

De selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen

*Een praktijkgericht juridisch onderzoek voor het Inkoop Platform Groningen
naar de selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen*



Naam:	Mirjam Renkema
Studentnummer:	295071
Afstudeerorganisatie:	Inkoop Platform Groningen
Praktijkbegeleider:	Drs. H. Steenge
Opleiding:	HBO Rechten
Instituut:	Instituut voor Rechtenstudies, Hanzehogeschool Groningen
Afstudeerdocente:	Mr. G.R. Werkman – Bouwkamp
Datum van verschijning:	11 juni 2015
Plaats van verschijning:	Groningen

Naam:	Mirjam Renkema
Studentnummer:	295071
Email:	renkema.mirjam@gmail.com
Afstudeerorganisatie:	Inkoop Platform Groningen
Praktijkbegeleider:	Drs. H. Steenge
Opdrachtgever:	Drs. H. Steenge (namens Inkoop Platform Groningen)
Opleiding:	HBO Rechten
Instituut:	Instituut voor Rechtenstudies, Hanzehogeschool Groningen
Afstudeerdocente:	Mr. G.R. Werkman – Bouwkamp
Datum van verschijning:	11 juni 2015
Plaats van verschijning:	Groningen

Samenvatting

Vanaf februari 2015 tot juni 2015 heb ik een praktijkgerichte juridisch onderzoek verricht voor het Inkoop Platform Groningen naar ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen.

Het Inkoop Platform Groningen en het Lectoraat Inkoopmanagement van de Hanzehogeschool zijn gezamenlijk een studie gestart om te onderzoeken hoe de inkoop(functie) van de IPG-leden van kan leiden tot een zo groot mogelijke maatschappelijke impact voor de regio. Dit gezamenlijke onderzoek bestaat uit drie deelonderzoeken. Één van die deelonderzoeken is gericht op het onderzoeken van innovatieve inkoopprocedures voor het IPG en de werkwijze voor ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen maakt daarvan onderdeel uit. Hieronder vindt u een schematische weergave van de plaatsing van dit afstudeeronderzoek in het grotere geheel.

Figuur 1 Samenstelling overkoepelende onderzoek lectoraat en IPG



De formulering van de doelstelling van dit onderzoek luidt: *‘Het doen van aanbevelingen over de juridische mogelijkheden voor het IPG ten aanzien van de selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen door middel van bestudering van juridische bronnen, een ondervraging van specialisten over de huidige en toekomstige wetgeving op het gebied van aanbestedingsrecht, het onderzoeken van de werkwijze van enkele IPG-leden, het vergelijken van de werkwijze van het IPG met een vergelijkbare inkoopkring en aan de hand daarvan inzicht te geven in de invulling van deze werkwijze binnen de huidige en toekomstige wettelijke kaders.’*

Centraal in dit onderzoek staat de volgende vraag: *‘Wat zijn de juridische mogelijkheden voor het IPG voor het selecteren van ondernemers bij meervoudig onderhands aanbesteden zodat daarmee voldaan wordt aan het huidige en toekomstige (Europese) wettelijk kader?’*

De centrale vraag kan beantwoord worden door het verrichten van theoretisch onderzoek naar de theorie over ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen, de zienswijzen van aanbestedingsspecialisten over de theorie uiteen te zetten, de werkwijzen van vier organisaties te onderzoeken en de verschillen tussen de onderzoekspunten en de uitkomsten van het praktijkgerichte onderzoek uiteen te zetten.

Hieronder vindt u de conclusies ten aanzien van de vier onderzoekspunten uit dit rapport.

Ad 1 De keuze voor meervoudig onderhands aanbesteden

Wanneer de waarde van een opdracht van een aanbestedende dienst lager is dan de Europese drempelwaarde dan kan de opdracht in beginsel nationaal of onderhands aanbesteed worden. De inkooprichtlijnen van de organisatie kunnen beschrijven wanneer de aanbestedende dienst van een nationale of onderhandse procedure gebruik kan maken. In de inkooprichtlijnen dient rekening gehouden te worden met hetgeen in de Gids Proportionaliteit is vastgesteld. De keuze voor de aanbestedingsprocedure die gehanteerd wordt dient op basis van objectieve criteria gemaakt te worden.

Bij onderdrempelige opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang dient de aanbestedende dienst een passende mate van openbaarheid in acht te nemen. De aanbestedende dienst kan dan niet zonder meer over gaan tot onderhandse gunning maar er moet een vorm van bekendmaking aan de gunning vooraf gaan. Onder meer de plaats van uitvoering van de opdracht kan van invloed zijn op de vraag of er sprake is van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang. De geografische ligging van de IPG-leden kan ervoor zorgen dat er onder omstandigheden eerder sprake is van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

Ad 2 Objectieve criteria voor de keuze van de ondernemers

Artikel 1.4 lid 1 sub b Aw 2012 verplicht de aanbestedende dienst om op basis van objectieve criteria de keuze voor ondernemers die toegelaten worden tot de aanbestedingsprocedure, te bepalen.

Volgens de toelichting kan de keuze voor de ondernemers die worden toegelaten tot de procedure op basis van de volgende objectieve criteria worden bepaald: ervaring in de desbetreffende sector, de omvang en infrastructuur van de onderneming, de technische en professionele vaardigheden en andere elementen.

Ten aanzien van de vraag of het hanteren van een voorkeursbeleid bij meervoudig onderhands aanbesteden passend is binnen de objectieve criteria lopen de zienswijzen uiteen. Enerzijds wordt gesteld dat het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid niet in overeenstemming is met het maken van keuzes gebaseerd op objectieve criteria. Anderzijds noemt de Aw 2012 dat een aanbestedende dienst inschrijvers op gelijke wijze behandelt, maar is er geen wettelijk discriminatieverbod opgenomen ten aanzien van niet-uitgenodigde ondernemers.

De aanbestedende dienst dient zorg bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. Indien een partij stelt dat de aanbestedende dienst onvoldoende zorg heeft gedragen voor het creëren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen, maar de aanbestedende dienst kan beargumenteren dat de keuze voor de ondernemers gebaseerd is op objectieve criteria en dat daarnaast zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen is gecreëerd, uit jurisprudentie valt te verwachten dat de rechter dit terughoudend toetst. Hieruit blijkt het belang voor het IPG om de keuze voor de ondernemers niet alleen op objectieve criteria te kunnen motiveren, maar ook in het kader van het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.

Ad 3 De wijze van ondernemersselectie

Voor een aanbestedende dienst over kan gaan tot ondernemersselectie dient zij per opdracht te bekijken wat de relevante aspecten van het inkoopbeleid zijn, welke beleidsdoelen kunnen worden nagestreefd en een marktonderzoek te verrichten. De toelichting bij de wet schrijft voor dat een aanbestedende dienst bij enkelvoudig en meervoudig onderhandse aanbestedingen in ieder geval een shortlist opstelt waarop voldoende mogelijke aanvragers staan om een adequate mededinging te garanderen. Ook kan de aanbestedende dienst gebruik maken van een systemen waarbij een lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers tot stand komt.

In dit onderzoek wordt onder groslijst verstaan een 'systeem waarbij een lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers tot stand komt.' Systemen om de lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers tot stand te brengen zijn loting, roulering, ranking of door middel van het bakjesprincipe.

Het hanteren van een groslijst is passend bij regelmatig terugkerende onderhandse opdrachten. Bij eenmalige meervoudig onderhandse opdrachten volstaat een eenmalige aanpak en bij zeer regelmatig terugkerende opdrachten kan er voor een raamovereenkomst gekozen worden. Het opstellen en onderhouden van een groslijst is een arbeidsintensief proces.

Het hanteren van een groslijst is niet wettelijk verplicht, het hanteren van een shortlist waarop voldoende mogelijke aanvragers staan om een adequate mededinging te garanderen, wel. Een groslijst maakt de keuze voor de ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbesteding meer objectieverbaar en transparanter. Behalve bij meervoudig onderhandse aanbestedingen is een groslijst ook een systematiek om de keuze voor één ondernemer bij enkelvoudig onderhands aanbesteden meer objectieverbaar te maken.

Loting en roulering zijn de minst arbeidsintensieve systemen om tot een lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers te komen. Om een rankingmethode tot stand te kunnen brengen dient de aanbestedende dienst passende criteria (zoals past performance of beleidsdoelen als social return of stimuleren regionale economie) te kiezen en aan de hand daarvan ondernemers op de lijst te ranken. De criteria dienen omgezet te worden in meetbare gegevens.

Bij het hanteren van een bakjesprincipe worden ondernemers verdeeld over twee of meer fictieve bakjes. Deze bakjes kunnen verdeeld worden op basis van past performance of naar vestigingsplaats. Afhankelijk van het aantal offertes dat wordt uitgevraagd, wordt een aantal ondernemers uit het eerste en een aantal ondernemers uit het tweede bakje geselecteerd.

Van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen wordt verwacht dat zij beperkte invloed zullen hebben op ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen omdat de wijzigingen zien op bovendrempelige opdrachten. Indirect kunnen de richtlijnen wel invloed hebben op meervoudig onderhands aanbesteden zoals gezien in de percelenregeling en het hanteren van wanprestatie als uitsluitingsgrond.

Ad 4 Transparantie

Wanneer een ondernemer een schriftelijk verzoek indient voor de motivatie van de keuze voor de aanbestedingsprocedure, dan wel de ondernemers die daartoe toegelaten zijn, dan volstaat de motivering van de aanbestedende dienst om, wanneer een algemeen kenbaar beleid op deze punten is vastgesteld en bekendgemaakt en dat beleid in dit geval van toepassing is, om te verwijzen naar deze vaste gedragslijn.

Beantwoording van de centrale vraag

Bij de beantwoording van de centrale vraag kan gesteld worden dat een IPG-lid als aanbestedende dienst de juridische verplichting heeft om bij meervoudig onderhandse aanbestedingen in ieder geval een shortlist op te stellen waarop voldoende mogelijke aanvragers staan om adequate mededinging te garanderen. Daarnaast kan een IPG-lid gebruik maken van een systeem zoals loting, roulering, ranking of het bakjesprincipe waarbij een lijst met potentieel gekwalificeerde ondernemers tot stand komt. Door één van beide methodes te hanteren wordt voldaan aan het huidige wettelijke kader. De Europese aanbestedingsrichtlijnen bevatten geen directe aanwijzingen die erop zouden kunnen duiden dat door het hanteren van bovenstaande methoden van ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen niet voldaan wordt aan het toekomstig wettelijk kader.

Bovenstaande in ogenschouw genomen kunnen de volgende aanbevelingen gedaan worden: (de aanbevelingen zijn geordend op volgorde van het onderzoekspunt)

1. Aanbevelingen over de keuze voor meervoudig onderhands aanbesteden

Houd op dit moment bij de plaatsing van meervoudig onderhandse aanbestedingen rekening met een mogelijk grensoverschrijdend belang gezien de geografische ligging van de IPG-leden ten aanzien van de Duitse grens. Wanneer er sprake is van een grensoverschrijdend belang kan een aanbestedende dienst niet zonder meer over gaan tot onderhandse gunning en dient zij een passende mate van openbaarheid in acht te nemen.

2. Aanbevelingen over objectieve criteria voor de keuze voor de ondernemers

Houd bij de motivatie van de ondernemers die tot de meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure toegelaten worden, rekening met de plicht tot het creëren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. Wanneer de aanbestedende dienst kan beargumenteren dat de keuze voor de ondernemers gebaseerd is op objectieve criteria en dat daarnaast zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen is gecreëerd, valt uit jurisprudentie te verwachten dat de rechter dit terughoudend toetst. Hieruit blijkt het belang voor een IPG-lid om de keuze voor ondernemers niet alleen op objectieve criteria te kunnen motiveren, maar ook in het kader van het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor publieke middelen.

Rapporteer eigen ervaringen met ondernemers. Uit jurisprudentie is gebleken dat het volgens de voorzieningenrechter niet onredelijk is om de eigen recente ervaringen van een aanbestedende dienst mee te laten wegen in de keuze voor de uit te nodigen gegadigden. Hieruit blijkt het belang voor de IPG-leden om ervaringen met ondernemers vast te leggen.

3. Aanbevelingen over het gebruik van een groslijst

Verricht als IPG-lid afzonderlijk een praktijkgericht onderzoek onder de ondernemers en inkopers om te onderzoeken of het hanteren van een andere selectiemethode voor een bepaald inkooppakket noodzakelijk is.

Inventariseer of er binnen het IPG organisaties zijn die voor één of meer inkooppakketten een groslijst willen hanteren. In dat geval is het mogelijk om gezamenlijk een groslijstsystematiek op te zetten waarbij het IPG-lid op basis van zijn eigen beleid en de uitgangspunten van het IPG invulling aan deze groslijst geeft. (Zoals de gemeente Oost Gelre binnen de Achterhoekse gemeenten heeft gedaan)

Wanneer een IPG-lid kiest voor een groslijstsystematiek en daarbij Stad en regio wil versterken als afgeleide van het eigen beleid en de doelstellingen van het IPG dan kan gekozen worden voor het bakjesprincipe. Bij het bakjesprincipe wordt een bakje gehanteerd met ondernemers uit de regio en ondernemers buiten de regio en wordt afhankelijk van het aantal offertes, een aantal ondernemers uit het eerste bakje en uit het tweede bakje geselecteerd. Bij deze systematiek moet wel de kanttekening geplaatst worden dat het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid op gespannen voet lijkt te staan met de eis van objectiviteit. Echter is over dit onderwerp nog geen jurisprudentie ontstaan. Het is dus aan het IPG-lid om hierover een risicoanalyse te maken.

Behalve bij meervoudig onderhandse aanbestedingen is een groslijst ook een systematiek om de keuze voor één ondernemer bij enkelvoudig onderhands aanbesteden meer objectiveerbaar te maken.

4. Aanbevelingen ten aanzien van transparantie

Publiceer het inkoop- en aanbestedingsbeleid op de eigen of IPG-website. Op het moment dat een ondernemer een schriftelijk verzoek indient voor de motivatie van de keuze voor de aanbestedingsprocedure, dan wel de ondernemers die daartoe toegelaten zijn, dan volstaat de motivering om, wanneer een algemeen kenbaar beleid op deze punten is vastgesteld en bekendgemaakt en dat beleid in dit geval van toepassing is, om te verwijzen naar deze vaste gedragslijn.

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie over de selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen. Dit onderzoeksrapport is de afsluiting van mijn vierjarige HBO Rechtenstudie aan de Hanzehogeschool te Groningen. In februari 2015 ben ik gestart met het schrijven van het onderzoeksrapport, in juni 2015 heb ik dit onderzoeksrapport afgerond.

In opdracht van het Inkoop Platform Groningen heb ik dit onderzoeksrapport geschreven. In dit rapport geef ik aanbevelingen aan het IPG over de selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen.

In samenspraak met mijn praktijkbegeleider de heer Henk Steenge, mijn afstudeerdocente mevrouw Geke Werkman-Bouwkamp, lector de heer Walhof en docentonderzoekers de heer Marius van der Woude en de heer Struber van het Lectoraat Inkoopmanagement is de onderzoeksopzet tot stand gekomen. Met behulp van hun inzet heb ik een goede start bij het schrijven van mijn onderzoeksrapport gehad.

Mijn onderzoeksrapport heb ik geschreven bij de afdeling Inkoop van Noorderpoort, waar mijn praktijkbegeleider de heer Henk Steenge, manager van is. Het daadwerkelijk onderdeel vormen van een afdeling heb ik als zeer leerzaam, zeer motiverend en zeer gezellig ervaren. Ik wil de medewerkers van de afdeling Inkoop van het Noorderpoort bedanken voor het beantwoorden van al mijn vragen, hun behulpzaamheid, de gezelligheid en de talloze koppen koffie.

Ik wil Henk Steenge bedanken voor zijn gastvrijheid om mijn scriptie bij zijn afdeling te mogen schrijven, de vele informatie waar hij mee geholpen heeft, zijn enthousiasme, de goede tips en connecties die hij heeft. Henk Steenge heeft mij volledig opgenomen in zijn afdeling en heeft mij overal bij betrokken en dit vond ik erg waardevol.

Geke Werkman-Bouwkamp wil ik graag bedanken voor haar onaflatende enthousiasme over mijn scriptieonderwerp. Tijdens de voortgangsafspraken heeft zij mij aangestoken met haar enthousiasme en grote kennis over het aanbestedingsrecht. Dit gaf de voortgang van mijn onderzoeksrapport elke keer een flinke boost.

Ik wil de zeven respondenten bedanken voor hun tijd en hun medewerking. Bij alle respondenten ben ik gastvrij ontvangen. Ten slotte wil ik alle IPG-leden bedanken voor hun medewerking aan dit onderzoek.

Rest mij u ten slotte veel leesplezier toe te wensen,

Mirjam Renkema

Groningen, 11 juni 2015

Inhoudsopgave

1.	Inleiding.....	9
1.1	Onderzoekskader	9
1.2	Centrale onderzoeksvraag en deelvragen.....	12
1.3	Onderzoeksmodel.....	13
1.4	Leeswijzer.....	14
2.	De methodologische verantwoording	15
2.1	Het theoretische onderzoek	15
2.2	Het praktijkgerichte onderzoek.....	16
2.3	Het analysegerichte onderzoek.....	19
2.4	Terugblik op het onderzoek.....	19
3.	Het theoretische onderzoek	21
3.1	Een inleiding over meervoudig onderhands aanbesteden.....	21
3.2	Wat is vastgelegd in huidige en toekomstige wet- en regelgeving over het selecteren van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen?.....	25
3.3	Wat zeggen de aanbestedingsrechtsspecialisten over de theorie ten aanzien van de selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen?.....	39
3.4	Wat zijn de onderzoekspunten die kunnen worden vastgesteld na bestudering van de theorie?	41
4.	Het praktijkgerichte onderzoek.....	42
4.1	Welke wijze van ondernemersselectie hanteren de onderzochte organisaties bij meervoudig onderhandse aanbestedingen?.....	42
5.	Analyse van de onderzoeksresultaten.....	49
5.1	Wat zijn de belangrijkste verschillen en overeenkomsten tussen de onderzoekspunten en het praktijkgerichte onderzoek?	49
6.	Conclusies.....	51
7.	Aanbevelingen	53
8.	Literatuur- en bronnenlijst.....	55
<i>Bijlage 1</i>	<i>Een vrijwillige aanbesteding</i>	<i>59</i>
<i>Bijlage 2</i>	<i>Commissie van Aanbestedingsexperts.....</i>	<i>60</i>
<i>Bijlage 3</i>	<i>Jurisprudentie</i>	<i>61</i>
<i>Bijlage 4</i>	<i>Groslijst.....</i>	<i>66</i>
<i>Bijlage 5</i>	<i>Interviewschema aanbestedingsrechtsspecialisten</i>	<i>69</i>
<i>Bijlage 6</i>	<i>Interviewschema IPG-leden.....</i>	<i>70</i>

1. Inleiding

In de inleiding kunt u lezen over het onderzoekskader waarop dit rapport gebaseerd is en het type onderzoek wat verricht is. Daarna volgt de centrale vraag en de bijbehorende deelvragen. Vervolgens vindt u het onderzoeksmodel. Ter afsluiting van dit hoofdstuk volgt een leeswijzer.

