niet in strijd met het mededingingsrecht omdat het mededingingsrecht alleen betrekking heeft op ondernemingen.
- Staatssteun is evenmin een risico omdat uitgangspunt is dat een aanbesteding tot marktconforme prijzen leidt (en staatssteun alleen aan de orde kan zijn bij het verstrekken van een niet-marktconform voordeel).

3. Diverse vragen over gezamenlijk inkopen

3a Vrijheid en vormen gezamenlijk aanbesteden

Het staat overheden vrij om gezamenlijk aan te besteden. Alle overheden die gebruik willen maken van een aan te besteden overeenkomst moeten bij naam worden genoemd in de aanbestedingsstukken (als aanbestedende dienst/ opdrachtgever).

Er kan vrijelijk voor worden gekozen om één overheid te laten optreden als opdrachtgever waarmee de winnaar een raamovereenkomst sluit. Deze overheid kan dan op basis van de aanbestede raamovereenkomst 'doorverkopen' aan andere overheden.

Een andere, en meest gebruikelijke variant is dat één overheid weliswaar als penvoerder optreedt maar dat de raamovereenkomst met alle overheden wordt gesloten. Dat kan (als subvariant) doordat alle overheden gezamenlijk opdrachtgever en contractspartij worden. Maar (als tweede subvariant) gebruikelijk is dat iedere overheid afzonderlijk een overeenkomst met de winnaar sluit. Op die manier behoudt iedere overheid ook de vrijheid bij het nemen van beslissingen indien bijvoorbeeld de opdrachtnemer wanpresteert.

3b. Gezamenlijk inkopen staat op gespannen voet met clusterverbod

Een gezamenlijke aanbesteding houdt in dat de overheden hun inkoopbehoefte voor een bepaalde activiteit samenvoegen. Alsdan is sprake van een clustering. Dat geldt ook als verschillende items worden samengevoegd. Het bundelen van producten uit verschillende productgroepen zal al snel als clustering worden aangemerkt.

Clusterverbod

Clusteren is niet verboden maar moet wel worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken. Daarbij moet worden ingegaan op de volgende drie aspecten (artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet):

- de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor het MKB;
- de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf en de ondernemer;
- de mate van samenhang van de opdrachten.

Samenvoeging is dus niet uitgesloten. De samenvoeging moet wel in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Het doel van het clusterverbod is het vergroten van de kansen van het midden- en kleinbedrijf bij een aanbesteding. In [juli 2018 oordeelde de Brabantse kort gedingrechter](#) dat uit het clusterverbod van artikel 1.5 Aanbestedingswet niet volgt dat het midden- en kleinbedrijf de mogelijkheid zou moeten hebben om rechtstreeks op een aanbesteding in te schrijven. Met de mogelijkheid om als onderaannemer of als combinant in te schrijven is de toegang voor het midden- en kleinbedrijf (hiervoor genoemd onder (i)) voldoende gewaarborgd.

Ook aan de andere twee voorwaarden is volgens de rechter in die zaak voldaan, nu de aanbestedende dienst voldoende gemotiveerd heeft dat de opdrachten voldoende met elkaar samenhangen en wat de organisatorische risico's zijn van samenvoeging. Het ging hier om enerzijds onderhoud en reparatie van verkeerslichten en openbare verlichting en

anderzijds om de (administratieve) schadeafwikkeling. Een geïntegreerde oplossing waarbij alle werkzaamheden inclusief schadeafwikkeling van alle schades aan verkeerslichten en openbare verlichting aan één partij of combinatie wordt gegund is volgens de gemeente een efficiënte en logische oplossing. Daarbij is in het verleden gebleken dat apart aanbesteden leidt tot een toename van logistiek, administratieve kosten, hogere kosten, een langere doorlooptijd en discussie tussen partijen over de verantwoordelijkheden.

Interessant daarbij is de volgende rechtsoverwegingen:

"Aanbestedingsrecht is niet louter MKB-recht."