1.1 Onderzoekskader

Een HBO-rechtenopleiding heeft als doel om praktijkgerichte juridische hbo'ers op te leiden. Ter afronding van de opleiding dient een praktijkgericht juridisch onderzoek verricht te worden. Ik verricht mijn onderzoek voor het Inkoop Platform Groningen. (hierna IPG)

Het IPG¹ is een inkoop Samenwerkingsverband tussen Rijksuniversiteit Groningen, Hanzehogeschool Groningen, Alfa-college, Onderwijsgroep Noord, Noorderpoort, DUO, Martini Ziekenhuis, Universitair Medisch Centrum Groningen, Provincie Groningen, Gemeente Groningen, Gasunie, Zorggroep Groningen, Lentis, RDW ICT- bedrijf en O2G2. De leden hebben gemeen dat zij allen grote (semi)publieke instellingen met een of meerdere locaties in of rondom de stad Groningen zijn. Het IPG heeft zichzelf 'het versterken van stad en regio, in de brede zin van het woord' als doel gesteld. Het IPG beoogt dit doel te bereiken door het formuleren van gemeenschappelijke beleidsuitgangspunten op het gebied van inkoop. Daarnaast omschrijft het IPG op haar website de volgende aanvullende doelstellingen:

- Transparantie in opdrachten aan de markt via onder meer een IPG website
- Stimuleren innovatieve wijzen van inkopen en contractvorming
- Organisatie van marktdagen
- Stimuleren minder belasting bij marktpartijen bij inschrijving op aanbestedingen door digitaal werken
- Proportioneel inkopen
- Bijeenkomsten met regio
- Stimuleren van duurzaamheid en Social Return²

Het IPG ondertekende in 2012 het actieplan 'Ondernemersvriendelijk Aanbesteden Noord-Nederland.' Het doel van het actieplan is om te komen tot een aanbestedingsbeleid dat toegankelijker en vriendelijker is voor het regionaal midden- en kleinbedrijf.

Het Inkoop Platform Groningen en het Lectoraat Inkoopmanagement van de Hanzehogeschool zijn gezamenlijk een studie gestart om te onderzoeken hoe de inkoop(functie) van de IPG-leden van kan leiden tot een zo groot mogelijke maatschappelijke impact voor de regio. Dit gezamenlijke onderzoek bestaat uit drie deelonderzoeken. Één van die deelonderzoeken is gericht op het onderzoeken van innovatieve inkoopprocedures voor het IPG en de werkwijze voor ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen maakt daarvan onderdeel uit.

Hieronder vindt u een schematische weergave van de plaatsing van dit afstudeeronderzoek in het grotere geheel.

¹ Inkoop Platform Groningen, <http://www.inkoopplatformgroningen.nl/>

² Inkoop Platform Groningen, *Activiteiten (2015)*

Figuur 2 Samenstelling overkoepelende onderzoek lectoraat en IPG



Wanneer een aanbestedingsplichtige dienst een opdracht in de markt zet met een waarde boven het Europese drempelbedrag, dan dient zij deze opdracht Europees aan te besteden. Europees aanbesteden betekent dat een aanbestedende dienst deze opdracht vooraf bekend moet maken in het Europese Publicatieblad zodat elke ondernemer uit een EU-lidstaat zich op deze opdracht kan inschrijven. Wanneer de geschatte totale waarde van de opdracht lager is dan het Europese drempelbedrag dan hoeft de opdracht in beginsel niet Europees aanbesteed te worden. Er kan dan nationaal of onderhands aanbesteed worden. De inkooprichtlijnen van de organisatie kunnen beschrijven wanneer de aanbestedende dienst van een nationale of onderhandse procedure gebruik kan maken. Bij het opstellen van de inkooprichtlijnen dient rekening gehouden te worden met hetgeen in de Gids Proportionaliteit³ is vastgesteld.

Als de aanbestedende dienst de opdracht onderhands kan gunnen, dan kan er enkelvoudig onderhands en meervoudig onderhands aanbesteed worden. Bij een enkelvoudig onderhandse aanbesteding wordt aan één aanbieder gevraagd om een offerte in te dienen. Na eventueel onderhandelen kan de opdracht geplaatst worden. Bij een meervoudig onderhandse aanbesteding vraagt de aanbestedende dienst drie tot vijf inschrijvers om een offerte in te dienen. Krachtens artikel 1.4 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012 (hierna Aw 2012) dienen de ondernemers op basis van objectieve gronden uitgekozen te worden.

Dit onderzoek richt zich specifiek op de juridische mogelijkheden voor het IPG voor selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen binnen de huidige en toekomstige wet- en regelgeving.

De uitvoering van dit onderzoek is relevant voor het IPG. Het Aanbestedingsinstituut heeft geconstateerd dat voor het jaar 2013 het aantal openbaar aangekondigde aanbestedingen ruim is gehalveerd (van ruim 3000 tot minder dan 1500) in vergelijking met het jaar 2009. Hierbij moet de opmerking geplaatst worden dat het Aanbestedingsinstituut alle openbaar aangekondigde aanbestedingen van werken en sommige aanverwante diensten heeft geanalyseerd. Door de invoering van de Aw 2012 heeft er een verschuiving plaatsgevonden van de openbare en niet-openbare procedure naar de onderhandse procedure.⁴

Bij dit afstudeeronderzoek is de heer Steenge als contactpersoon betrokken. De heer Steenge is hoofd Centrale Inkoop van Noorderpoort. Nu het IPG geen fysieke locatie heeft, heeft de heer Steenge mij een werkplek aangeboden om mijn onderzoek te kunnen verrichten. Bij dit onderzoek zullen tevens enkele IPG-leden betrokken zijn.

³ Gids Proportionaliteit

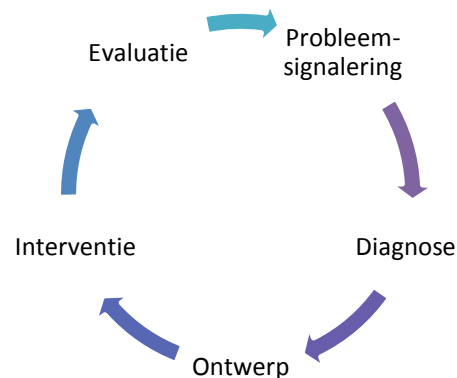
⁴ PIANOo, *Aanbestedingsanalyse 2013 'Voor de baat uit, resultaten 1 jaar Aanbestedingswet'*

Een eerste vooronderzoek is uitgevoerd door mevrouw G. Werkman en docentonderzoeker de heer van der Woude. Dit onderzoek is geresulteerd in een presentatie voor het IPG met als titel: *‘Hoe kom je bij ons op de lijst?’* Dit onderzoek duidt op het gebruik van een groslijst bij meervoudig onderhandse aanbestedingen.

Voor de totstandkoming van de onderzoeksopzet is een gesprek gevoerd met lector de heer Walhof en docentonderzoekers de heer van der Woude en de heer Struber van het Lectoraat Inkoopmanagement. Hierbij was docentonderzoekster mevrouw Werkman-Bouwkamp ook aanwezig. Ook heb ik gezamenlijk met mevrouw Werkman-Bouwkamp en de heer Steenge om de tafel gezeten om tot een onderzoeksopzet te kunnen komen.

De doelstelling voor dit onderzoek luidt als volgt: *‘Het doen van aanbevelingen over de juridische mogelijkheden voor het IPG ten aanzien van de selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen door middel van bestudering van juridische bronnen, een ondervraging van specialisten over de huidige en toekomstige wetgeving op het gebied van aanbestedingsrecht, het onderzoeken van de werkwijze van enkele IPG-leden, het vergelijken van de werkwijze van het IPG met een vergelijkbare inkoopkring en aan de hand daarvan inzicht te geven in de invulling van deze werkwijze binnen de huidige en toekomstige wettelijke kaders.’*

Om duidelijkheid te scheppen in welke fase mijn onderzoek zich bevindt maak ik gebruik van de onderstaande interventiecyclus.



Dit onderzoek geeft inzicht in de juridische mogelijkheden bij het selecteren van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen. Dit onderdeel bevindt zich in de diagnostische fase, vanuit deze fase kunnen oorzaken leiden tot een oplossing. Het doen van aanbevelingen omtrent het selecteren van ondernemers bij onderhandse aanbestedingen bevindt zich in de ontwerpfase. Vanuit deze fase wordt gekeken naar een oplossing en worden aanbevelingen omtrent de huidige werkwijze gedaan.

1.2 Centrale onderzoeksvraag en deelvragen

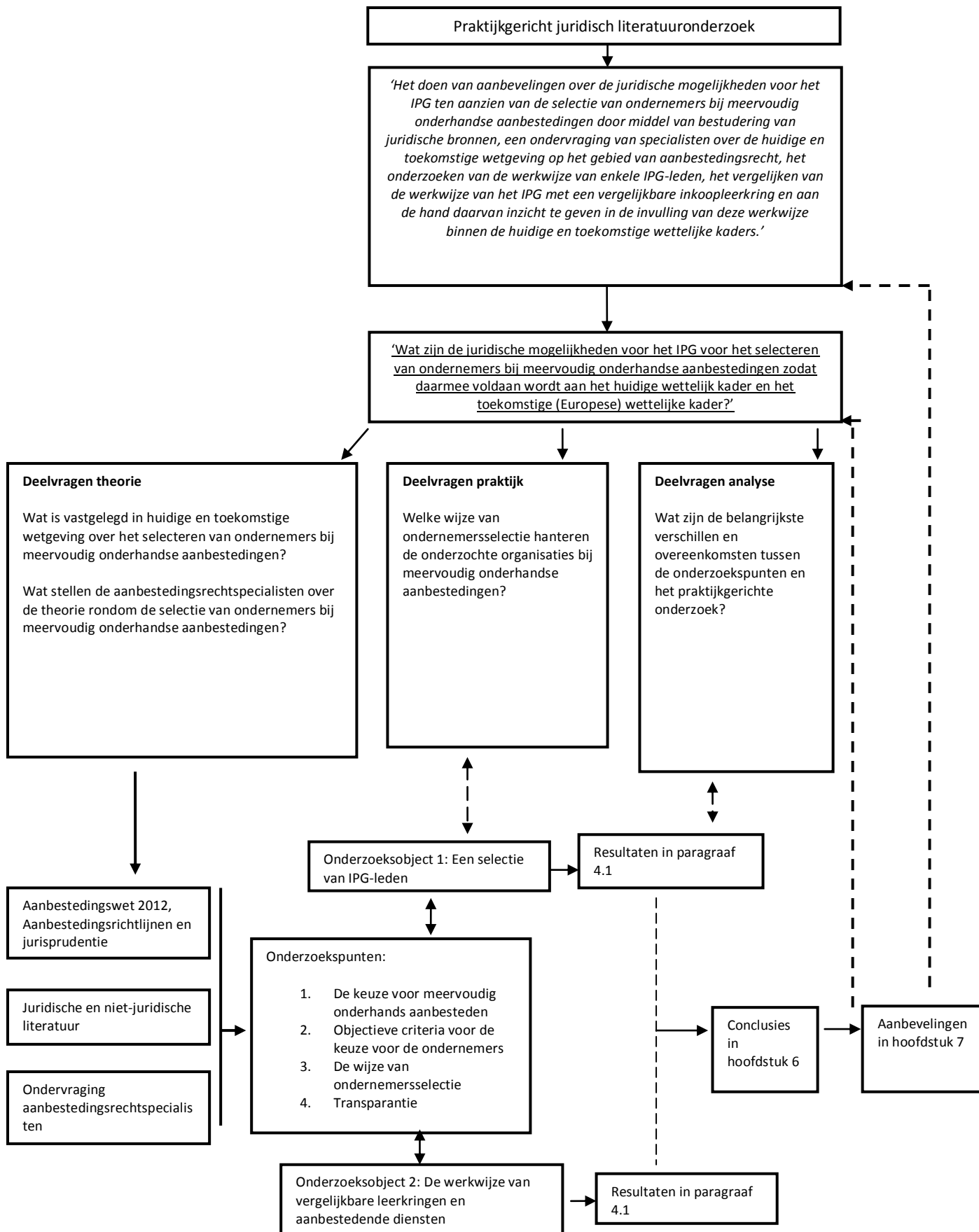
In dit onderzoek ga ik antwoord geven op de volgende centrale vraag: *‘Wat zijn de juridische mogelijkheden voor het Inkoop Platform Groningen voor het selecteren van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen zodat daarmee voldaan wordt aan het huidige wettelijk kader en het toekomstige (Europese) wettelijk kader?’*

Met behulp van deelvragen beantwoord ik centrale vraag. In dit onderzoek onderscheid ik drie verschillende typen deelvragen.



1.3 Onderzoeksmodel

Voor de uitvoering van dit onderzoek maak ik gebruik van onderstaand onderzoeksmodel.



1.4 Leeswijzer

Om de leesvriendelijkheid van dit onderzoeksrapport te vergroten heb ik een leeswijzer opgesteld.

- In het eerste hoofdstuk, waar de leeswijzer een onderdeel van is, wordt het onderzoekskader uiteengezet. In het onderzoekskader hebt u meer over het onderwerp van dit afstudeeronderzoek kunnen lezen.
- Hoofdstuk 2 gaat over de methodologische verantwoording van het onderzoek. In dit hoofdstuk wordt uitgelegd welke keuzes gemaakt zijn tijdens het theoretische onderzoek en het praktijkgerichte onderzoek.
- In het derde hoofdstuk wordt de theoriegerichte onderzoek behandeld.
- Onder het vierde hoofdstuk kunt u de gegevens uit het praktijkgerichte onderzoek vinden.
- Bij hoofdstuk 5 kunt u meer lezen over de analyses.
- Hoofdstuk 6 beschrijft de conclusies die getrokken kunnen worden na bestudering van de theorie en praktijk.
- In hoofdstuk 7 worden de conclusies vormgegeven in concrete aanbevelingen voor het IPG.
- De bronvermelding is het slotstuk van dit onderzoek en die is te lezen in hoofdstuk 8.

2. De methodologische verantwoording

In dit hoofdstuk worden de tijdens het onderzoek gemaakte keuze verantwoord. Het onderzoek is in drie componenten te verdelen te weten het theoretische onderzoek, het praktijkgerichte onderzoek en het analysegerichte onderzoek. In de paragrafen kunt u per component de verantwoording vinden. Ter afsluiting vindt u mijn reflectie op het onderzoek.

2.1 Het theoretische onderzoek

Dit onderzoek richt zich specifiek op de meervoudig onderhandse aanbestedingen. Echter wil dat niet zeggen dat de theorie over meervoudig onderhandse aanbestedingen niet relevant is voor enkelvoudig onderhandse aanbestedingen. In de theorie wordt hier ook kort aan gerefereerd.

Het theoretische onderzoek ben ik gestart met bestudering van de relevante literatuur. Onder literatuur wordt in dit onderzoek verstaan; wet- en regelgeving, kamerstukken, jurisprudentie, juridische boeken, tijdschriftartikelen en annotaties.

Met betrekking tot de relevante regelgeving over dit onderwerp ben ik teruggevallen op de Aw 2012 en de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Omdat het aanbestedingsrecht dynamisch is, is het van belang om de huidige stand van zaken ten aanzien van wet- en regelgeving te beschrijven. Ten tijde van het schrijven van dit onderzoek (februari 2015 tot en met juni 2015) was de Aw 2012 geldende regelgeving. De Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn aangenomen en in maart 2015 gaf het Ministerie van Economische Zaken ieder de gelegenheid om zijn mening te geven over het conceptwetsvoorstel tot Wijziging van de Aw 2012.⁵ Deze internetconsultatie is op 5 mei jongstleden gesloten.

Naast wet- en regelgeving bestudeerde ik de overige literatuur. De zoektocht naar de overige literatuur ben ik begonnen aan de hand van handboeken voor aanbestedingsrecht. In die handboeken vond ik de uitgangspunten van het aanbestedingsrecht en kon ik informatie vinden over de huidige aanbestedingswet. De literatuur over de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen heb ik via internet en in tijdschriften kunnen vinden. De veranderingen in het aanbestedingsrecht zijn nog niet opgenomen in boeken, maar al wel in internetpublicaties en tijdschriftartikelen. De tijdschriftartikelen welke ik gebruikt heb zijn geplaatst in gerenommeerde tijdschriften zoals het Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht, Tijdschrift voor Bouwrecht en de CoBouw. Bij de internetartikelen heb ik goed gekeken naar de deskundigheid van de schrijver. Daarbij keek ik naar eerdere publicaties, specialisme en ervaring.

Naast literatuur vormen ook de interviews met de twee aanbestedingsrechtsspecialisten een onderdeel van het theoretische onderzoek. Ik ben met de twee specialisten in contact gekomen omdat zij connecties zijn van mijn praktijkbegeleider, dhr. Steenge. Mijn praktijkbegeleider heeft goede ervaringen met beide advocaten. Door twee specialisten te interviewen was het mogelijk om de gegeven antwoorden met elkaar te vergelijken. Deze vergelijking is interessant op het moment dat de twee specialisten elkaar tegenspreken, maar ook op het moment dat zij het eens zijn. Het plan was om de interviews met de specialisten als praktijkgerichte component te gebruiken in mijn onderzoek. In dat geval had ik eerst de theorie moeten onderzoeken, dan de specialisten te interviewen en vervolgens de IPG-leden te ondervragen. Door verkeerde planning mijnerzijds heb ik de interviews met de IPG-leden eerder afgenomen dan dat ik de specialisten geraadpleegd heb.

⁵ Wetsvoorstel Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU

Dat leidt ertoe dat hetgeen ik aan de informatie die ik vanuit de interviews met de aanbestedingsrechtsspecialisten verkregen heb, niet uitdrukkelijk meegenomen is in het praktijkgerichte onderzoek, maar een verscherping van de theorie vormt. Anderzijds onderzoek ik in het praktijkgerichte onderzoek werkwijzen van verschillende organisaties en heeft de theorie van de aanbestedingsrechtsspecialisten weinig invloed op de werkwijzen van de onderzochte organisaties.

De aanbestedingsrechtsspecialisten heb ik ondervraagd met behulp van een deskundigeninterview. Beide advocaten zijn door opleiding, praktijkvoering en nevenactiviteiten als deskundige op het gebied van het aanbestedingsrecht aan te merken.

De eerste specialist op het gebied van aanbestedingsrecht is mr. dr. A. van Heeswijck. Hij is als advocaat werkzaam bij Plas/Bossinade te Groningen en is in 2014 gepromoveerd op het gebied van aanbestedingsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zijn promotieonderzoek ging over de rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures. Tevens is mr. dr. van Heeswijck annotator van het tijdschrift Jurisprudentie Aanbestedingsrecht.

De tweede specialist op het gebied van aanbestedingsrecht is mr. A.L. Appelman, werkzaam bij De Haan advocaten te Zwolle. Naast zijn werkzaamheden als advocaat is mr. Appelman lid van de deelwerkgroep Evaluatie Aanbestedingswet 2012. Deelwerkgroep 2 heeft zich geconcentreerd op de keuzemogelijkheden die de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn biedt aan de Nederlandse Wetgever. Deelwerkgroep 2 heeft zich hierbij de vraag gesteld welke keuzemogelijkheden de Nederlandse wetgever wel en niet zou moeten overnemen.⁶

Met behulp van de deskundigeninterviews heb ik (praktijk)informatie verkregen waarover ik zonder het houden van de interviews, moeilijk zou kunnen beschikken. De interviews heb ik opgenomen en daarna woordelijk uitgetypt. Vervolgens heb ik de uitwerkingen gemarkeerd en gecodeerd, wat heeft geleid tot enkele subonderwerpen. De bevindingen over deze subonderwerpen heb ik in hoofdstuk 3 uiteengezet.

2.2 Het praktijkgerichte onderzoek

Bij de beantwoording van de praktijkgerichte deelvraag zijn de werkwijzen ten aanzien van ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen van vier organisaties onderzocht. Hieronder vindt u de verantwoording van de gemaakte keuzes per organisatie geordend.

2.2.1 Interviews met IPG-leden

In de afstudeervoorbereiding heb ik in overleg met dhr. Steenge ervoor gekozen om niet alle veertien IPG-leden te gaan interviewen. Dit omdat het interviewen erg tijdrovend is en mijn onderzoek een groter theoretisch component dan een praktisch component kent.

Om een realistisch beeld van de werkwijze van de IPG-leden te kunnen schetsen heb ik ervoor gekozen om de helft van de IPG-leden te interviewen en zo divers mogelijke organisaties uit te kiezen.

De diversiteit van de IPG-leden blijkt onder meer uit het gegeven dat niet alle leden aanbestedingsplichtig in de zin van artikel 1.1 Aw 2012 zijn.

⁶ Rapportage Werkgroep Evaluatie Aanbestedingswet 2012

Het merendeel van de IPG-leden is een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1.1 Aw 2012. De provincie en de gemeente worden expliciet in het artikel genoemd. DUO, UMCG, Rijksuniversiteit Groningen, Hanzehogeschool Groningen, Alfa-college, Onderwijsgroep Noord, Noorderpoort, Gasunie, RDW ICT bedrijf en O2G2 zijn als publiekrechtelijke instellingen aan te merken. Het Martini Ziekenhuis, Zorggroep Groningen en Lentis zijn geen aanbestedende diensten in de zin van de Aw 2012. Voor zover zij aanbestedingsprocedures volgen doen zij dit vrijwillig. Deze vrijwilligheid brengt echter met zich mee dat zij de aanbestedingsrechtelijke beginselen onder omstandigheden⁷ in acht moeten nemen tijdens een aanbesteding. In bijlage 1⁸ kunt u hier meer over lezen.

In dit onderzoeksrapport heb ik de werkwijzen van zeven aanbestedingsplichtige IPG-leden onderzocht. De aanbestedingsrechtelijke beginselen kunnen onder omstandigheden ook van toepassing zijn op niet-aanbestedende diensten die een vrijwillige aanbesteding doen. Daarom zijn de aanbevelingen in die rapport ook voor hen van belang.

Met behulp van mijn praktijkbegeleider heb ik zeven organisaties uitgekozen, een organisatie met een uitgesproken inkoopbeleid, een organisatie met een minder uitgesproken inkoopbeleid, een zelfstandig bestuursorgaan, een meer politieke organisatie, een minder politieke organisatie, en een inkoopuitvoeringscentrum. De organisaties welke ik geïnterviewd heb zijn allen aanbestedende diensten. Ik heb getracht een afspraak te maken met een niet-aanbestedingsplichtig IPG-lid maar omwille van tijd is het niet gelukt. Daarom heb ik ervoor gekozen om mijn zevende interview af te nemen bij een aanbestedende dienst welke zich wel in een ander gebied (zorg) begeeft.

Ik heb zeven halfgestructureerde interviews afgenomen bij leidinggevende inkoopers van de IPG-leden. In die interviews heb ik vragen gesteld over de werkwijze van IPG-leden bij de selectie van ondernemers bij onderhandse aanbestedingen. Ik heb gekozen voor het afnemen van interviews en niet voor het gebruik van enquêtes omdat ik het belangrijk vond om de mogelijkheid te hebben om door te kunnen vragen als mij iets niet geheel duidelijk was. Ook had ik tijdens het interview de mogelijkheid om voorbeelden te kunnen vragen. Ik besef mij dat deze onderzoeksmethode tijdrovend is en dat het soms lastig is om antwoorden te verwerken omdat de beantwoording van de vragen niet helemaal vergelijkbaar is. Ik wilde de werkwijze van een organisatie onderzoeken en ik ben van mening dat een werkwijze beter tot zijn recht komt in een interview dan in een enquête.

Een halfgestructureerd interview kenmerkt zich door een vooraf opgestelde lijst met vragen, waarbij de interviewer tijdens het interview alle ruimte heeft om te reageren op wat er gezegd wordt.⁹ Ik heb voor het afnemen van halfgestructureerde interviews gekozen omdat ik op deze manier gemakkelijker kan vergelijken wat elke geïnterviewde over een bepaald onderwerp heeft gezegd. Omdat ik geen inkoop ben maar een hbo jurist, vond ik het belangrijk om de mogelijkheid te hebben om door te kunnen vragen als iets mij niet duidelijk was en voorbeelden ter illustratie te vragen. Ook heb ik tijdens het interview getracht om de geïnterviewde zoveel mogelijk uit zichzelf te laten vertellen over de werkwijze.

Ter voorbereiding van de interviews heb ik het (al dan niet) aanwezige aanbestedingsbeleid gelezen. Voorafgaand aan de interviews had ik een vragenlijst opgesteld. Deze vragenlijst bestaat voornamelijk uit open vragen. Hier is voor gekozen omdat om de werkwijze van de IPG-leden te kunnen onderzoeken het noodzakelijk was om de geïnterviewde zelf te laten vertellen. Ik heb daarvoor een interviewschema¹⁰ opgesteld welke u in bijlage 6 kunt vinden.

⁷ ECLI:NL:RBDHA:2013:18500 (*Mammoet/Stichting Middin*)

⁸ Bijlage 1, *Een vrijwillige aanbesteding*

⁹ Glabbeek, 2012 (p. 168)

¹⁰ Glabbeek, 2012 (p. 170)

2.2.2 Bestudering van de door PIANOo aangewezen werkwijze

In het praktijkgerichte onderzoek wordt door middel van deskresearch ook gekeken naar de door PIANOo aangewezen werkwijze voor het selecteren van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen.¹¹ In eerste instantie had ik de handreiking onder het theoretisch onderzoek behandeld maar omdat de handreiking een praktische uitwerking van de theorie vormt, is deze onder het praktijkgerichte onderzoek opgenomen. Door middel van deskresearch naar de door PIANOo aangegeven werkwijze wordt inzichtelijk hoe een aanbestedende dienst een groslijstmethodiek in kan richten.

2.2.3 Bestudering van de werkwijze van de provincie Fryslân

Door middel van deskresearch is onderzoek gedaan naar de werkwijze van ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen bij de provincie Fryslân. Ik heb gekozen voor de werkwijze van de provincie Fryslân omdat ik via internet in aanraking kwam met een recente evaluatie¹² van hun groslijstsystematiek. Door die evaluatie, waarin ook de meningen van aannemers betrokken werden werd ik nieuwsgierig naar de werkwijze van de provincie Fryslân en heb ik ervoor gekozen om een uitwerking van de werkwijze van de provincie Fryslân op te nemen in het praktijkgerichte onderzoek. Door middel van deskresearch naar de werkwijze van de provincie Fryslân wordt inzichtelijk hoe een groslijstmethodiek ingericht kan worden.

2.2.4 Interview met gemeente Oost-Gelre, deelnemer van de Achterhoekse Gemeenten

Voor het praktijkgerichte onderzoek wilde ik een vergelijkbaar inkoopsamenwerkingsverband interviewen en ondervragen over hun wijze van ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen. Het vinden van een vergelijkbaar inkoopsamenwerkingsverband was niet gemakkelijk. Veelal ging het om homogene inkoopsamenwerkingsverbanden van alleen gemeenten of waterschappen.

Na enige tijd kwam ik in aanraking met Bizob. Bizob is een samenwerkingsverband in Zuidoost-Brabant. Wat voor mij de doorslag gaf om Bizob te ondervragen was dat Bizob veelal met afzonderlijke inkooptrajecten werkt en toch een zogenaamde 'supergroslijst' hanteert.¹³ Toen ik de secretaresse telefonisch naar de groslijst vroeg gaf zij aan daarmee niet bekend te zijn. Ook op de website van Bizob kon geen informatie gevonden worden over de wijze van ondernemersselectie. Hieruit blijkt dan ook het belang voor een aanbestedende dienst om duidelijk te zijn over de wijze van ondernemersselectie bij onderhandse aanbestedingen.

De secretaresse bracht mij via via in contact met een concern inkoper en ook deze gaf aan mij niet meer over de groslijst te kunnen vertellen. Hij had wel een contact bij de gemeente Oost Gelre welke meer zou kunnen vertellen over de groslijstsystematiek van de Achterhoekse gemeenten. Om die reden ben ik in aanraking gekomen met de gemeente Oost Gelre en 'de Achterhoekse gemeenten.' De groslijstensystematiek van de Achterhoekse gemeenten richt zich op de aan aanbesteding en gunning van onderhandse aanbestedingen in zeven Achterhoekse gemeenten, te weten Oost Gelre, Doetinchem, Montferland, Oude IJsselstreek, Winterswijk, Bronckhorst en Doesburg.

¹¹ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015)

¹² Provincie Fryslân, *Magazine Infra-info. Infraprojecten in beeld*, rapportage februari 2015

¹³ PIANOo, *Verslag regionale bijeenkomst 'Hoe besteed ik MKB-vriendelijk aan?'* (2014)

De gemeenten hebben gezamenlijk een notitie voor de totstandkoming van een groslijstsystematiek gemaakt, maar hanteren per gemeente eigen groslijsten. In een telefonisch interview heb ik gesproken met de inkoopcoördinator van de gemeente Oost Gelre.

2.3 Het analysegerichte onderzoek

Voor het analysegerichte onderzoek heb ik de onderzoekspunten uit de theorie vergeleken met de informatie uit de praktijk. Per onderzoekspunt ben ik de uitkomsten van het praktijkgerichte onderzoek gaan scannen en heb ik relevante informatie gemarkeerd. Deze relevante informatie is uiteengezet onder het analysegerichte onderzoek en dat heeft geleid tot de conclusies en aanbevelingen.

2.4 Terugblik op het onderzoek

Over het algemeen heb ik de afstudeerperiode als zeer leerzaam ervaren. Na drieënhalf jaar van studeren en het doorlopen van een meewerkstage had ik het gevoel 'losgelaten' te worden tijdens mijn afstudeeronderzoek. In het begin vond ik het best lastig om te wennen aan de rol als studentonderzoeker. De verhouding tussen de praktijkbegeleider en studentonderzoeker is wezenlijk anders dan de verhouding tussen de praktijkbegeleider en de meewerkstagiair. In de huidige rol als studentonderzoeker wordt meer zelfstandigheid gevraagd.

Ik heb tijdens mijn afstudeerperiode veel gezien en geleerd. Ik heb bij veel organisaties mijn vragen mogen stellen en een 'kijkje in de keuken' mogen nemen. Dit heb ik als erg leerzaam ervaren, het is een verbreding van mijn onderzoek geweest.

In het begin vond ik het moeilijk om te wennen aan de dynamiek van het onderzoek doen. Van te voren verwacht je dat je het onderzoek op een bepaalde manier zult invullen en al snel blijkt dat bijvoorbeeld je vragen toch niet zo relevant zijn, de theorie toch anders is dan je vooraf verwachtte en dat je dus constant blijft bijschaven. Aan de ene kant wil je vasthouden aan de oorspronkelijke plannen en ideeën zoals vormgegeven in de oorspronkelijke onderzoeksopzet en anderzijds moet je soms die plannen en ideeën bijschaven op basis van voortschrijdend inzicht. Er zullen altijd zaken zijn die je achteraf beter anders had kunnen doen.

Ik was mij niet bewust een balans te vinden tussen het zelfstandig verrichten van onderzoek en het betrekken van input van de organisatie bij mijn onderzoek. Dit op basis van mijn perfectionisme en het niet tot last willen zijn van andere mensen. In de laatste week voor het inleveren van het onderzoeksrapport heb ik dit ervaren. Dit was confronterend voor mijzelf. Aan het einde van het onderzoek moest ik concluderen dat ik de verkeerde verhouding had gehanteerd tussen het zelfstandig werken enerzijds en het betrekken van input van de organisatie bij mijn onderzoek anderzijds. Achteraf had ik meer reflectie moeten vragen van mijn praktijkbegeleider en meer moeten delen met mijn praktijkbegeleider. In dat geval heb ik meer input gehad voor mijn onderzoek vanuit de organisatie wat nog relevant voor de aanbevelingen had kunnen zijn. Ik heb ervaren dat ik me bewust moet zijn om een goede balans te vinden tussen zelfstandig werken en het betrekken van de afstudeerorganisatie. Het meer betrekken van de omgeving geeft meerwaarde aan het onderzoek. Dit is een leerpunt waar ik mee verder kan.

Als ik mijn onderzoek opnieuw zou mogen doen, dan had ik minder tijd besteed aan het juridisch achtergrondkader. Ik had verwacht dat ik me veel in moest lezen in de materie van het aanbestedingsrecht voordat ik mijn deelvragen zou kunnen beantwoorden maar al snel bleek dat ik al redelijk wat basiskennis over het onderwerp had.

Daarnaast zou ik meteen wat concreter geschreven hebben aan de hand van de onderzoeksdoelstelling. Halverwege de afstudeerperiode liep ik wat vast en als ik dan gekeken had of de geschreven informatie relevant was voor het behalen van de doelstelling, dan had mij dat zeker werk gescheeld. Nu moest ik nog behoorlijk veel informatie schrappen en herschrijven. Mede door bovenstaande oorzaken heb ik tijd verloren die er toe geleid heeft dat ik de eerste deadline voor mijn afstudeeronderzoek niet gehaald heb.

Met de uitkomst van het onderzoek en de bijbehorende aanbevelingen ben ik gezien de omstandigheden tevreden. Ik denk dat mijn aanbevelingen voldoende concreet zijn en goed zijn vertaald naar de mogelijkheden van ondernemersselectie voor een uniek inkoopsamenwerkingsverband als het IPG. Van een baanbrekende uitkomst is geen sprake maar ik denk dat mijn aanbevelingen praktisch uitvoerbaar zijn voor het IPG.

Al met al kijk ik met positieve gevoelens terug op mijn afstudeerperiode bij het Inkoop Platform Groningen. Ik heb fijne gesprekken gehad met de inkopers van de IPG-organisaties en dat heeft mijn praktijkonderzoek verrijkt.

3. Het theoretische onderzoek

In dit hoofdstuk worden de theoretische deelvragen per paragraaf behandeld. In paragraaf 3.1 kunt u een inleiding vinden over meervoudig onderhands aanbesteden. In paragraaf 3.2 vindt u de beantwoording van de eerste theoretische deelvraag. In paragraaf 3.3 vindt u de uitwerking van de tweede theoretische deelvraag.

3.1 Een inleiding over meervoudig onderhands aanbesteden

Een aanbesteding is de aankoop of de verkrijging in een andere vorm van werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet.¹⁴ Wanneer in dit onderzoeksrapport gesproken wordt van een aanbesteding, wordt aan deze definitie gerefereerd.

Wanneer de opdracht van een aanbestedende dienst het Europese drempelbedrag overschrijdt dan is deze opdracht Europees aanbestedingsplichtig. Wanneer de geschatte totale waarde van de opdracht lager is dan het Europese drempelbedrag dan hoeft de opdracht in beginsel niet Europees aanbesteed te worden. Er kan dan nationaal of onderhands aanbesteed worden. De inkooprichtlijnen van de organisatie kunnen beschrijven wanneer de aanbestedende dienst van een nationale of onderhandse procedure gebruik kan maken. Bij het opstellen van de inkooprichtlijnen dient rekening gehouden te worden met hetgeen in de Gids Proportionaliteit¹⁵ is vastgesteld. Het Ministerie van Economische Zaken heeft voor de Rijksoverheid over dit onderwerp regelgeving opgesteld.¹⁶

Als blijkt dat de aanbestedende dienst de opdracht onderhands kan gunnen, dan is er de enkelvoudig onderhandse procedure en de meervoudig onderhandse procedure. Bij een enkelvoudig onderhandse aanbesteding wordt aan één aanbieder gevraagd om een offerte in te dienen. Na eventueel onderhandelen kan de opdracht geplaatst worden. Bij een meervoudig onderhandse aanbesteding vraagt de aanbestedende dienst drie tot vijf inschrijvers om een offerte in te dienen.

De volgende wetsartikelen zijn relevant bij meervoudig onderhands aanbesteden:

Artikel 1.4 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst op basis van objectieve criteria moet kiezen welke soort procedure hij gebruikt en welke ondernemer of ondernemers hij toelaat tot de desbetreffende procedure. Op schriftelijk verzoek van een ondernemer moet de aanbestedende dienst die keuze kunnen motiveren. Daarnaast moet de aanbestedende dienst zorg dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.

In artikel 1.5 Aw 2012 is het clusterverbod opgenomen. Dit houdt in dat de aanbestedende dienst opdrachten niet onnodig mag samenvoegen. Artikel 1.6 Aw 2012 schrijft voor dat de aanbestedende dienst zorg moet dragen voor een zo groot mogelijke beperking van de administratieve lasten bij de totstandkoming van de overeenkomst.

In artikel 1.15 lid 1 Aw 2012 is vastgelegd dat een aanbestedende dienst inschrijvers op gelijke wijze behandelt en in artikel 1.16 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit is het proportionaliteitsbeginsel verankerd. Het beginsel houdt in dat bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een

¹⁴ Richtlijn 2014/24/EU, artikel 1 lid 2

¹⁵ Gids Proportionaliteit

¹⁶ Circulaire 'Grensbedragen onder de Europese drempelwaarde' van 17 december 2014

overeenkomst de aanbestedende dienst, uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria stelt aan inschrijvers en inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.¹⁷

Het transparantiebeginsel speelt bij meervoudig onderhands aanbesteden vrijwel geen rol. Wanneer er bij een onderdrempelige opdracht sprake is van een bepaald of duidelijk grensoverschrijdend belang dient het voornemen tot gunning van de opdracht vooraf gepubliceerd te worden.¹⁸ In dat geval speelt het transparantiebeginsel wel een rol. Over het duidelijk grensoverschrijdend belang kunt u later meer lezen.