Daarnaast deelt de Voorzieningenrechter zijn ervaringen op de weg in Helmond:

"Als de voorzieningenrechter in Helmond komt plegen daar inderdaad de verkeerslichtinstallaties niet stuk te zijn, maar steeds helder rood licht in zijn richting uit te stralen als de voorzieningenrechter er aan komt en de trottoirs en bermen liggen er evenmin bezaaid met uit de grond gereden lantarenpalen."

Het is niet zeker of dit oordeel ook in een hoger beroep stand zou hebben gehouden dan wel of andere voorzieningenrechters dit volgen. Het geeft niettemin wel een praktisch handvat voor een voldoende motivering voor het samenvoegen van opdrachten. Overheden geven vaak de mogelijkheid aan inschrijvers om met een combinant of onderaannemer in te schrijven. Daarmee is volgens de Brabantse voorzieningenrechter de toegang voor het midden- en kleinbedrijf gewaarborgd. Als een aanbestedende dienst daarnaast nog kan motiveren dat er voldoende samenhang is en dat het samenvoegen zorgt voor lagere kosten (zoals logistieke en administratieve kosten), kortere doorlooptijd en concentratie van verantwoordelijkheden, is samenvoeging van de opdrachten toegestaan.

Splitsingsgebod

Met name bij gezamenlijke aanbestedingen komt de vraag naar voren dat, ook indien geen sprake is van een verboden clustering, er wellicht wel een verplichting is de opdracht in percelen (per overheid) aan te besteden. Dit is het zogenaamde splitsingsgebod ex artikel 1.5, lid 3 Aanbestedingswet.

Splitsing mag achterwege blijven als de aanbestedende dienst een splitsing niet passend acht. De argumenten voor het niet passend achten van een splitsing komen in de praktijk overeen met de argumenten waarom geen sprake zou zijn van strijd met het clusterverbod. Anders gezegd, als er goede redenen zijn dat opdrachten mogen worden

samengevoegd/ geclusterd gelet op het clusterverbod, dan zal er ook een(zelfde) reden om deze opdrachten niet alsnog te moeten splitsen op grond van het splitsingsgebod

3c. Optioneel aanhaken als overheid kan maar is niet ongelimiteerd.

Een overeenkomst mag opties bevatten. In het verlengde daarvan lijkt het ook toegestaan dat overheden aangeven zich slechts optioneel te verbinden als zij nog niet zeker zijn of zij bij de aanbestede overeenkomst te willen aanhaken.

Let wel op, hoe meer overheden zich slechts optioneel willen committeren aan de uitkomst van een aanbesteding, hoe minder bepaalbaar de opdracht wordt (en daarmee ook lastiger in te schatten voor marktpartijen). Hoewel volgens de wet voldoende lijkt te zijn dat iedere eventuele toekomstige (optionele) opdrachtgever bij naam genoemd moet worden, raad ik aan dat deze overheden zich ook zo veel als mogelijk committeren aan de uitkomst van de aanbesteding.

Een oud en standaardpraktijkvoorbeeld betreft het [arrest van de Hoge Raad uit 2002 inzake De Staat/ Canon](#). Daarin was een raamovereenkomst voor het leveren en onderhouden van printers aanbesteed waaraan te zijner tijd nagenoeg alle nationale overheidsinstellingen zouden mogen aanhaken. De Hoge Raad oordeelt dat hierdoor het object van de aanbesteding onvoldoende is bepaald en daarmee de aanbestedingsprocedure onrechtmatig. Helaas kan op grond hiervan niet worden bepaald wat de grenzen zijn in dit verband.

3d. Is het nuttig of noodzakelijk om een formele gezamenlijke inkooporganisatie op te richten?

Ik denk niet dat het nuttig is het huidige samenwerkingsverband om te zetten naar een formele inkooporganisatie met eigen rechtspersoonlijkheid. Echte praktische voordelen van een aankoopcentrale bij het doorlopen van een gezamenlijke aanbesteding zijn er mijns inziens niet.