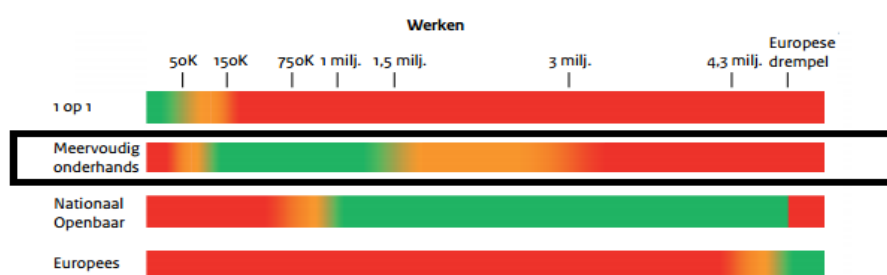
Voor aanbestedende diensten welke een bestuurorgaan zijn, geldt dat zijn bij de uitoefening van hun taken, en dus ook het aanbesteden van opdrachten, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht dienen te nemen. Onder die algemene beginselen worden onder meer het gelijkheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel en proportionaliteitsbeginsel geschaard.

Nu duidelijk is wat meervoudig onderhands aanbesteden is, dient gekeken te worden wanneer er meervoudig onderhands aanbesteed moet worden.

Volgens artikel 1.4 lid 1 sub a Aw 2012 dient de keuze voor de te volgen aanbestedingsprocedure op basis van objectieve criteria te geschieden. Voorbeelden van zulke objectieve criteria kunnen zijn het aantal inschrijvende ondernemers dat wordt verwacht en de lasten voor de inschrijvende ondernemers die bepaalde procedures met zich meebrengen.¹⁹ De aanbestedende dienst dient een gedegen onderzoek te doen naar de markt waarin de opdracht geplaatst kan worden.

De Gids Proportionaliteit is als richtsnoer aangewezen om onder meer handvatten te geven bij de keuze welke procedure het meest geschikt en proportioneel is.²⁰ Een richtsnoer is niet bindend maar wordt geacht een passende handreiking voor uiteenlopende situaties te zijn.²¹

De Gids stelt dat het van belang is om per opdracht te bezien welke procedure het meest geschikt en proportioneel is.²² Daarbij schrijft zij voor om rekening te houden met de omvang van de opdracht, de transactiekosten voor de aanbestedende dienst en de inschrijvers, het aantal potentiële inschrijvers, het gewenste eindresultaat, de complexiteit van de opdracht, het type van de opdracht en het karakter van de markt. Daarnaast stelt de Gids dat bedragen nuttig kunnen zijn om te bepalen welke procedure passend kan zijn. Deze bedragen staan opgenomen in de volgende figuur.²³



¹⁷ Artikel 1.16 lid 1 Aw 2012

¹⁸ Kuypers & Heringa, 2014 (p.148)

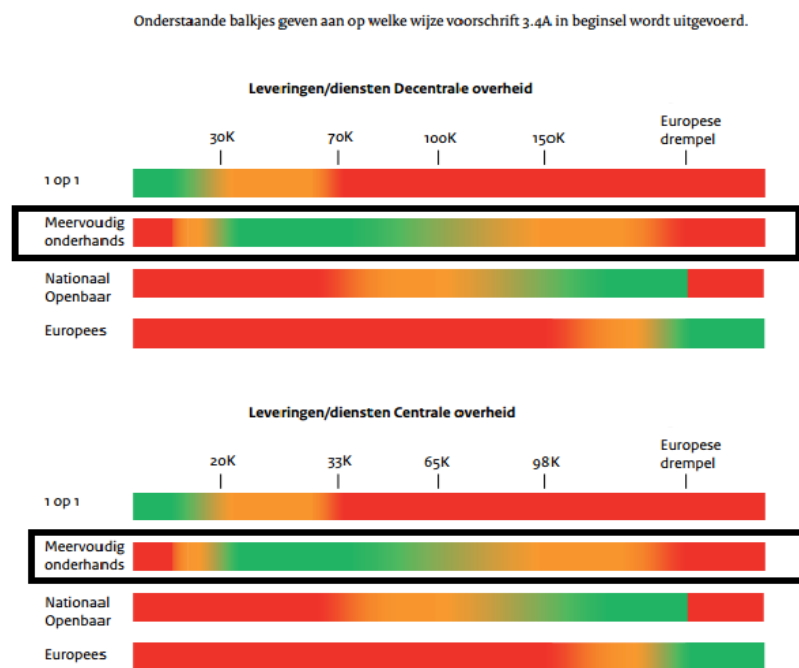
¹⁹ Fischer-Braams e.a., 2014 (p.63)

²⁰ Aanbestedingsbesluit, artikel 10 lid 1

²¹ PIANOo, Wat zijn de richtsnoeren leveringen en diensten? (2015)

²² Gids Proportionaliteit (p. 23)

²³ Gids Proportionaliteit, figuur bij voorschrift 3.4



De schrijvers van de Gids plaatsen bij bovenstaande figuren de opmerking dat het onder concrete omstandigheden soms beter is om te kiezen voor een andere procedure dan die de figuur als juiste aanwijst. De aanbestedende dienst heeft de keuze om het inkoopbeleid in overeenstemming te brengen met de Gids of een deugdelijke afweging op te nemen die een afwijking van de Gids rechtvaardigt.²⁴

Voor de Rijksoverheid is een circulaire over dit onderwerp verschenen.²⁵ Een circulaire heeft voornamelijk de strekking om aan anderen een bepaalde handelswijze te suggereren.²⁶ In de circulaire zijn de volgende grensbedragen opgenomen:

Opdracht	Grensbedrag	Aangewezen procedure
Levering of dienst	Tot €50.000,-	Enkelvoudig onderhandse procedure
	Vanaf €50.000,- tot aan de drempelwaarde	Meervoudig onderhandse procedure
	Met een duidelijk grensoverschrijdend belang	Nationale procedure
Werk	Tot €150.000,-	Enkelvoudig onderhandse procedure
	Vanaf €150.000 tot €1500.000	Meervoudig onderhandse procedure
	Vanaf €1500.000 tot aan de drempelwaarde	Nationale aanbesteding
	Met een duidelijk grensoverschrijdend belang	Nationale aanbesteding

Indien een dienst van de Rijksoverheid een aanbestedingsprocedure conform de circulaire uitkiest dan volstaat een verwijzing naar de circulaire als motivatie. De circulaire biedt de mogelijkheid om, wanneer bepaalde omstandigheden in de opdracht daartoe aanleiding geven, af te wijken van de circulaire. Wanneer een afwijkende keuze gemaakt wordt dan volstaat een verwijzing naar de circulaire, die de mogelijkheid tot afwijking biedt, als motivering niet.²⁷

In het bovenstaande schema ziet u een speciale procedure voor opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang staan. Hieronder kunt u daar meer over lezen.

²⁴ Fischer-Braams e.a., 2014 (p.64)

²⁵ Circulaire 'Grensbedragen onder de Europese drempelwaarde' van 17 december 2014

²⁶ Kamerstukken II, 1994/95, 23700, nr. 5

²⁷ Circulaire 'Grensbedragen onder de Europese drempelwaarde' van 17 december 2014

Wanneer een aanbestedende dienst een onderdrempelige opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang in de markt wil zetten dan is zij gehouden om deze opdracht met ‘een passende mate van openbaarheid’²⁸ in de markt te zetten.²⁹ Met een passende mate van openbaarheid bedoelt het Europees Hof dat er een vorm van bekendmaking aan de gunning vooraf moet gaan.³⁰ Het begrip ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’ is niet uitgewerkt in Aw 2012. Uit jurisprudentie kan afgeleid worden dat de geraamde opdrachtwaarde, de technische aard van de opdracht en de plaats van uitvoering van invloed kunnen zijn op de vraag of een opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.³¹ In de praktijk gaat het er om of de opdracht geplaatst wordt in een markt met buitenlandse opdrachtnemers of een markt waarvan duidelijk is dat buitenlandse opdrachtnemers willen toetreden.

De IPG-leden hebben allen een vestiging in of rondom de stad Groningen welke relatief dichtbij Duitsland gelegen is. De geografische ligging van de IPG-leden kan ervoor zorgen dat onder omstandigheden eerder sprake is van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Dan dient een vorm van bekendmaking aan de gunning vooraf te gaan en kan niet zonder meer tot onderhandse gunning overgegaan worden. Door bekendmaking van het voornemen tot gunnen van de opdracht wordt de hele markt van ondernemers bereikt en kan de aanbestedende dienst niet zelf de ondernemers op basis van objectieve criteria selecteren zoals bij meervoudig onderhandse aanbestedingen kan.

Dit kan onwenselijk zijn in het kader van de doelstelling van het IPG om Stad en regio te versterken.³² Bij een meervoudig onderhandse procedure heeft een IPG-lid enigszins invloed op de uitgenodigde ondernemers (welke op objectieve gronden dient te geschieden), maar bij plaatsing van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang is dat niet het geval.

Wanneer een aanbestedende dienst een keuze voor een aanbestedingsprocedure heeft gemaakt, dient zij bij meervoudig onderhandse aanbestedingen op basis van objectieve criteria te bepalen welke ondernemers zij tot de aanbesteding toelaat. Dit vraagstuk wordt onder de eerste deelvraag behandeld.

²⁸ Naar ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria*), ECLI:EU:C:2005:487 (*Coname*), ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*), ECLI:EU:C:2008:102 (*Commissie/Italië*), ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*)

²⁹ Knoups, *Vastgoedrecht 2013-2*

³⁰ ECLI:EU:T:2010:214 (rechtsoverweging 77 en 78)

³¹ ECLI:EU:C:2008:277

³² Inkoop Platform Groningen <inkoopplatformgroningen.nl>

3.2 Wat is vastgelegd in huidige en toekomstige wet- en regelgeving over het selecteren van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen?

Op verschillend niveau worden regels gegeven voor aanbestedingen. Op mondiaal niveau is er Agreement on Government Procurement.³³ Op Europees niveau zijn er de Europese aanbestedingsrichtlijnen, het VwEU en jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. Op nationaal niveau is de Aw 2012 en het Aanbestedingsbesluit de geldende regelgeving voor het plaatsen van aanbestedingen. Omdat de Europese richtlijnen van toepassing zijn op bovendrempelige opdrachten is met name de Aw 2012 en aanvullende regelgeving van belang in dit onderzoek.

Hieronder leest u hoe de huidige Aw 2012 tot stand is gekomen.

De implementatietermijn van de Europese richtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG was dermate kort dat deze richtlijnen in 2005 vrijwel letterlijk zijn geïmplementeerd in het Bao³⁴ en het Bass³⁵. Na evaluatie van deze regelingen kondigde het kabinet een eenvormiger en strakker aanbestedingskader aan. In 2006 werd een wetsvoorstel voor een nationale aanbestedingswet ingediend. Dit wetsvoorstel werd in juli 2008 verworpen.³⁶ Het aangepaste wetsvoorstel werd in februari 2012 door de Tweede Kamer aangenomen en op 30 oktober 2012 door de Eerste Kamer aangenomen. De Aw 2012 trad op 1 april 2013 in werking.³⁷

Om meer handvatten te geven over de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel is de Gids Proportionaliteit als aanvullende regelgeving opgesteld.³⁸ Aanbestedende diensten kunnen daarnaast hun eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid hanteren.

3.2.1 De totstandkoming en wetsgeschiedenis van artikel 1.4 lid 1 sub b Aw 2012

De verplichting voor een aanbestedende dienst om op basis van objectieve criteria ondernemers die toegelaten worden tot de aanbestedingsprocedure te bepalen staat in artikel 1.4 lid 1 sub b Aw 2012.

1. Een aanbestedende dienst die of een speciale-sectorbedrijf dat voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten, bepaalt op basis van objectieve criteria:
 - a. de keuze voor de wijze waarop de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen;
 - b. de keuze voor de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure**
2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid
3. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf verstrekt een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid, onderdelen a en b, bedoelde keuze.

Artikel 1.4 Aw 2012 vindt zijn ontstaan in de Nota van Wijziging van het eerste wetsvoorstel voor een nationale aanbestedingswet.³⁹ Toevoeging van het artikel moest onder meer leiden tot een meer uniform kader voor aanbestedingen onder de Europese drempelbedragen.⁴⁰

³³ World Trade Organization, *Agreement on Government Procurement* (2015)

³⁴ Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten

³⁵ Besluit aanbestedingen speciale sectoren

³⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 3

³⁷ Europa Decentraal, *Aanbestedingswet* (2015)

³⁸ *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 3 (p.6)

³⁹ *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 11

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 11 (p. 11)

Het doel van het artikel is om aanbestedende diensten te dwingen tot het maken van objectieve keuzes voordat zij een overeenkomst met een ondernemer te sluiten. Uit het artikel kunnen vier verplichtingen voor aanbestedende diensten herleid worden. De verplichting om de keuze voor de procedure op basis van objectieve criteria te maken⁴¹ is in de vorige paragraaf reeds besproken.

Met de werkingssfeer van artikel 1.4 Aw 2012 worden de verschillende situaties bedoeld waarin het artikel van toepassing is. De wetgeschiedenis vindt op deze vraag geen duidelijk antwoord maar in de toelichting van het artikel kan gevonden worden dat het artikel geldt voor alle gevallen waarin een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf voornemens is een overeenkomst te sluiten inzake het verrichten van werken, leveringen of diensten.⁴²

In dit onderzoeksrapport staat artikel 1.4 lid 1 sub b Aw 2012 centraal waarin een aanbestedende dienst op basis van objectieve criteria de keuze voor de ondernemers die toegelaten worden tot de aanbestedingsprocedure, bepaalt. Toevoeging van artikel 1.4 lid 1 sub b Aw 2012 moest eraan bijdragen dat bij onderhandse aanbestedingen verschillende ondernemers aan bod zouden komen.⁴³ Artikel 1.4 lid 1 sub b Aw 2012 heeft een beperkt toepassingsbereik op overheidsopdrachten boven de Europese drempelbedragen. In die gevallen worden Europese procedures gevolgd en komen in beginsel alle ondernemers waarop geen uitsluitingsgrond van toepassing is en die voldoen aan de geschiktheidseisen van de opdracht, in aanmerking voor gunning van die overheidsopdracht.⁴⁴

3.2.2 De objectieve criteria bij artikel 1.4 lid 1 sub b Aw 2012

In de toelichting bij de Aw 2012 staat geschreven wat volgens de wetgever objectieve criteria bij de keuze voor de ondernemers kunnen zijn. De ervaring in de desbetreffende sector, de omvang en infrastructuur van de onderneming, de technische en professionele vaardigheden en andere elementen worden in de toelichting genoemd⁴⁵

Wanneer een aanbestedende dienst kiest voor een enkelvoudig of meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure dient zij voldoende mogelijke aanvragers op een shortlist te plaatsen om goede mededinging te kunnen garanderen. Een aanbestedende dienst kan kiezen voor het gebruik van een lijstensysteem waar mogelijk geschikte ondernemers op worden geplaatst. De aanbestedende dienst kan uit die lijst van geschikte ondernemers op een objectieve, niet-discriminerende manier ondernemers selecteren welke worden uitgenodigd om een offerte in te dienen voor een specifieke opdracht.⁴⁶

Aan de verplichting voor de aanbestedende dienst om op basis van objectieve criteria de keuze voor de ondernemers die toegelaten worden tot de aanbestedingsprocedure te bepalen, hangt een risico. Wanneer een ondernemer van mening is dat de aanbestedende dienst de keuze voor de ondernemers die tot de aanbesteding toegelaten worden niet op basis van objectieve criteria heeft gebaseerd, dan kan de ondernemer bij de burgerlijke rechter een procedure op grond van onrechtmatige daad starten.⁴⁷

⁴¹ Artikel 1.4 lid 1 sub a Aw 2012

⁴² *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 11 (p. 15)

⁴³ *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 11 (p. 11)

⁴⁴ Van Heeswijck, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2014/75

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 11 (p.21)

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 11 (p.21)

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440 nr. 11 (onderdeel C)

3.2.3 Het hanteren van een voorkeursbeleid bij artikel 1.4 lid 1 sub b Aw 2012

De aanbestedende dienst lijkt bij de keuze van de ondernemers die aan de procedure meedoen een ruime keuzemogelijkheid te hebben. De Aw spreekt immers van ‘objectieve criteria’ en in de toelichting is geen limitatieve uitwerking van deze criteria opgenomen. Maar in hoeverre is het hanteren van een voorkeursbeleid voor regionale ondernemers bij meervoudig onderhands aanbesteden passend in het licht van objectieve criteria?

In een tijdschriftartikel wordt gesteld dat het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid niet in overeenstemming is met maken van een keuze gebaseerd op objectieve criteria.⁴⁸ Het wel uitnodigen van regionale ondernemers en het niet-uitnodigen van niet-regionale ondernemers kan volgens de schrijver praktisch niet in overeenstemming zijn met een keuze die gemaakt is op basis van objectieve criteria en niet-discriminerende wijze. Verder stelt de schrijver dat het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid bij onderhandse aanbestedingen niet in overeenstemming is met de doelstelling van de Europese aanbestedingsregels. De Aw 2012 noemt in artikel 1.15 lid 1 dat een aanbestedende dienst inschrijvers op gelijke wijze behandelt, maar van een wettelijk discriminatieverbod voor niet uitgenodigde ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen is geen sprake.

Hoewel het voeren van een regionaal voorkeursbeleid bij onderhandse aanbestedingen volgens de schrijver niet de voorkeur heeft, is het in sommige gevallen door de aard of de omvang wenselijk zijn om rekening te houden met de vestigingsplaats van de ondernemer. De schrijver geeft hierbij een voorbeeld: *‘Stel: een aanbestedende dienst in het noorden van Friesland zet een overheidsopdracht in de markt voor baggerwerkzaamheden. Het is een grote opdracht. Bij een dergelijke overheidsopdracht kan er gekozen worden voor het uitnodigen van ondernemers uit de omgeving van de plaats van uitvoering, omdat deze ondernemers redelijkerwijs lagere kosten berekenen dan een ondernemer uit Zuid-Limburg.’*⁴⁹ Volgens hem is dit een objectief criterium.

Naast het selecteren van ondernemers op basis van objectieve criteria dient de aanbestedende dienst rekenschap te houden met een andere verplichting, het zorg dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. In de volgende subparagraaf kunt u hierover lezen.

3.2.4 Het zorg dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen

Een aanbestedende dienst draagt, bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst, zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijk waarde voor de publieke middelen.⁵⁰ Deze verplichting lijkt in eerste instantie niet veel samenhang te hebben met de ondernemersselectie bij meervoudig onderhands aanbesteden, maar ook de plicht om te zorgen voor zo veel mogelijk maatschappelijke waarde kan meewegen in de keuze voor de ondernemers die tot de aanbestedingsprocedure toegelaten worden. Wat de wetgever met het begrip ‘maatschappelijke waarde’ heeft willen bedoelen is niet duidelijk. De Eerste Kamer vroeg zich af of met het begrip bedoeld wordt dat ‘er bij aanbesteden meer oog moet zijn voor kwalitatieve aspecten en duurzaamheid en innovatie moeten worden beloond.’ De minister antwoordde dat die interpretatie inderdaad passend was.⁵¹

⁴⁸ Van Heeswijck, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2014/75

⁴⁹ Van Heeswijck, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2014/75

⁵⁰ Artikel 1.4 lid 2 Aw

⁵¹ Van Heeswijck, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2015/22

Veel jurisprudentie over deze verplichting is er tot op heden niet. Uit de analyse van drie uitspraken van de rechtbank en een niet-bindend advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts kan volgens de schrijver geconcludeerd worden dat de rechter zich terughoudend opstelt bij het toetsen of een aanbestedende dienst zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor haar publieke middelen heeft gecreëerd.⁵²

Indien een partij stelt dat de aanbestedende dienst onvoldoende zorg heeft gedragen voor het creëren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen, maar de aanbestedende dienst kan beargumenteren dat de keuze voor de ondernemers gebaseerd is op objectieve criteria en dat daarnaast zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen is gecreëerd, is het niet ondenkelijk dat de rechter dit terughoudend toetst. Hieruit blijkt het belang voor het IPG om de keuze voor de ondernemers niet alleen op objectieve criteria te kunnen motiveren, maar ook in het kader van het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.

Wanneer een partij stelt dat de aanbestedende dienst onvoldoende zorg heeft gedragen voor het creëren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen dan wordt al snel een verband gelegd met het gunningscriterium de 'Economisch Meest Voordelige Inschrijving'.⁵³ De partij stelt dan dat de aanbestedende dienst aan dat gunningscriterium niet heeft voldaan en bijvoorbeeld heeft gegund op de laagste prijs. Wanneer een aanbestedende dienst een opdracht gunt op basis van de laagste prijs, dan zal zij op grond van artikel 2.114 lid 2 Aw 2012 moeten motiveren waarom zij dat doet. Bij die motivatie zal de aanbestedende dienst dan ook moeten voldoen aan de verplichting om zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor haar publieke middelen te creëren.⁵⁴ Latere jurisprudentie over dit onderwerp moet uitwijzen of artikel 1.4 lid 2 Aw 2012 naast artikel 2.114 Aw 2012 een zelfstandige betekenis krijgt.

3.2.5 Het op schriftelijk verzoek motiveren van de keuze voor de procedure en de keuze voor ondernemers die toegelaten worden tot die procedure

Een aanbestedende dienst dient op schriftelijk verzoek van een ondernemer de keuze voor de procedure, en de keuze voor de ondernemers die wel of niet tot de procedure zijn toegelaten, te motiveren.⁵⁵ Volgens de toelichting bij de Aw 2012 volstaat de motivering van de aanbestedende dienst om, wanneer zij een algemeen kenbaar beleid op deze punten heeft vastgesteld en bekendgemaakt en dat beleid in dit specifieke geval van toepassing is, te verwijzen naar deze vaste gedragslijn. Afwijkingen van de bekendgemaakte gedragslijn dienen individueel te worden gemotiveerd.⁵⁶

Hieruit blijkt het belang voor de IPG-leden om hierover een beleid vast te stellen en bekend te maken. Wanneer een aanbestedende dienst dat doet zal zij, wanneer het beleid in het concrete geval van toepassing is, volstaan met een verwijzing naar die gedragslijn. Wanneer het beleid in een concreet geval niet van toepassing is, dient de aanbestedende dienst een dergelijke afwijking per geval te motiveren.⁵⁷

⁵² Van Heeswijck, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2015/22

⁵³ Artikel 2.114 Aw 2012

⁵⁴ Binnenlands Bestuur, *Uitleg begrip maatschappelijke waarde*

⁵⁵ Artikel 1.4 lid 3 Aw 2012

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 11 (p.21)

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 11

3.2.6 Jurisprudentie over de selectie van ondernemers bij meervoudig onderhands aanbesteden

Bestudering van rechtspraak over ondernemersselectie bij het meervoudig onderhands aanbesteden is noodzakelijk om regelgeving over dit onderwerp in kaart te brengen. Wanneer een ondernemer een klacht over een aanbesteding heeft kan deze, naast een gang naar de rechtbank, er voor kiezen om zijn klacht neer te leggen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. Aan niet-bindende adviezen van de Commissie kan gewicht worden toegekend in een civiele procedure⁵⁸, daarom wordt een niet-bindend advies ook in deze paragraaf besproken. In bijlage 3⁵⁹ kunt u de samenvatting van de hieronder besproken uitspraken vinden.

Kan een ondernemer stellen dat niet-uitnodiging onrechtmatig was?

De rechter oordeelde: *‘Bij een onderhandse aanbesteding is de aanbestedder in beginsel vrij daarvoor zelf de partijen te selecteren die zij gelegenheid tot inschrijving biedt. Het niet-uitnodigen van een bekende gegadigde kan evenwel onder omstandigheden onrechtmatig zijn. Aangezien, gelet op het voorgaande, niet kan worden aangenomen dat Jossy Motors aan de geschiktheidseisen voldeed, is in dit geval onvoldoende gesteld om onrechtmatig handelen van Serlimar te kunnen aannemen.’*⁶⁰ Een bekende gegadigde partij kan onder omstandigheden stellen ten onrechte niet-uitgenodigd te zijn. Men kan zich voorstellen dat wanneer een opdracht in een relatief kleine markt geplaatst wordt, er sneller geoordeeld zal worden dat niet-uitnodiging van een gegadigde die bij de aanbestedende dienst bekend is, onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn.

Kan een ondernemer stellen dat de niet-uitnodiging onzorgvuldig was?

Uit die uitspraak⁶¹ kan begrepen worden dat wanneer een bestuursorgaan een procedure houdt waaraan zij op grond van de drempelbedragen en haar eigen ontbrekende aanbestedingsbeleid niet gehouden was, zij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht dient te nemen. De wijze van voorselectie van ondernemers (terloopse bespreking in ad-hoc-commissie) kan onder omstandigheden op gespannen voet staan met het zorgvuldigheidsbeginsel welke in acht moet worden genomen.⁶² Bij deze uitspraak moet gemeld worden dat Aw 2012 nog niet van toepassing was. Ook gaat het in dezen om een bestuursorgaan en bestuursorganen zijn gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder ook het zorgvuldigheidsbeginsel valt.

Kan een aanbestedende dienst schadeplichtig worden gesteld wanneer zij een partij ten onrechte niet uitnodigt?

Het Gerechtshof⁶³ oordeelde in dit geschil. Wat de rechtbank in tussenvonnis en eindvonnis oordeelde, kunt u vinden bij Bijlage 3.⁶⁴

Het Hof volgt de rechtbank ten aanzien van de stelling dat HLA uitgenodigd had moeten worden: *‘Nu de bedoeling van de uitvraag was dat in beginsel alle potentieel geïnteresseerde IT-bedrijven gelegenheid zouden hebben om een aanbieding voor de onderhavige opdracht te doen, het Kadaster wist dat HLA bij uitstek actief was op dit terrein en niet is gebleken van redenen om HLA bij voorbaat uit te sluiten, moet worden geoordeeld dat het Kadaster onrechtmatig heeft gehandeld door HLA buiten de uitvraag te houden.’*⁶⁵

⁵⁸ Zie bijlage 2, *Commissie van Aanbestedingsexperts*

⁵⁹ Bijlage 3, *Jurisprudentie*

⁶⁰ ECLI:NL:OGHACMB:2014:58 (*Jossy Motors/Serlimar*) (rechtsoverweging 4.6)

⁶¹ ECLI:NL:RBSGR:2012:BY8867 (*Bergingscentrale Bollenstreek/Politieregio Hollands Midden*)

⁶² ECLI:NL:RBSGR:2012:BY8867 (*Bergingscentrale Bollenstreek/Politieregio Hollands Midden*)(rechtsoverweging 4.1)

⁶³ ECLI:NL:GHARL:2014:5475 (*Kadaster/HLA*)

⁶⁴ Bijlage 4, *Jurisprudentie*

⁶⁵ ECLI:NL:GHARL:2014:5475 (*Kadaster/HLA*) (rechtsoverweging 3.7)

Daarna buigt het Hof zich over de vraag of Kadaster schadeplichtig is. *‘Als uitgangspunt geldt dat alleen een vergoedingsplicht bestaat wanneer een gegadigde aannemelijk weet te maken dat hij de opdracht zou hebben verworven indien de opdrachtgever conform de toepasselijke voorschriften zou hebben gehandeld (in dit geval: indien het Kadaster HLA wel zou hebben uitgenodigd deel te nemen aan de onderhandse aanbestedingsprocedure). Het hof is van oordeel dat HLA onvoldoende heeft gesteld om aannemelijk te kunnen achten dat de opdracht aan haar gegund had moeten worden.’*⁶⁶ Het Hof concludeert dus dat het niet-uitnodigen van HLA onrechtmatig was, maar dat het Kadaster niet schadeplichtig is jegens HLA.

Dit vonnis is geruchtmakend in de aanbestedingspraktijk omdat voorheen niet helemaal duidelijk was of een aanbestedende dienst kan worden verplicht om een bepaalde geïnteresseerde partij uit te nodigen bij een onderhandse aanbestedingsprocedure.⁶⁷ Ondernemers welke niet-uitgenodigd zijn terwijl het bij de aanbestedende dienst kenbaar was dat zij geïnteresseerd zouden zijn, hebben dus een zware bewijsplicht met betrekking tot een eventuele schadevergoeding. Een plicht tot schadevergoeding kan pas ontstaan wanneer de ten onrechte niet uitgenodigde partij weet te bewijzen dat zij de opdracht daadwerkelijk gegund zou hebben gekregen, indien zij wel tot de procedure mee had mogen doen.⁶⁸

Is een aanbestedende dienst verplicht om eerder uitgenodigde inschrijvers bij een heraanbesteding uit te nodigen?

De rechter stelde dat een aanbestedende dienst in beginsel is gehouden om inschrijvers die zij eerder had uitgenodigd voor een aanbestedingsprocedure, ook voor de heraanbesteding uit te nodigen.⁶⁹ Indien er een goede reden is op grond waarvan een eerdere deelnemer niet meer uitgenodigd hoeft te worden, dan hoeft deze inschrijver bij de heraanbesteding niet meer uitgenodigd te worden. De stichting voerde aan *‘dat zij Van Driesten niet meer heeft uitgenodigd omdat uit haar eerdere inschrijving bleek dat zij een percentage van 80% van het uit te voeren werk zou uitbesteden aan onderaannemers. Volgens Trivium is dat onwenselijk omdat een zo hoog percentage de kans op vertraging in de uitvoering van het werk zodanig vergroot dat, gezien de beperkte tijd waarbinnen de verbouw/nieuwbouw van de school moet worden gerealiseerd, niet van haar verlangd kan worden Van Driesten opnieuw uit te nodigen.’*⁷⁰

De rechter concludeerde dat de door de stichting aangevoerde reden niet afdoende is om Van Driesten niet uit te nodigen. Ook het standpunt dat de heraanbesteding om een (geheel) gewijzigde opdracht gaat, heeft de stichting niet aannemelijk kunnen maken. De rechter wijst de vordering van Van Driesten toe.

Wanneer een aanbestedende dienst tot heraanbesteding overgaat dient zij in beginsel de eerder uitgenodigde inschrijvers ook uit te nodigen voor de heraanbesteding. Dit geldt, tenzij er een goede reden is op grond waarvan de aanbestedende dienst de eerdere inschrijver niet meer hoeft uit te nodigen.

⁶⁶ ECLI:NL:GHARL:2014:5475 (Kadaster/HLA) (rechtsoverweging 3.11)

⁶⁷ Dirkzwager Advocaten, Hoger beroep in geruchtmakende Kadasterzaak: Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat Kadaster wel onrechtmatig heeft gehandeld maar niet schadeplichtig is (24 juli 2014)

⁶⁸ Dirkzwager Advocaten, Hoger beroep in geruchtmakende Kadasterzaak: Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat Kadaster wel onrechtmatig heeft gehandeld maar niet schadeplichtig is (24 juli 2014)

⁶⁹ ECLI:NL:RBGEL:2014:4742 (Van Driesten Bouw/ Stichting Trivium)

⁷⁰ ECLI:NL:RBGEL:2014:4742 (Van Driesten Bouw/ Stichting Trivium) (rechtsoverweging 4.7)

Mag Past Performance een grond zijn om een partij bij een meervoudig onderhandse aanbesteding niet uit te nodigen?

Past performance is volgens CROW⁷¹ het meten op welke wijze aan de contractuele verplichtingen wordt voldaan tijdens de uitvoering van de opdracht. Past performance stelt de kwaliteit van het proces van samenwerking centraal. Daarbij ligt de focus op houding en gedrag.⁷²

De rechtbank Limburg⁷³ oordeelde over dit vraagstuk. Van Boekel heeft een aanbesteding gewonnen welke deel uit maakte van een Masterplan met mogelijke vervolgprojecten. Over die mogelijke vervolgprojecten is opgenomen dat het daadwerkelijk verstrekken daarvan mede afhankelijk is van de geleverde prestatie.⁷⁴ Na enige tijd ging de gemeente over tot een meervoudig onderhandse aanbesteding voor een vervolgproject. Daarbij was Van Boekel niet betrokken. Daarop maakte Van Boekel een kort geding aanhangig en stelde dat zij ten onrechte niet uitgenodigd was.⁷⁵

Het oordeel luidde als volgt: *‘De voorzieningenrechter kan Van Boekel niet volgen in de stelling dat zij voldoet aan de geschiktheidseisen en uitgenodigd had moeten worden. Uit het bovenstaande volgt immers dat de gemeente op grond van haar eigen (nieuwe) ervaringen met Van Boekel in de uitvoering van het eerste deel aan de geschiktheid van Van Boekel is gaan twifelen. Het komt de voorzieningenrechter niet onredelijk voor dat de Gemeente haar eigen recente ervaringen meeweegt in de keuze voor de uit te nodigen gegadigden. Dat bij de keuze voor anderen uit de pool de Gemeente ook geen garantie heeft voor een geslaagd projectmanagement, zoals Van Boekel lijkt te betogen, doet daar niet aan af. De “past performance” van Van Boekel maakt dat zij geen gelijk geval meer is en er is aldus geen strijd is met het gelijkheidsbeginsel of het proportionaliteitsbeginsel.’⁷⁶*

De voorzieningenrechter is hier van oordeel dat past performance een uitsluitingsgrond kan vormen voor een (vervolg) aanbestedingsprocedure.

Kan een niet-uitgenodigde partij stellen dat de aanbestedende dienst door een opdracht meervoudig onderhands aan te besteden geen passende mate van openbaarheid in acht heeft genomen?

In advies 31⁷⁷ van de Commissie van Aanbestedingsexperts wordt dit vraagstuk behandeld. In Bijlage 3⁷⁸ kunt u een samenvatting vinden.

In casu klaagde een niet-uitgenodigde partij dat de aanbestedende dienst in strijd met het Verdrag had gehandeld door meervoudig onderhands aan te besteden en geen passende mate van openbaarheid in acht te nemen. Het ging om de aanbesteding van een 2B-dienst, welke in beginsel onder een verlicht Europees regime valt maar in geval van grensoverschrijdend belang gepaard moet gaan met een vorm van aankondiging.

De Commissie noemt dat het in beginsel aan de aanbestedende dienst is om het eventuele grensoverschrijdende belang van een opdracht van een 2B-dienst te beoordelen.⁷⁹ Er zijn volgens vaste rechtspraak enkele objectieve criteria die kunnen wijzen op de aanwezigheid van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

Een eerste objectief criterium is de financiële waarde van de opdracht. De Commissie was van mening dat zelfs wanneer de geschatte waarde lager was dan de laagste inschrijfsom de geschatte

⁷¹ CROW is een kennisorganisatie op gebied van infrastructuur, openbare ruimte, verkeer en vervoer en werk en veiligheid

⁷² CROW, *Past Performance* (2015)

⁷³ ECLI:NL:RBLIM:2014:6754 (*Gemeente Sittard-Geleen/ Van Boekel Zeeland BV*)

⁷⁴ ECLI:NL:RBLIM:2014:6754 (*Gemeente Sittard-Geleen/ Van Boekel Zeeland BV*) (rechtsoverweging 2.2)

⁷⁵ ECLI:NL:RBLIM:2014:6754 (*Gemeente Sittard-Geleen/ Van Boekel Zeeland BV*) (rechtsoverweging 4.14)

⁷⁶ ECLI:NL:RBLIM:2014:6754 (*Gemeente Sittard-Geleen/ Van Boekel Zeeland BV*) (rechtsoverweging 4.15)

⁷⁷ Advies 31 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (15 oktober 2013)

⁷⁸ Bijlage 3, *Jurisprudentie*

⁷⁹ Advies 31 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (15 oktober 2013) (overweging 6.2)

financiële waarde aanzienlijk te noemen was. Aan de hand van enkele artikelen⁸⁰ van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn beargumenteerde zij bovendien dat aanbestedende diensten in de toekomst verplicht zijn om soortgelijke opdrachten met een waarde van €750.000 aan te kondigen.⁸¹

Een tweede objectief criterium is de plaats van de uitvoering van de dienst. In het aanbestedingsdocument was opgenomen dat de trainingslocatie zich in Nederland diende te begeven. Uit die zinsnede kon de Commissie opmaken dat de beklaagde een afstand van 200 kilometer maximaal – berekend vanuit het centrum van het samenwerkingsverband - als proportioneel beschouwde. De Commissie was van mening dat die eis niet objectief was. De gebruikte eis sluit trainingslocaties met een reisafstand onder de 200 km, maar gelegen in het buitenland, uit.⁸²

De Commissie concludeert daarop dat de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang kent. Ten aanzien van het niet-uitnodigen van beklaagde stelt de Commissie als volgt. *‘Beklaagde was op de hoogte van het bestaan van klager, maar heeft klager niet tot de meervoudig onderhandse procedure uitgenodigd omdat uit haar marktonderzoeken en de verschillende aan haar uitgebrachte adviezen niet is gebleken van concrete, duidelijke belangstelling van klager.’*⁸³

De Commissie is van oordeel dat de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft en beklaagde zich daarvan bewust had moeten zijn. Door meervoudig onderhands aan te besteden is beklaagde tekortgeschoten in haar verplichting om een passende mate van openbaarheid van aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van de overheidsopdracht in acht te nemen.⁸⁴ Ten aanzien van het niet-uitnodigen van de klager doet de Commissie geen verdere uitspraken.