Het voordeel van een formele inkoopsamenwerking is dat zonder twijfel sprake is van een aankoopcentrale. Alle adviezen en werkzaamheden van deze aankoopcentrale met betrekking tot de gezamenlijke aanbestedingen zijn uitgezonderd van een aanbestedingsplicht.

3e. Vrijheid harmoniseren van criteria/voorwaarden

Uit praktisch oogpunt kan het wenselijk zijn dat overheden een standaard opstellen, bijvoorbeeld een modelcontract, modelaanbestedingsdocument of modelprogramma van eisen. Het aanbestedingsrecht verzet zich daar niet tegen. Iedere overheid mag dit model hanteren voor de eigen aanbestedingen.

3f. Kan er bij gezamenlijk/ regionaal inkopen sprake zijn van strijdigheid met het mededingingsrecht?

Strijd met het mededingingsrecht speelt niet omdat overheden bij inkoop niet kwalificeren als ondernemingen. Het mededingingsrecht is alleen van toepassing op ondernemingen.

3g. Kan er sprake zijn van het risico op staatsteun?

Evenmin zal sprake zijn van staatssteun nu er geen (niet-marktconforme) bevoordeling zal zijn van een marktpartij. In het verlengde daarvan geldt natuurlijk wel altijd het uitgangspunt dat een uitvraag niet mag zijn toegeschreven naar een bepaalde marktpartij dan wel merk althans niet zonder objectieve rechtvaardiging. Zie ook 3c.

3h. Mogelijkheid samenwerken met één bedrijf of merk?

Nu overheden gezamenlijk mogen aanbesteden, mogen ze natuurlijk ook de bijzondere aanbestedingsprocedures volgen zoals de innovatiepartnerschap of concurrentiegerichte dialoog. Deze bijzondere procedures mogen uitsluitend worden gevoerd als er specifieke redenen zijn. De specifieke redenen komen kort gezegd neer op de omstandigheden dat sprake is van een bijzonder complexe opdracht en/ of de aanbesteding van nieuwe producten of diensten. In de praktijk zal er echter niet snel discussie ontstaan of er terecht mocht worden gekozen voor een bijzondere procedure. Een marktpartij geeft er meestal de voorkeur aan en maakt dus geen bezwaar. De accountant zal dit in de rechtmatigheidstoets ook niet negatief beoordelen omdat er immers (gewoon) Europees wordt aanbesteed.

In het verlengde is de vraag in hoeverre bepaalde merken/ namen mogen worden voorgeschreven. Bekend uitgangspunt is natuurlijk dat dit niet mag zonder de toevoeging "of gelijkwaardig". Uitzondering op deze hoofdregel doet zich als er een objectieve rechtvaardiging is.

Interessante praktijkvoorbeeld is de Europese aanbesteding van de Staat in 2003 waarbij expliciet werd gevraagd naar het merk SAP. Zowel [de Haagse kort gedingrechter als de rechtbank naar aanleiding van een bodemprocedure](#) oordeelden dat dit was toegestaan. Er was namelijk in het verleden naar aanleiding van een Europese aanbesteding een SAP-systeem ingekocht. Dit moest worden uitgebreid. Het zou een desinvestering zijn om een geheel nieuw systeem aan te besteden. Aldus is er volgens de rechter een objectieve rechtvaardiging bij de nieuwe aanbesteding expliciet te vragen naar SAP-ervaring en SAP-licenties.

Zie ook een recenter [advies \(nr. 520\)](#) uit 2019 van de Commissie van Aanbestedingsexperts waarin wordt bevestigd dat het is toegestaan te verlangen dat de

te leveren producten compatibel zijn met het product/ merk (Oracle) dat reeds aanwezig was bij de aanbestedende dienst.

De vraag in hoeverre zonder voorafgaande aanbesteding een-op-een aan een bepaald bedrijf mag worden gegund wordt hierna onder 4a uiteengezet.

3i. Gezamenlijk aanbesteden van raamovereenkomsten

Bij gezamenlijk aanbestedingen worden veelal raamovereenkomsten aanbesteed. Het Europese Hof van Justitie [eind 2018 bepaald](#) dat bij de aanbesteding van een raamovereenkomst niet alleen de geraamde waarde (hoeveelheden) moet worden vermeld, maar ook de maximale waarde. Bij overschrijding van deze maximale waarde zou de overeenkomst geen effect meer sorteren.