Uit dit niet-bindende advies kan worden afgeleid dat een aanbestedende dienst onder omstandigheden in strijd met het Verdrag kan handelen door een meervoudig onderhandse aanbesteding in de markt te zetten en geen passende mate van openbaarheid in acht te nemen. Daarbij wordt onder de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen ook gewerkt met een drempelbedrag om soortgelijke opdrachten aan te kondigen. Uit het advies kan niet herleid worden wat dit voor gevolgen heeft voor de klagende partij, want daarover heeft de Commissie geen verdere uitspraken gedaan.

3.2.7 De invloed van toekomstige wetgeving op de selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen

In december 2011 presenteerde de Europese Commissie drie voorstellen⁸⁵ ter herziening en modernisering van de nu nog geldende richtlijnen.⁸⁶ Op 15 januari 2014 zijn de wetsvoorstellen door het Europees Parlement aangenomen en per 16 april 2016 zullen de Europese richtlijnen geïmplementeerd moeten zijn in nationale wetgeving.

⁸⁰ Artikel 4, 74, 75 lid 1 en Annex XVI van Richtlijn 2014/24/EU

⁸¹ Advies 31 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (15 oktober 2013) (overweging 6.8)

⁸² Advies 31 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (15 oktober 2013) (overweging 6.11)

⁸³ Advies 31 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (15 oktober 2013) (overweging 6.14)

⁸⁴ Advies 31 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (15 oktober 2013) (overweging 6.17)

⁸⁵ Richtlijnvoorstel COM (2011), 896 (voorstel voor richtlijn betreffende het gunnen van overheidsopdrachten), richtlijnvoorstel COM (2011), 895 (voorstel voor richtlijn betreffende het aanbesteden in de sectoren water- en energievoorziening, transport en postdiensten), richtlijnvoorstel COM (2011), 897 (voorstel voor richtlijn voor de aanbesteding van concessies)

⁸⁶ Europa Decentraal, *Voorstellen nieuwe aanbestedingsrichtlijnen*, 2012

In het kader van de implementatie van de richtlijnen gaf het Ministerie van Economische Zaken in maart 2015 een ieder de gelegenheid zijn mening te geven over het conceptwetsvoorstel tot Wijziging van de Aw 2012.⁸⁷

Deze internetconsultatie is op 5 mei 2015 gesloten. Met name de implementatie van de klassieke richtlijn⁸⁸ zal voor IPG-leden van belang zijn omdat dit de algemene aanbestedingsrichtlijn is die op de meeste overheidsopdrachten ziet.

De wijzigingen in de Europese aanbestedingsrichtlijnen zien op overheidsopdrachten boven de Europese drempelwaarden. Dat leidt ertoe dat aanpassingen in de nieuwe Aanbestedingswet ook zullen zien op opdrachten boven de Europese drempelwaarden.⁸⁹ Er zijn enkele wijzigingen die indirect van invloed kunnen zijn op ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen.

Een belangrijke wijziging is dat de aanbestedende dienst de mogelijkheid krijgt om een ondernemer uit te sluiten bij aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht met een aanbestedende dienst of een eerdere concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties.⁹⁰ Of en in hoeverre deze uitsluitingsgrond ook van toepassing wordt voor opdrachten onder de drempel is nog niet vast te stellen. In een eerdere zaak was de rechter van oordeel dat past performance een uitsluitingsgrond kan vormen voor een vervolg-meervoudig-onderhandse-aanbestedingsprocedure.⁹¹

De aangepaste aanbestedingsrichtlijnen moeten aanbestedende diensten aansporen om opdrachten in percelen te splitsen.⁹² Gebruik van de percelenregeling kan ertoe leiden dat deelopdrachten die anders gezamenlijk Europees aanbesteed hadden moeten worden, nu deels enkelvoudig of meervoudig onderhands gegund kunnen worden. In de richtlijn is opgenomen dat aanbestedende diensten kunnen besluiten een opdracht te gunnen in de vorm van afzonderlijke percelen en de omvang en het voorwerp van deze percelen kunnen bepalen.⁹³ Wanneer een aanbestedende dienst hiertoe niet overgaat, dient zij dit op te nemen in de aanbestedingsstukken.⁹⁴

Door een opdracht in percelen te verdelen kan de opdracht geschikter worden voor het MKB. Toch wordt niet verwacht dat deze gewijzigde percelenregeling in Nederland voor grote veranderingen gaat zorgen. Op dit moment is de percelenregeling al geregeld in de Aw 2012 en is het als stimulatiemiddel voor het MKB al opgenomen in aanvullende regelgeving zoals de Gids Proportionaliteit en het Aanbestedingsbesluit.⁹⁵ Het verdelen van een opdracht in percelen heeft niet zo zeer invloed op de daadwerkelijke selectie van ondernemers, maar het kan er wel toe leiden dat bepaalde onderdelen van de opdracht onderhands aanbesteed kunnen worden.

⁸⁷ Wetsvoorstel Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU

⁸⁸ Richtlijn 2014/24/EU

⁸⁹ Internetconsultatie, *Implementatiewet aanbestedingsrichtlijnen (2015)*

⁹⁰ Richtlijn 2014/24/EU, artikel 57 lid 4 sub g

⁹¹ ECLI:NL:RBLIM:2014:6754 (*Gemeente Sittard-Geleen/ Van Boekel Zeeland BV*)

⁹² PIANOo, *PIANOo-samenvatting Europese aanbestedingsrichtlijn (februari 2014)*

⁹³ Richtlijn 2014/24/EU, artikel 46 lid 1

⁹⁴ Richtlijn 2014/24/EU, artikel 46 lid 2

⁹⁵ Blaisse-Verkooyen, Francois, Verweij, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2014/131

3.2.8 Methoden van ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen

In deze subparagraaf vindt u een uiteenzetting van methoden van ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen.

Voordat een aanbestedende dienst over kan gaan tot de ondernemersselectie bij meervoudig onderhands aanbesteden dient zij per opdracht te bezien welke aspecten van haar inkoopbeleid relevant zijn, welke beleidsdoelen zij kan nastreven met de opdracht en een onderzoek te verrichten naar de markt waarop de opdracht betrekking heeft.⁹⁶ Door middel van al deze informatie kan een aanbestedende dienst beter haar keuzes voor de procedure en de toe te laten ondernemers maken en motiveren.

In een inkoopbeleid zijn de ‘spelregels’ voor een aanbesteding opgenomen. Zo kan het drempelbedragen bevatten die de keuze voor een bepaalde aanbestedingsvorm meebepalen en worden er doelstellingen en uitgangspunten in vervat. PIANOo schrijft dat wanneer het inkoopbeleid openbaar gepubliceerd wordt, een motivering die op het beleid gebaseerd is als objectief en transparant kan worden gezien.⁹⁷

Ook moet de aanbestedende dienst in beeld brengen welke beleidsdoelstellingen zij nastreeft met de inkoop. Een primaire beleidsdoelstelling kan het inkopen tegen een optimale prijs-kwaliteitverhouding zijn. Ook kunnen er secundaire doelstellingen worden nagestreefd zoals duurzaamheid, innovatie, social return, lokale ondernemers, of MKB. Ten slotte oriënteert de aanbestedende dienst zich op de markt waarin de specifieke opdracht geplaatst zal worden. Onder meer zaken als het aantal marktpartijen en de mate van concurrentie kunnen een rol spelen bij de keuze voor het aantal ondernemers dat tot de procedure toegelaten wordt.

Als de aanbestedende dienst de voorgaande zaken in kaart heeft gebracht en zij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure in de markt wil zetten, dan kan zij gaan kijken naar de methoden van selectie van ondernemers. In de toelichting bij de Aw 2012 wordt daarover het volgende geschreven: *‘Bij een enkelvoudige of meervoudige procedure zullen in ieder geval voldoende mogelijke aanvragers op een door de aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf op te stellen shortlist moeten worden geplaatst om een adequate mededinging te garanderen. Ook kunnen de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven gebruik maken van systemen waarbij een lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers wordt opgesteld. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan dan naderhand, bij plaatsing, van individuele opdrachten, uit de lijst van gekwalificeerde ondernemers op niet-discriminerende wijze ondernemers selecteren die worden uitgenodigd om een offerte in te dienen. (bv. door toepassing van een rouleersysteem).’*⁹⁸

Uit bovenstaande kan herleid worden dat een aanbestedende dienst ten minste een shortlist opstelt met voldoende mogelijke aanvragers om een adequate mededinging te garanderen. Daarnaast kan er gekozen worden om een systeem te hanteren waarbij een lijst met potentieel gekwalificeerde ondernemers tot stand komt.

In dit onderzoek wordt onder groslijst verstaan een ‘systeem waarbij een lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers tot stand komt.’ Systemen om de lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers tot stand te brengen zijn loting, roulering, ranking of door middel van het bakjesprincipe.

⁹⁶ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.8)

⁹⁷ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.9)

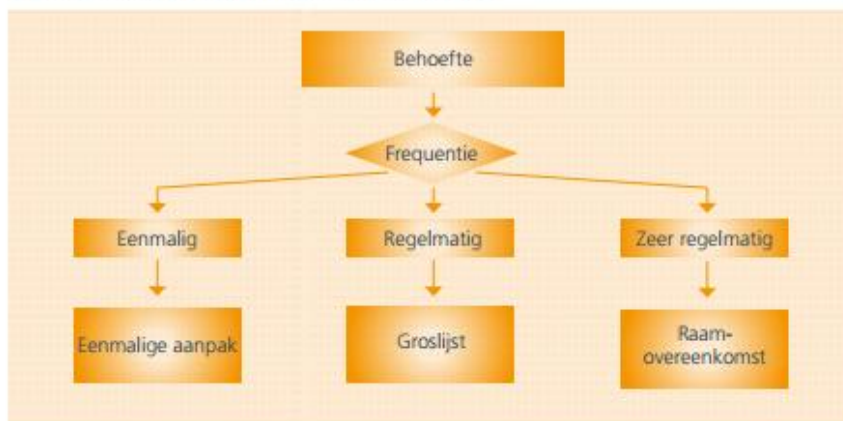
⁹⁸ *Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 11 (onderdeel c) (p.21)*

Er bestaat geen wettelijke verplichting om een systeem zoals de groslijstsystematiek te hanteren waardoor een lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers wordt opgesteld. Het is een keuze die aan de aanbestedende dienst wordt gelaten.

Wel moet een aanbestedende dienst ten minste een shortlist met voldoende mogelijke aanvragers opstellen om adequate mededinging te garanderen. In de toelichting is niet verder uitgewerkt wat onder een shortlist moet worden verstaan en waar deze aan dient te voldoen. Volgens de schrijvers van een artikel voldoet een aanbestedende dienst niet aan haar wettelijke verplichting 'wanneer zij een voorkeurslijst hanteert, zonder dat deze op basis van objectieve overwegingen tot stand is gebracht of willekeurig partijen uitnodigt'.⁹⁹

PIANOO heeft een handreiking geschreven over de selectie van ondernemers bij onderhandse aanbestedingen.¹⁰⁰ Zij stelt hierin dat een aanbestedende dienst drie opties heeft voor het kiezen van een selectiemethodiek bij onderhandse aanbestedingen. Eerst dient de aanbestedende dienst haar behoefte aan een bepaalde dienst, levering of werk te formuleren. Uit die behoefte moet de frequentie blijken. De bovenstaande keuzemogelijkheden leiden tot het onderstaande stroomschema.¹⁰¹

Figuur 1: Stroomschema Keuze selectiemethodiek



Wanneer een aanbestedende dienst eenmalig behoefte heeft aan een bepaalde dienst, levering of werk dan kan zij kiezen voor de eenmalige aanpak. PIANOO heeft voor het aanbesteden van een dergelijke opdracht geen systematiek ontwikkeld en het feit dat een dergelijke opdracht slechts eenmalig gevraagd wordt maakt het disproportioneel voor een aanbestedende dienst om een systematiek te ontwikkelen.¹⁰²

Wanneer een aanbestedende dienst zeer regelmatig opdrachten plaatst voor bepaalde werken, leveringen of diensten dan kan zij ervoor kiezen om een raamovereenkomst af te sluiten. In de raamovereenkomst, welke gesloten kan worden met één of meer partijen, worden voorwaarden gesteld voor opdrachten die in de toekomst geplaatst zullen worden.¹⁰³

Wanneer een aanbestedende dienst regelmatig behoefte heeft aan een bepaalde dienst, levering of werk kan zij volgens PIANOO ervoor kiezen om gebruik te maken van een groslijst. In de praktijk lijken groslijsten voornamelijk gebruikt te worden voor cultuurtechnische en civieltechnische opdrachten.

⁹⁹ Haverkort en Broesterhuizen, *Bouwrecht*, nr. 61, april 2013

¹⁰⁰ PIANOO, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015)

¹⁰¹ PIANOO, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden*, Stroomschema keuze selectiemethodiek

¹⁰² PIANOO, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015)

¹⁰³ PIANOO, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.5)

In dit onderzoeksrapport wordt van shortlist gesproken als het gaat om een lijst waar ondernemers op staan die op basis van objectieve criteria gekozen zijn en wordt van groslijst gesproken wanneer er een systeem gebruikt wordt (zoals loting, roulering, ranking of bakjesmethode) om tot een selectie potentieel gekwalificeerde ondernemers te komen.

Een groslijstmethodiek is een combinatie van een werkwijze voor het toelaten van ondernemers tot en verwijderen van de groslijst en voor het selecteren van één of meer ondernemers vanuit de groslijst. De methodiek moet onderhoudbaar, meetbaar, controleerbaar, transparant en begrijpelijk zijn. Een groslijst wordt vaak opgesteld voor een bepaalde sector of soort opdracht.¹⁰⁴ Het opstellen en onderhouden van een groslijst is arbeidsintensief maar het maakt de wijze waarop ondernemers voor meervoudig onderhandse aanbestedingen uitgenodigd worden meer objectief en transparant.

Voor de totstandkoming van een groslijstsystematiek dienen onder meer de volgende stappen¹⁰⁵ genomen te worden en keuzes overwogen te worden:

- De keuze maken voor welk inkooppakket een groslijst passend is
- De keuze maken om de groslijst te splitsen in een lijst met kleinere opdrachten en een lijst met grotere opdrachten of om één lijst voor alle opdrachten te hanteren
- Het specificeren van de opdrachten welke tot de groslijst behoren
- Het opstellen van geschiktheidseisen voor toelating op de groslijst
- De keuze maken tussen beperking van de groslijst of een ongelimiteerde groslijst
- Het opstellen van criteria van verwijdering uit de groslijst
- Het attenderen van ondernemers op de groslijstsystematiek.

Na de totstandkoming van de groslijst zijn er vier methoden voor het selecteren van ondernemers uit de groslijst.

- De lotingsmethode is transparant, niet-tijdrovend en niet-discriminerend. Bij de ongewogen loting maken alle ondernemers evenveel kans om uitgenodigd te worden om een offerte in te dienen. Van deze lotingsmethode heeft de aanbestedende dienst het minste werk. Bij gewogen loting maken ondernemers die heel goed gepresteerd hebben en meer dan aan de geschiktheidseisen voldoen meer kans om uitgenodigd te worden om een offerte in te dienen.¹⁰⁶ Deze lotingsmethode vereist meer werk, maar geeft meer kansen om de beste ondernemers voor de opdrachten te krijgen.
- Bij de roulatiemethode worden ondernemers op een volgorde geplaatst en om beurten uitgenodigd. Dit is tijdrovender dan loting maar het zorgt er wel voor dat alle ondernemers even vaak uitgenodigd worden.¹⁰⁷ Een nadeel bij een beperkt aantal opdrachten en een groot aantal gegadigden kan zijn dat een ondernemer lang moet wachten op zijn beurt.
- Bij het bakjesprincipe worden ondernemers verdeeld over twee of meer fictieve bakjes. Ten eerste kan een bakje gehanteerd worden voor ondernemers met wie de aanbestedende dienst goede ervaringen in het verleden had en een ander bakje voor ondernemers met wie de aanbestedende dienst nog geen ervaringen heeft. Afhankelijk van het aantal offertes die wordt uitgevraagd gaat, wordt een aantal ondernemers uit het eerste bakje en een aantal uit het tweede bakje geselecteerd. De verhouding die hiervoor wordt gekozen (bijvoorbeeld 2:1) is afhankelijk van het aantal gegadigden in beide bakjes. Het Wetterskip Fryslân hanteert deze bovenstaande methode.

¹⁰⁴ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.11)

¹⁰⁵ Bijlage 4, Groslijsten

¹⁰⁶ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.13)

¹⁰⁷ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.14)

Een voordeel van de methode is dat iedere ondernemer in principe de mogelijkheid heeft om een offerte uit te brengen. Voordeel voor de aanbestedende dienst is dat zij zeker weet dat ze ondernemers treft met wie zij eerder in tevredenheid heeft samengewerkt. Ook kan dit systeem leiden tot betere prestaties bij alle gegadigden omdat een ieder in het eerste bakje wil komen en zo een grotere kans op een opdracht heeft.

De bakjes kunnen ook verdeeld worden naar vestigingsplaats. Zo kan er een bakje gemaakt worden met ondernemers uit eigen regio en een bakje met ondernemers buiten de eigen regio, zo stelt PIANOo. Bij deze bakjesmethode worden wel kanttekeningen geplaatst. De Nota van Wijziging¹⁰⁸ van de Aw schrijft immers ook voor dat: *‘De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan naderhand, bij plaatsing van individuele opdrachten, uit de lijst van gekwalificeerde ondernemers op niet-discriminerende wijze ondernemers selecteren die worden uitgenodigd een offerte in te dienen (bv. door toepassing van een roulersysteem)’* Mr. T.G. Zweers – te Raaij¹⁰⁹ schrijft dat door deze methode een groter voordeel verschaft wordt aan regionale ondernemers en dat dit mede gelet op de Nota van Wijziging op gespannen voet lijkt te staan met de eis van objectiviteit. Echter is over dit onderwerp nog geen jurisprudentie ontstaan. Volgens PIANOo spelen de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht zoals het transparantiebeginsel, gelijkheidsbeginsel, proportionaliteitsbeginsel een rol bij de beoordeling of een groslijstensystematiek als deze juridische toelaatbaar is.¹¹⁰

- Het principe van ranking is dat de ondernemers worden uitgenodigd die het beste scoren op specifieke criteria of competenties die passen bij de opdracht. De criteria die de aanbestedende dienst gebruikt dienen objectief, proportioneel zijn en bovendien verband houden met de aard van de opdracht. Voorbeelden van passende criteria zijn past performance of beleidsdoelen zoals social return en het stimuleren van de regionale economie.¹¹¹ Het voordeel is dat de meest geschikte gegadigden voor een opdracht worden geselecteerd. Nadelig is dat het een arbeidsintensieve methode is. Wanneer de partijen op de groslijst gekozen worden op past performance dient voor elke opdrachtnemer de resultaten en ervaringen te worden bijgehouden, die vervolgens te vertalen naar een resultaat en de ranking vormen. Ook kan worden afgevraagd in hoeverre ranking en selectie objectief is op basis van eigen ervaringen. Er kan gekozen worden om tweezijdig de ervaringen bij te houden en daar dus de opdrachtnemer bij te betrekken. Wanneer gegadigden gerankt worden in het kader van een beleidsdoel zoals stimulatie van de regionale economie dan is deze methode minder arbeidsintensief. Wel moet de score van een gegadigde ten aanzien van een beleidsdoel resulteren in een meetbare component.