Praktisch advies is als vanouds op basis van historische gegevens een prognose te maken en daarmee de geraamde waarde. Als maximale waarde lijkt me praktisch 150% van de geraamde waarde aan te houden. Aangeraden wordt om duidelijk te vermelden dat een inschrijver aan beide waarden geen rechten kan ontlenen.

Als bij de uitvoering deze maximale waarde wordt overschrijden, meen ik dat er wel degelijk ruimte is voor verdere afname en dat naar analogie het leerstuk van wezenlijke wijziging kan worden toegepast. Anders gezegd, als de maximale waarde van een raamovereenkomst is bereikt, blijven wijzigingen mogelijk mits voldaan wordt aan de wettelijke voorwaarden voor toegestane (niet-wezenlijke) wijzigingen ex artikel 2.163b t/m 2.163g Aanbestedingswet).

4. Algemene juridische aandachtspunten rondom inkoop

4a. Onderhandse gunning

De in de praktijk meest voorkomende situaties dat rechtmatig ervoor kan worden gekozen de opdracht een-op-een aan een bepaald bedrijf te gunnen zonder voorafgaande aanbesteding zijn:

Onderdrempelige opdrachten

Zoals bekend hoeven alleen opdrachten met een waarde boven het Europese drempelbedrag Europees te worden aanbesteed. Zogenaamde onderdrempelige opdrachten moeten niettemin worden aanbesteed (met aankondiging op Tendered) als sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. De regio Amsterdam ligt wat verder weg van de grens zodat veelal goed verdedigbaar zal zijn dat een grensoverschrijdend belang ontbreekt.

Vermoedelijk zal een een-op-een gunning niet voorgeschreven zijn op grond van de drempelbedragen in het eigen inkoopbeleid en de Gids Proportionaliteit. In het inkoopdossier moet dan gemotiveerd worden vastgelegd dat daarvan wordt afgeweken.

Studie/ Proef/ Onderzoek & Ontwikkeling

De Aanbestedingswet sluit opdrachten voor studie en proef uit van een aanbestedingsplicht. Het gaat dan in de praktijk om een pilot, bijvoorbeeld in het kader van duurzaamheid. Uitgangspunt is dat het een incidentele, beperkte opdracht betreft en vervolgaankopen (gewoon) moeten worden aanbesteed.

Tevens zijn uitgezonderd opdrachten voor Onderzoek & Ontwikkeling waarbij de resultaten niet uitsluitend bestemd zijn voor de opdrachtgevende overheid of ook de marktpartij deels betaalt. In de praktijk blijken deze uitzonderingen alleen opportuun voor eenmalige proeven/ experimenten. Bijvoorbeeld bepaald bureau- of laboratoriumonderzoek waarvan de resultaten algemeen worden gedeeld.

Mededinging ontbreekt om technische redenen

Als er slechts één marktpartij in staat is om de opdracht uit te voeren dan mag onderhands worden gegund (artikel 2.32, lid 1 sub b onder 2 Aanbestedingswet). Deze uitzondering komt weinig voor in de jurisprudentie. Dit jaar toevallig twee keer, in die zin dat de overheid zowel in eerste als tweede aanleg (hoger beroep) ongelijk kreeg en het beroep op deze uitzondering niet slaagde.

In [die zaak](#) had het UWV een bovendrempelige (aangebestedingsplichtige) opdracht voor archiefdiensten gegund aan de zittende aanbieder zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure. Redenen daarvoor waren de zeer hoge transitiekosten - begroot op € 28 miljoen -, het risico's van instabiliteit van de archiefdienstverlening en het risico van discontinuïteit van de door het UWV uit te voeren wettelijke taken in verband met de verwevenheid van de archieffunctie met de primaire uitvoeringsprocessen van het UWV. Concreet doet UWV daarbij een beroep op artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aanbestedingswet.

Op bezwaar van een concurrent heeft de Amsterdamse rechter (zowel eerste aanleg als hoger beroep) het UWV echter teruggefloten. Volgens de rechter(s) waren de redenen louter financieel en was onvoldoende aannemelijk gemaakt dat een ander dan de zittende aanbieder een concurrerende aanbieding zou kunnen doen.

Uit deze zaak blijkt precies het probleem in de praktijk. De door het UWV genoemde "transitiekosten" kunnen mijns inziens wel degelijk ertoe leiden dat met een beroep op artikel 2.32 Aw onderhands gegund mag worden aan de zittende aanbieder. De overheid

loopt echter tegen een 'bewijsprobleem' aan: het aannemelijk maken dat er inderdaad geen concurrerende aanbidding door een ander kan worden uitgebracht.

4b. Is het mogelijk om in de criteria/voorwaarden op te nemen dat de offrerende partij de lokale economie stimuleert of een lokale partij is?

Deel twee van de Aanbestedingswet heeft betrekking op (bovendrempelige) Europese aanbestedingen. Daarin zijn verschillende bepalingen opgenomen met de strekking dat onderscheid naar herkomst is verboden.

Bij Europese aanbestedingen blijkt de lokale economie met name te kunnen worden bevorderd door in kleine percelen aan te besteden. Kleinere en lokale bedrijven lijken dan vaak beter in staat een concurrerende aanbidding te doen.

Het verplichten van een bepaalde locatie dan wel afstand tot de plaats van uitvoering zal uitsluitend zijn toegestaan als daar objectieve en gerechtvaardigde redenen voor zijn. Niettemin zie ik in de praktijk (bijvoorbeeld bij energieaanbestedingen) wel degelijk lokale herkomsteisen bij Europese aanbestedingen. Deze worden (vooralsnog) echter niet ter beoordeling voorgelegd aan de rechter of de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Bij aanbestedingen onder de drempel zijn uiteraard de aanbestedingsbeginselen ook van toepassing. Bij gebreke van duidelijk grensoverschrijdend belang, zijn dit in principe uitsluitend de nationale beginselen. Bijna alle decentrale overheden kiezen ervoor bij meervoudig onderhandse aanbesteding minimaal drie lokale partijen uit te nodigen. Dit onderscheid wordt algemeen geaccepteerd en is (ook daarom) goed verdedigbaar niet in strijd met het discriminatie- respectievelijk gelijkheidsbeginsel.

4c. Misvattingen rondom het ramen van de opdrachtwaarde

Bij het gezamenlijk aanbesteden zal de waarde van de opdracht toenemen en dus sneller het Europese drempelbedrag worden overschreden. De raming van de waarde van de opdracht is daarbij van belang. Samenvattend gelden voor het ramen van de waarde van een opdracht gelden de volgende uitgangspunten:

- een opdracht mag niet onnodig of kunstmatig worden gesplitst met als doel het omzeilen van een eventuele aanbestedingsplicht, ook wel het "splittingsverbod" genoemd (artikel 2a.9, lid 2 jo artikel 2.14 Aw);
- de waarde wordt geraamd over de volledige looptijd van de overeenkomst, inclusief opties en verlengingen (artikel 2.15 Aw);
- indien geen totale prijs is bepaald en de bepaalde looptijd is korter dan vier jaar dan moet men uitgaan van de waarde van de bepaalde looptijd (artikel 2.17 Aw);

- indien voor diensten of leveringen geen totale prijs is bepaald en de overeenkomst is gesloten voor onbepaalde tijd of een looptijd langer dan vier jaar dan moet men uitgaan van de waarde over vier jaar (artikel 2.17 Aw resp. 2.20 Aw);
- als een voorgenomen aankoop van diensten of homogene leveringen kan leiden tot de gunning van verschillende afzonderlijke opdrachten/ percelen, dan moet de geraamde totale waarde van deze opdrachten/ percelen als grondslag worden genomen (artikel 2.18 Aw);
- van (soortgelijke) opdrachten voor leveringen en diensten die met zekere regelmaat na elkaar worden verstrekt, moet uitgegaan worden van de totale waarde van die opdrachten die binnen twaalf maanden zijn of worden verstrekt (artikel 2.21 Aw).