¹⁰⁸ Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 11

¹⁰⁹ Nysingh Advocaten-Notarissen, *Selectie bij onderhandse aanbestedingen* (21 november 2013)

¹¹⁰ PIANOo, *Juridische toelaatbaarheid groslijstmethodiek* (2015)

¹¹¹ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.15)

3.2.9 Concluderend, wat is vastgelegd in huidige en toekomstige wet- en regelgeving over het selecteren van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen?

Wanneer de waarde van een opdracht van een aanbestedende dienst lager is dan de Europese drempelwaarde dan kan de opdracht in beginsel nationaal of onderhands aanbesteed worden. De keuze voor de aanbestedingsprocedure die gehanteerd wordt dient op basis van objectieve criteria gemaakt te worden.¹¹² De inkooprichtlijnen van de organisatie kunnen beschrijven wanneer de aanbestedende dienst van een nationale of onderhandse procedure gebruik kan maken. In de inkooprichtlijnen dient rekening gehouden te worden met hetgeen in de Gids Proportionaliteit over dit onderwerp is vastgesteld.

Wanneer een aanbestedende dienst een onderdrempelige opdracht in de markt wil zetten met een duidelijk grensoverschrijdend belang, dan is zij gehouden deze opdracht met 'een passende mate van openbaarheid' in de markt te zetten. De aanbestedende dienst kan dan niet zonder meer over gaan tot onderhandse gunning maar er moet een vorm van bekendmaking aan de gunning vooraf gaan.

Artikel 1.4 lid 1 sub b BW geeft een wettelijke verplichting om de keuze voor de ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure op basis van objectieve criteria te maken. In de toelichting op het artikellid worden de volgende voorbeelden genoemd: ervaring in de desbetreffende sector; omvang en infrastructuur van de onderneming; de technische en professionele vaardigheden en andere elementen.

Over het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid bij meervoudig onderhandse aanbestedingen lopen de zienswijzen uiteen. Enerzijds wordt gesteld dat het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid niet in overeenstemming is met maken van een keuze gebaseerd op objectieve criteria en niet passend is binnen de Europese uitgangspunten. Anderzijds is er geen wettelijk discriminatieverbod opgenomen voor niet-uitgenodigde partijen bij meervoudig onderhandse aanbestedingen.

Uit jurisprudentie kan onder meer begrepen worden dat niet-uitnodiging bij meervoudig onderhandse aanbestedingen onder omstandigheden onrechtmatig of in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel kan zijn. Schadeplichtigheid kan pas ontstaan wanneer de ten onrechte niet-uitgenodigde partij kan bewijzen dat zij de opdracht daadwerkelijk gegund zou hebben gekregen als zij uitgenodigd was. Ook is bepaald dat past performance onder omstandigheden een uitsluitingsgrond kan vormen voor (vervolg)meervoudig onderhandse aanbestedingen.

Van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen wordt verwacht dat zij beperkte invloed zullen hebben op ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen omdat de wijzigingen zien op bovendrempelige opdrachten. Indirect kunnen de richtlijnen wel invloed hebben op meervoudig onderhands aanbesteden zoals gezien in de percelenregeling en het hanteren van wanprestatie als uitsluitingsgrond.

Uit wet- en regelgeving kan begrepen worden dat een aanbestedende dienst ten minste een shortlist hanteert om adequate mededinging te garanderen. Daarnaast is het mogelijk om een systeem als een lotings-, roulatie-, rankings- of bakjesmethode te hanteren om de objectiviteit te vergroten. Bij eenmalige meervoudig onderhandse opdrachten volstaat een eenmalige aanpak en bij zeer regelmatig terugkerende opdrachten kan er voor een raamovereenkomst gekozen worden. Een groslijst is ook te gebruiken bij enkelvoudig onderhandse aanbestedingen wanneer één ondernemer op basis van objectieve criteria geselecteerd dient te worden.

¹¹² Artikel 1.4 lid 1 sub a Aw 2012

3.3 Wat zeggen de aanbestedingsrechtsspecialisten over de theorie ten aanzien van de selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen?

Beide advocaten zeggen in de praktijk niet veel in aanraking te komen met artikel 1.4 Aw lid 1 sub b Aw 2012 en de bijbehorende vraagstukken. De ene advocaat noemt dat hij, wanneer een ondernemer hem benadert, kijkt of er aanknopingspunten zijn om deelname aan de procedure af te dwingen zoals in de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden¹¹³. De andere advocaat noemt dat hij het cliënten wel mee geeft *'let er even op dat deze bepaling ook geldt'* maar in hoeverre daar daadwerkelijk iets mee gedaan wordt, dat weet hij niet.

Volgens de specialisten zijn de objectieve criteria zoals opgenomen in de Nota van Wijziging¹¹⁴ voorbeelden van objectieve criteria voor de selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen. Aanvullende objectieve criteria kunnen zijn; de omvang van de markt, de hoeveelheid spelers die daarop actief zijn, de specifieke expertise van bepaalde ondernemers, het beperkt houden van transactiekosten, doorlooptijden en het voorkomen dat opgedane ervaring weer weggegooid wordt.

Ten aanzien van het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid bij meervoudig onderhandse aanbestedingen houden beide specialisten er een ander uitgangspunt op na.

De ene specialist stelt dat er voor onderhandse opdrachten geen discriminatieverbod geldt en een aanbestedende dienst in beginsel regionaal mag selecteren ten behoeve van de eigen economie. Daarbij raadt hij aanbestedende diensten aan om dat uitgangspunt niet als enige objectieve grond te hanteren maar om meer objectieve gronden mee te nemen in de motivering.

De ander stelt dat bij het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid bij meervoudig onderhandse aanbestedingen kanttekeningen te plaatsen zijn in het kader van objectiviteit. Hij heeft daar een artikel over geschreven en zo ziet hij het nog steeds op die manier. Hij stelt dat je iemand niet mag uitnodigen puur op basis van het feit dat diegene in de eigen gemeente gevestigd is. Het uitgangspunt van beide specialisten is dus verschillend maar beide zijn van mening dat er meer objectieve gronden genoemd moeten worden bij selectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen.

Allebei de advocaten zijn van mening dat eerdere ervaringen een rol kunnen spelen in de selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen. Daarbij wordt geattendeerd op het implementatievoorstel van de nieuwe richtlijnen waarbij in de internetconsultatie is opgenomen dat een aanbestedende dienst partijen mag uitsluiten als zij in het verleden een overeenkomst slecht hebben uitgevoerd, dus op grond van wanprestatie. Er zijn wel enkele aandachtspunten bij te plaatsen daar er een wijze gevonden moet worden om ervaringen meetbaar te maken, de eenzijdigheid van meten van ervaringen valt te betwijfelen en er voornamelijk naar de uitvoering van de opdracht gekeken moet worden en niet zo zeer naar de samenwerking omdat dit een subjectief criterium is.

Alle twee raden aanbestedende diensten aan om het beleid openbaar te maken. Redenen hiervoor zijn om de transparantie op de markt te vergroten, ondernemers te laten weten waar ze aan toe zijn, de aanbestedende dienst zichzelf een duidelijke set van spelregels te verschaffen en het maakt de motivatie voor de gemaakte keuze eenvoudiger door te kunnen verwijzen naar het beleid. Daarbij werd wel de opmerking geplaatst om als aanbestedende dienst ervoor te zorgen dat in het beleid ruimte is om flexibel te zijn omdat niet alle oplossingen standaard zijn en in sommige gevallen afwijken noodzakelijk is.

¹¹³ ECLI:NL:GHARL:2014:5475 (Kadaster/HLA)

¹¹⁴ Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 11 (p.16)

Stel: een aanbestedende dienst omschrijft hoe zij ondernemers voor een meervoudig onderhandse aanbesteding kiest en zij publiceert dit. Kan de aanbestedende dienst bij de selectie van ondernemers dan verwijzen naar het gepubliceerde beleid?

Allebei de specialisten zijn van mening dat het er van afhangt in hoeverre het beleid al is uitgewerkt en of de gemaakte keuze passend is binnen het beleid. Verwacht wordt dat een verwijzing naar het beleid als zijnde motivering voor de keuze van de procedure vaak wel volstaat. Ten aanzien van de selectie van ondernemers is het lastiger om te verwijzen naar het beleid. Een advocaat merkt op geen aanbestedingsbeleid te kennen wat voldoende specifiek is om op iedere opdracht voldoende motivering te kunnen geven ten aanzien van de selectie van ondernemers.

Betreffende het gebruik van groslijst bij de selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen merken de specialisten op dat het extra werk en bureaucratie oplevert maar dat het de procedure wel objectiever maakt. De ene advocaat merkt op dat loten het meest objectief is, maar dat daar een groot kanselement aan zit. Over het bakjesprincipe merkt hij op dat het voor kan komen dat je een opdracht hebt die geschikt is voor één partij die net aan bod is geweest. Ook daarmee bindt de aanbestedende dienst zichzelf wel, volgens hem. De andere specialist denkt dat het gebruik van een groslijst misschien wel procedures oproept omdat het zo formeel is ingericht.

Ten aanzien van het hanteren van gezamenlijke groslijsten zijn beide specialisten van mening dat daar binnen het wettelijk kader ruimte voor is. Eén specialist zegt daarover: *'Zeker als je ook die regionale convenanten hebt die volgens mij het IPG ook één van heeft. Kijk, dat soort regionale stimulering kan je heel goed vormgeven door zo'n regionale shortlist. Neemt niet weg dat je voor andere opdrachten wel van je shortlist af moet kunnen wijken.'* Maar er is zeker ruimte voor zo'n gezamenlijke shortlist.' De andere specialist merkt op door met meerdere opdrachtgevers te werken, dat een behoorlijk volume gegenereerd wordt wat het opstellen van een groslijstsystematiek aantrekkelijker maakt. Hij denkt dat het belangrijk is om gezamenlijk één procedure af te spreken. Over een gezamenlijke groslijst merkt hij op dat de procedure dan nog wel objectiever is als bij een niet-gezamenlijke groslijst omdat uitnodiging voor een opdracht niet afhankelijk is van één oordeel, maar van meerdere oordelen.

Er wordt niet verwacht dat de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen invloed hebben op de selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse procedures. Op de vraag of er een nieuwe tendens in de rechtspraak wordt verwacht ten aanzien van het niet-uitgenodigd worden is het moeilijk om antwoord te geven. Artikel 1.4 lid 1 sub b Aw 2012 is geen hele harde bepaling en ten aanzien van de motivering van de aanbestedende dienst kan de rechter hooguit toetsen of de aanbestedende dienst in redelijkheid tot die beslissing heeft kunnen komen.

De ene specialist zou het aanbestedende diensten het volgende aanraden, *'een lijst met een x aantal bedrijven waar je graag zaken mee doet, waar je een goede vertrouwensrelatie mee hebt en waarvan je weet dat het werk voldoet aan de gestelde kwaliteitsnormen en per aanbesteding kan je kijken naar wie jij denkt dat het meest geschikt is (...)maar houd daarnaast ook je voelspriet open in de markt want het kan zomaar zijn dat er nieuwe bedrijven in opkomst zijn die je ook graag een keer wilt betrekken en dat blijft altijd wel weer een voorafgaande analyse die je niet uit het oog moet verliezen.'* Hij benadrukt dat er veel verschillende methodes zijn en dat het aan de persoonlijke voorkeur van de aanbestedende dienst ligt.

De ander antwoordt dat het een moeilijke vraag is maar dat hij denkt dat de methode van de Provincie Fryslân wel goed is. Hij denkt dat die methode de objectiviteit vergroot. Hij raadt aanbestedende diensten aan om een praktijkgericht onderzoek te doen onder de aanbestedende dienst zelf en de leveranciers. Want als iedereen de bestaande methode wel oké vindt, dan is het niet opstellen van een hele systematiek niet nodig.

3.4 Wat zijn de onderzoekspunten die kunnen worden vastgesteld na bestudering van de theorie?

De onderzoekspunten zoals hieronder opgeschreven vormen een opsomming en een structuur voor het praktijkgerichte onderzoek:

1. De keuze voor meervoudig onderhands aanbesteden

Uit het theoretische hoofdstuk is gebleken dat volgens artikel 1.4 lid 1 sub a Aw 2012 de keuze voor de te volgen aanbestedingsprocedure op basis van objectieve criteria dient te geschieden. Vanuit die verplichting zijn meerdere hulpmiddelen opgesteld zoals de Gids Proportionaliteit en de Circulaire van het Ministerie van Economische Zaken. In het praktijkgerichte onderzoek wordt onderzocht hoe de aanbestedende diensten tot hun keuze voor meervoudig onderhandse aanbestedingen komen.

2. Objectieve criteria voor de keuze voor de ondernemers

Het eerste onderzoekspunt is de objectieve criteria zoals genoemd in artikel 1.4 lid 1 sub b Aw 2012 voor de selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen. Daaronder valt ook het vraagstuk of het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid bij ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen passend is in het licht van de objectieve criteria van artikel 1.4 lid 1 sub b Aw 2012. In het praktijkgerichte onderzoek wordt onderzocht hoe aanbestedende diensten omgaan met het hanteren van objectieve criteria bij de keuze voor ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen.

3. De wijze van ondernemersselectie

Uit het theoretisch hoofdstuk is gebleken dat een groslijst een methode kan vormen om ondernemers op objectieve wijze te selecteren bij meervoudig onderhandse aanbestedingen. Uit de interviews met de aanbestedingsrechtsspecialisten is gebleken dat het hanteren van een gezamenlijke groslijst passend is binnen het wettelijk kader. In het praktijkgerichte onderzoek wordt gekeken of aanbestedende diensten werken met groslijsten en zo ja, hoe zij die groslijst hebben ingericht. Ook wordt aandacht besteed aan het bijhouden van ervaringen met ondernemers nu performance een onderdeel kan vormen binnen de ranking van een groslijst.

4. Transparantie ten aanzien van het inkoop- en aanbestedingsbeleid

Krachtens artikel 1.4 lid 3 Aw 2012 dient een aanbestedende dienst op schriftelijk verzoek van een ondernemer de gemaakte keuzes voor de procedure en de keuze voor de ondernemer te kunnen motiveren. In het theoretisch hoofdstuk kwam aan de orde dat de motivering volstaat, wanneer een aanbestedende dienst een algemeen kenbaar beleid op deze punten heeft vastgesteld en bekendgemaakt en dat beleid in dit specifieke geval van toepassing is, om te verwijzen naar deze vaste gedragslijn. In het praktijkgerichte onderzoek wordt gekeken naar de mate van transparantie die aanbestedende diensten hanteren ten aanzien van het inkoop- en aanbestedingsbeleid.

Deze onderzoekspunten worden op de praktijk gelegd. In het volgende hoofdstuk kunt u over de uitkomsten van het praktijkgerichte onderzoek lezen.

4. Het praktijkgerichte onderzoek

In dit hoofdstuk worden de uitkomsten van het praktijkgerichte onderzoek uiteengezet. In de eerste paragraaf wordt de praktijkgerichte deelvraag beantwoord.

4.1 Welke wijze van ondernemersselectie hanteren de onderzochte organisaties bij meervoudig onderhandse aanbestedingen?

Voor beantwoording van deze deelvraag zijn vier organisaties onderzocht.

- a. 7 uitgekozen IPG-leden
- b. PIANOo
- c. Provincie Fryslân
- d. Gemeente Oost-Gelre van 'de Achterhoekse gemeenten'

De uitkomsten per onderzoekspunt worden in afzonderlijke subparagrafen uiteengezet. In elke subparagraaf vindt u de uitwerking per onderzochte organisatie.

4.1.1 De keuze voor meervoudig onderhands aanbesteden

Hieronder vindt u antwoorden op de vraag: hoe komt de organisatie tot de keuze voor een meervoudig onderhandse aanbesteding?

IPG-leden

De zeven IPG-leden hanteren verschillende wijzen om de keuze voor de aanbestedingsprocedure te maken. Één organisatie is gebonden aan de circulaire en hanteert €50.000,- als richtlijn voor meervoudig onderhandse aanbestedingen voor leveringen of diensten. Twee organisaties baseren hun keuzes voor meervoudig onderhandse aanbestedingen op de richtbedragen van de Gids. Drie organisaties baseren zich op de Gids maar kiezen ervoor om opdrachten voor leveringen en diensten van €50.000,- tot aan het Europees drempelbedrag meervoudig onderhands aan te besteden. Een volgende organisatie baseert zich eveneens op de Gids maar hanteert striktere regels.

PIANOo

PIANOo schrijft in de handreiking dat de grenswaarden uit de Gids voor aanbestedende diensten richtinggevend zijn bij het vaststellen van de grenswaarden voor enkelvoudig en meervoudig onderhands aanbesteden.¹¹⁵

Provincie Fryslân

De provincie Fryslân baseert de keuze op de richtbedragen van de Gids Proportionaliteit.¹¹⁶

Gemeente Oost Gelre

Oost Gelre hanteert eigen richtbedragen om de keuze voor meervoudig onderhandse aanbesteden te maken. Bij werken wordt tussen €50.000,- en €1.500.000,- meervoudig onderhands aanbesteed. Bij leveringen en diensten ligt de staffel tussen €30.000,- en €150.000,-.¹¹⁷

¹¹⁵ Gids Proportionaliteit (p. 7)

¹¹⁶ Provincie Fryslân, *Inkoop- en aanbestedingsbeleid*

¹¹⁷ Gemeente Oost Gelre, < <http://www.oostgelre.nl/ondernemen/inkoop-en-aanbesteding>>

4.1.2 Objectieve criteria voor de keuze voor de ondernemers

In de toelichting op de wet worden voorbeelden van objectieve criteria voor de keuze voor de ondernemers bij onderhandse aanbestedingen genoemd. In het theoretische onderzoek kwam het vraagstuk van het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid bij meervoudig onderhandse aanbestedingen aan de orde. Hieronder vindt u een uiteenzetting van de uitkomsten van het praktijkgerichte onderzoek ten aanzien van het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid bij de objectieve selectie van ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbestedingen.

De IPG-leden

De zeven geïnterviewde IPG-leden hanteren verschillende meningen over het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid bij onderhandse aanbestedingen.

Eén van de geïnterviewde IPG-leden is aan landelijk beleid onderworpen waardoor voorkeur niet aan de orde is. Daarnaast gaat het volgens voornoemd IPG-lid niet om beleid maar om functionaliteit. Een andere geïnterviewde gaf aan dat zij het Convenant ondertekend hebben en dat te praktiseren. De derde geïnterviewde organisatie hanteert in haaraanbestedingsbeleid meerdere speerpunten zoals MKB, regio, social return, en duurzaamheid. In principe wil de organisatie daar bij elke procedure over na denken hoe ze daar invulling aan kan geven.