De laatste bullit betekent dat bij elkaar opvolgende overeenkomsten gekeken moet worden naar de (waarde van de verstrekte dan wel te verstrekken) opdrachten binnen een periode van (slechts) één jaar. Een in de praktijk veel voorkomende misvatting is dat gekeken moet worden naar de afgelopen vier jaar.

Verder bieden artikel 2.17 en artikel 2.20 Aw ruimte voor de uitleg dat bij overeenkomsten van onbepaalde tijd dan wel van meer dan vier jaar voor de raming van de waarde van deze opdracht uitgegaan moet worden van (slechts) vier jaar. Met name in het kader van de rechtmatigheidscontrole van de accountant blijkt deze goed verdedigbare uitleg soelaas te kunnen bieden.

4d. Belang van goede rechtsverwerkingsclausules in aanbestedingsstukken

Uitgangspunt is dat inschrijvers pro-actief moeten zijn en vóór inschrijving moeten klagen over onvolkomenheden in de aanbestedingsstukken. In bijna alle aanbestedingsstukken is een passage opgenomen dat tijdig moet worden geklaagd op straffe van verval van recht. Ik raad aan daaraan toe te voegen dat ook indien tijdig geklaagd is en een inschrijver het niet eens is met het antwoord in de Nota van Inlichtingen, de mogelijkheid bestaat om x dagen voor sluitingsdatum een kort geding te starten op straffe van verval van recht. En tot slot de bepaling opnemen dat een inschrijver door in te schrijven akkoord gaat met de rechtmatigheid van de aanbestedingsstukken, waaronder eventuele onwelgevallige antwoorden in de Nota van Inlichtingen.

4e. Doorwerking algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Overheden moeten ook bij privaatrechtelijk handelen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen. Uit jurisprudentie volgt dat deze beginselen met zich brengen dat ook bij een onderdrempelige, meervoudig onderhandse aanbesteding een bezwaartermijn/ alcateltermijn in acht genomen moet worden. Deze hoeft niet 20 dagen te zijn en kan dus korter naargelang de omstandigheden van het geval.

Overheden doen er ook verstandig aan om zekerheidshalve hun beslissingen bij onderdrempelige aanbestedingen op deugdelijke wijze te motiveren. De kans is groot dat een rechter de motivering toetst aan de hand van de wettelijke motiveringsplicht zoals die geldt voor bovendrempelige opdrachten.

Voor onderdrempelige opdrachten (beneden het Europese drempelbedrag) geldt dat een overheid zich dient te houden aan de drempelbedragen die zijn opgenomen in het eigen inkoopbeleid, alsmede de Gids Proportionaliteit. Daar kan echter (gemotiveerd) van worden afgeweken.

Artikel 1.4 Aanbestedingswet brengt tot slot nog met zich mee dat op verzoek de objectieve redenen moeten worden meegedeeld voor een onderhandse gunning. De vraag is of dan wellicht alsnog de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan een een-op-een gunning in de weg staan. In principe niet.

Het is namelijk vaste rechtspraak dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de verdeling van schaarse rechten (vergunningen) tot een concurrentiestelling/aanbesteding verplichten. Er zijn diverse uitspraken waaruit blijkt dat ook bij reguliere overheidscontracten deze beginselen een plicht tot concurrentiestelling/aanbesteding met zich kunnen brengen. Dat is in jurisprudentie nog niet uitgekristalliseerd.

Zolang dit niet duidelijk is, lijkt me het voor overheden aanbestedingsrechtelijk goed verdedigbaar en uit praktisch oogpunt meest raadzaam niet uitsluitend op grond van deze beginselen tot een aanbesteding over te gaan als er geen aanbestedingsplicht is op grond van de betreffende regelgeving (Aanbestedingswet, Gids Proportionaliteit en het eigen inkoopbeleid).