De vierde geïnterviewde gaf aan dat het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid voor zijn organisatie minder van belang is omdat de organisatie te maken heeft met partijen die iets specifiek bouwen. Wanneer er toevallig een organisatie in de buurt zit kan daar gebruik van worden gemaakt. Een vijfde geïnterviewde gaf aan dat bij onderhandse aanbestedingen de beleidsdoelen (zoals MKB, lokaal, duurzaamheid en social return) meer kunnen worden ingevuld dan bij niet-onderhandse aanbestedingen. Met het beleid wordt beoogd om per uitvraag te kijken hoe die doelen ingevuld kunnen worden, maar daar wel flexibel mee om te gaan.

Bij het zesde interview kwam ter sprake dat de organisatie bezig is met het formuleren van nieuw inkoopbeleid en daarin zoekende is om ze Noordelijke ondernemers voorrang moet verschaffen boven andere leveranciers. De organisatie is er nog niet uit of ze dat moet willen. Volgens de geïnterviewde wordt er geen actief beleid op gevoerd en belandt toch veel van de omzet in het Noorden.

Het zevende geïnterviewde IPG-lid hanteert criteria bij meervoudig onderhandse aanbestedingen. Omdat het een regionaal opleidingsinstituut betreft moet de leverancier regionaal zijn en de leveranciers moeten stageplekken of leer-werkplekken hebben voor cursisten. De organisatie wil zo een positieve bijdrage leveren aan de economische ontwikkeling van Noord-Nederland.

PIANOO

PIANOO schrijft voor dat de inkopen van de organisatie moeten bijdragen aan de strategische beleidsdoelen zoals inkopen tegen een optimale prijs-kwaliteit verhouding of het realiseren van een leefbare stad. Daarnaast kan de aanbestedende dienst volgens PIANOO secundaire doelen nastreven die ook in het inkoopbeleid zijn opgenomen zoals duurzaamheid, innovatie, social return en het bevorderen van lokaal ondernemerschap en/of het MKB.¹¹⁸

Provincie Fryslân

Provincie Fryslân hanteert een regionaal voorkeursbeleid bij meervoudig onderhandse aanbestedingen. Bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure vraagt de provincie minimaal drie ondernemers een offerte. Bij drie wordt – binnen de kaders van rechtmatigheid en

¹¹⁸ PIANOO, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.7)

mits de markt zich daartoe leent - minimaal één Friese ondernemer uitgenodigd en in het geval meer offertes worden aangevraagd, minimaal twee Friese ondernemers.¹¹⁹

Gemeente Oost Gelre

Oost Gelre werkt bij meervoudig onderhandse aanbestedingen met een zogenaamde geografische markt. De geografische markt is het gebied waarbinnen ondernemingen een rol spelen in vraag en aanbod van de betreffende productgroep en opdrachtomvang.¹²⁰ Bij iedere groslijst is een geografische markt aangegeven met een straal (r) vanuit het centrum van de gemeente. Alleen ondernemers die zich in de geografische markt van de groslijst bevinden worden door de gemeente voor de betreffende opdrachtsoort uitgenodigd. Het moet gaan om een feitelijk vestigingsadres van de leverancier.¹²¹

4.1.3 Het gebruik van een groslijst

In het praktijkgerichte onderzoek is onderzoek naar het gebruik van de groslijstsystematiek onder aanbestedende diensten. Hieronder vindt u per organisatie de bevindingen over het gebruik van de groslijstmethodiek. Ook vindt u de zienswijzen over het bijhouden van ervaringen met ondernemers nu performance een onderdeel kan vormen binnen de ranking van een groslijst.

IPG-leden

Één van de geïnterviewden gaf aan een soort van groslijst te hanteren bij de inhuur van ICT-personeel. Daar wordt gebruik gemaakt van een marktplaatsconcept waar de aanbieder zich eerst dient te kwalificeren voordat hij toegelaten wordt tot de marktplaats. De aanbieder dient aan minimale eisen te voldoen, de lijst is niet gelimiteerd en eens per week worden gekwalificeerde aanbieders toegelaten. De geïnterviewde gaf aan dat het bijhouden van ervaringen gebeurt door contractmanagers. Deze houden tijdens het proces scores bij, dat leidt tot een classificatie en bij die classificatie hoort een regime. Dat regime (bedrijfskritisch) wordt ingebed in de overeenkomst zodat de leverancier in de toekomst controles in het proces moet toestaan.

Een tweede geïnterviewde IPG-lid gaf aan een lijst te hanteren met bouwgerelateerde bedrijven. Het gaat om een vast aantal bedrijven die aan de regio gebonden zijn. Een voordeel van een dergelijke lijst is volgens de geïnterviewde dat de bedrijven goed weten wat de standaarden van de aanbestedende dienst zijn en welk niveau gevraagd wordt. De geïnterviewde gaf aan dat ervaringen worden bijgehouden maar dat er geen sprake is van een afrekencultuur. Het grootste gedeelte van de leveranciers staat op gelijke hoogte, slechte presterende ondernemers worden na een gesprek (of meerdere gesprekken) soms geparkeerd.

Een derde geïnterviewde gaf aan dat de organisatie een conceptnotitie heeft opgesteld voor een groslijstenmethodiek, maar eerst te beginnen met contractmanagement. In dat contractmanagement zit de mogelijkheid voor een leverancier om zich in te schrijven voor een groslijst. De organisatie vraagt zich nog af hoe er bepaald moet worden welke ondernemers als eerste op de groslijst geplaatst moeten worden. De organisatie heeft een voorkeur naar het bakjessysteem. Geïnterviewde zegt dat vooral bij aannemers en belangrijke contracten de ervaringen worden bijgehouden. Met behulp van contractmanagement wordt geprobeerd om 'dingen die in de hoofden van mensen zitten' om te zetten in een systeem. Er is nog geen uniforme wijze van verslaglegging. Soms worden er andere wijzen gehanteerd om ervaringen bij te houden zoals een scorekaart, een bonus/malus of klantenpanels.

¹¹⁹ Provincie Fryslân, *Inkoop- en aanbestedingsbeleid*

¹²⁰ Oost Gelre, *Procedure Groslijstensystematiek Achterhoekse gemeenten 2015 (2015)*

¹²¹ Oost Gelre, *Procedure Groslijstensystematiek Achterhoekse gemeenten 2015 (2015) (p.6)*

De vierde geïnterviewde gaf aan dat de organisatie zich eens verdiept had in de methodiek maar nog niet de intentie heeft om de groslijst te gaan gebruiken. Er moet veel gerapporteerd worden en volgens de geïnterviewde zijn de meeste medewerkers van de organisatie daar nog niet klaar voor. Geïnterviewde zegt dat ervaringen worden bijgehouden en dat er gesprekken worden gevoerd als de performance achter blijft.

In het vijfde interview kwam ter sprake dat de groslijst wel gebruikt wordt bij het Ingenieursbureau van de organisatie. Het Ingenieursbureau werkt naar een past-performance-methodiek toe, maar de database is nog niet gevuld. Bij de eigen afdeling van de geïnterviewde werken ze nog niet met een dergelijke methodiek. De geïnterviewde zegt dat ervaringen worden bijgehouden maar dat die kennis niet afkomstig is van de Afdeling Inkoop, maar bij de producteigenaren.

De zesde organisatie gaf aan geen gebruik te maken van een groslijst. Volgens de geïnterviewde is voor het middengebied over het algemeen goed bekend wie de aanbieder zijn. Die worden benaderd of om een bepaalde reden niet benaderd.

Geïnterviewde zegt dat ervaringen van de 300 belangrijkste leveranciers worden bijgehouden door middel van leveranciersmanagement. Jaarlijks worden 200 van die 300 beoordeeld. Dat resulteert in een rapportcijfer. Die gegevens vormen een informatiesysteem. De informatie wordt met name verzameld om met de leverancier een gesprek aan te gaan om de prestaties te verbeteren.

Het zevende IPG-lid gaf aan dat in de organisatie al eens is nagedacht over het gebruik van een groslijst maar dat die (nog) niet tot stand is gekomen. Geïnterviewde zegt dat de organisatie bezig is met contractmanagement, dat de evaluaties op dit moment nog niet in de module zichtbaar zijn voor de inkoopers.

Bij drie geïnterviewde IPG-leden is een groslijstmethodiek of soortgelijks, deels of grotendeels ontwikkeld. Één geïnterviewd IPG-lid geeft aan geen gebruik te maken of gaan maken van een groslijst. Één organisatie heeft een conceptnotitie opgesteld en is nu bezig met contractmanagement. De resterende twee IPG-leden hebben aangegeven zich in de methodiek verdiept te hebben maar daar op dit moment (nog) niets mee te doen. Het merendeel van de geïnterviewde IPG-leden houdt de ervaringen met leveranciers op dit moment bij.

PIANOo

PIANOo heeft in haar handreiking een uitwerking van de groslijstmethodiek opgenomen. Volgens PIANOo is een groslijst passend voor opdrachten die een aanbestedende dienst meerdere malen inkoopt maar waarvoor de aanbestedende dienst geen raamovereenkomst afsluit.¹²² In bijlage 4 kunt u een stappenplan vinden voor de totstandkoming van een groslijstmethodiek volgens PIANOo. Ten aanzien van het bijhouden van ervaringen met ondernemers neemt PIANOo geen uitdrukkelijk standpunt in maar zij verwijst wel naar een factsheet¹²³ over past performance en prestatietmeten.

Provincie Fryslân

In 2013 is de Provincie Fryslân een pilot gestart met shortlists voor infraprojecten. Dit is de terminologie waar zij zelf van spreekt en die om die reden overgenomen wordt in de bespreking van de methodiek. De pilot telde 27 lijsten en voor bepaalde thema's hanteerde de provincie twee lijsten. Een lijst voor werken van €50.000,- tot €500.000,- en een lijst voor werken vanaf €500.000,- tot €1.500.000,- euro. Door met twee lijsten te werken wilde de provincie ook kleine aannemers de kans geven op een opdracht. De provincie plaatste in regionale media en online aankondigingen dat zij met shortlisten wilde gaan werken en gaven partijen de mogelijkheid om zich in te schrijven. Aan die oproep gaven ruim 140 bedrijven gehoor.

¹²² PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden (2015)* (p.10)

¹²³ PIANOo, <pianoo.nl/praktijk-tools/methodieken/prestatietmeten-past-performance>

Toen de provincie alle geïnteresseerde bedrijven in kaart had, werden deze gerankt aan de hand van een loting en na elke aanbesteding verandert de ranking. *“Voor elk groot werk worden de drie tot vijf hoogst genoteerde partijen uitgenodigd. De winnende inschrijver is bij een volgende procedure als eerste geplaatst. Maar de nummer vier in de uitslag gaat bijvoorbeeld naar de één na laatste plek. Daarnaast hebben prestaties invloed op de ranking. Dat blijkt een flinke stimulans voor het leveren van kwaliteit. Iets dat voorafgaand aan de pilot een aandachtspunt was.”*¹²⁴

De provincie meet de prestaties van bedrijven aan de hand van een beoordelingsformulier. Het formulier wordt tijdens de uitvoering bijgehouden en scores worden gecommuniceerd met de opdrachtnemer. Scoort de opdrachtnemer hoger dan 7,5 scoort, dan gaat zij naar de bovenkant van de lijst. Scoort de opdrachtnemer hoger dan 5,5 maar lager dan 7,5 dan behoudt zij haar positie. Scoort de onderneming lager dan een 5,5 dan verdwijnt zij naar de onderkant van de lijst.

Friese ondernemers waren als positief kritisch aan te merken. Verbeteringen zijn volgens hen mogelijk ten aanzien van de categorisering van opdrachten. Ook wordt het jammer gevonden dat prestaties van voor de invoering van de shortlist niet meetellen in de ranking. Er zijn positieve geluiden over het digitale registratiesysteem, maar als kanttekening wordt geplaatst dat het bij uitgebreide lijsten lang kan duren voor de top-5 bereikt wordt.

De provincie Fryslân hanteert een rankingmethode op basis van past performance en vraagt daarnaast bij meervoudig onderhandse aanbestedingen minimaal drie offertes waarvan – binnen de kaders van rechtmatigheid en mits de markt zich daartoe leent - minimaal één Friese ondernemer uitgenodigd en in het geval meer offertes worden aangevraagd, minimaal twee Friese ondernemers.¹²⁵

Gemeente Oost Gelre

De gemeente Oost Gelre werkt met vier groslijsten. Een lijst voor de aanleg en reconstructie van wegen en riolering, het onderhoud van het asfalt, onderhoud van elementenverharding en een lijst voor renovatie/groenprojecten.

Vijf jaar geleden kwamen er bij de gemeente veel vragen over het uitnodigingsbeleid wat gehanteerd werd. Ook kwam het voor dat bedrijven de gemeente of inkopers benaderden om zichzelf zo in beeld te brengen. Om dat te voorkomen wilde de gemeente een systematiek opzetten. In een informele samenwerking van vier Achterhoekse gemeenten kwam dit ook ter sprake. In die samenwerking werden eerder al gezamenlijke inkoopvoorwaarden gehanteerd en was een duurzaamheidsbeleid opgesteld. Er werd besloten een groslijstmethodiek op te stellen met afzonderlijke groslijsten voor elke gemeente. In de eerste groslijstmethodiek van Oost Gelre was er te weinig dynamiek, wisten leveranciers de posities van elkaar, waren er partijen van verder weg en twijfelde de politiek. Later hebben zich meer gemeenten gevoegd in de samenwerking. Het afgelopen jaar heeft er een aantal keer een overleg plaatsgevonden. Dit overleg was met name gericht op evaluatie. Er zijn verschillen tussen de groslijsten die de gemeenten hanteren.

In de huidige groslijstsystematiek is er sprake van een tussentijdse beoordeling welke verbetering mogelijk maakt en de eindbeoordeling resulteert in een score. Deze beoordeling is gebaseerd op de methode van CROW omdat deze algemeen bekend is bij aannemers.

Zoals u eerder al kon lezen zijn de groslijsten verbonden aan een geografische markt. Maar omdat de gemeente Oost Gelre geografisch gezien dicht bij de Duitse grens gelegen is, is dit niet voor alle opdrachten passend.

De groslijsten zijn aan de hand van de oude shortlist tot stand gekomen. Er zijn korte groslijsten waarvan de top 3 bekend is gemaakt. Aannemers hebben er geen bezwaar tegen als de top 3

¹²⁴ Provincie Fryslân, *Magazine Infra-info. Infraprojecten in beeld*, rapportage februari 2015

¹²⁵ Provincie Fryslân, *Inkoop- en aanbestedingsbeleid*

openbaar bekend is. Wanneer er vijf partijen uitgenodigd worden, is dat de top 3 en worden er twee andere partijen ingeloot. Op deze wijze hoopt de gemeente spanning te voorkomen. Volgens de gemeente zijn ondernemers zelf wel tevreden met de systematiek en dan met name over de beoordelingswijze. Op het moment van het selecteren van leveranciers is transparant waarom de ene partij wel uitgenodigd wordt (op basis van score) en een ander niet.

4.1.4 Transparantie ten aanzien van het inkoop- en aanbestedingsbeleid

Vier van de zeven geïnterviewde IPG-leden heeft haar inkoop- en aanbestedingsbeleid niet gepubliceerd op internet. De overige drie IPG-leden hebben dit wel gedaan. PIANOo heeft als expertisecentrum publicaties geschreven over het opstellen en hanteren van een inkoopbeleid maar niet over het wel of niet publiceren van inkoopbeleid door aanbestedende diensten. De provincie Fryslân heeft haar algemene inkoopvoorwaarden en inkoop- en aanbestedingsbeleid gepubliceerd. Oost Gelre heeft haar vastgestelde groslijstensystematiek¹²⁶, het duurzaam inkopenbeleid en het algemene inkoop- en aanbestedingsbeleid gepubliceerd op haar website.

¹²⁶ Oost Gelre, *Procedure groslijstensystematiek Achterhoekse gemeenten (2015)*

4.1.5 Concluderend, welke wijze van ondernemersselectie hanteren de onderzochte organisaties bij meervoudig onderhandse aanbestedingen?

Na uitvoering van het praktijkgerichte onderzoek kan het volgende gesteld worden over de werkwijzen van de onderzochte organisaties bij meervoudig onderhandse aanbestedingen.

De onderzochte organisaties hanteren verschillende wijzen voor de keuze voor meervoudig onderhands aanbesteden. De keuze wordt voornamelijk gebaseerd op de Gids Proportionaliteit, maar het komt ook vaak voor dat de aanbestedende diensten ervoor kiezen om meervoudig onderhands aan te besteden tot aan het Europees drempelbedrag.

PIANOO, provincie Fryslân en gemeente Oost Gelre staan niet afwijzend tegenover het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid bij meervoudig onderhandse aanbestedingen. Binnen IPG bestaat over dit onderwerp meer verdeeldheid. Enkele geïnterviewde IPG-leden willen of kunnen het niet hanteren terwijl andere organisaties het wel hanteren.

Over het hanteren van een groslijst bij de selectie van ondernemers bij enkele soorten meervoudig onderhandse aanbestedingen zijn PIANOO, provincie Fryslân en gemeente Oost Gelre positief. De provincie Fryslân en gemeente Oost Gelre ranken ondernemers op de groslijst door middel van het bijhouden van ervaringen. Ten aanzien van het bijhouden van ervaringen met ondernemers neemt PIANOO geen uitdrukkelijk standpunt in.

Bij de zeven IPG-leden heerst verdeeldheid over deze onderwerpen. Bij drie geïnterviewde IPG-leden is een groslijstmethodiek of soortgelijks, deels of grotendeels ontwikkeld. Één geïnterviewd IPG-lid geeft aan geen gebruik te gaan maken van een groslijst. Één organisatie heeft een conceptnotitie opgesteld en is nu bezig met contractmanagement. De resterende twee IPG-leden hebben aangegeven zich in de methodiek verdiept te hebben maar daar op dit moment (nog) niets mee te doen. Het merendeel van de geïnterviewde IPG-leden houdt de ervaringen met leveranciers op dit moment bij.

Vier van de zeven geïnterviewde IPG-leden heeft haar inkoop- en aanbestedingsbeleid niet gepubliceerd op internet. De overige drie IPG-leden hebben dit wel gedaan. PIANOO heeft als expertisecentrum publicaties geschreven over het opstellen en hanteren van een inkoopbeleid maar niet over het wel of niet publiceren van inkoopbeleid door aanbestedende diensten. De provincie Fryslân heeft haar inkoop- en aanbestedingsbeleid gepubliceerd. Oost Gelre heeft haar groslijstensystematiek, het duurzaam inkopenbeleid en het algemene inkoop- en aanbestedingsbeleid gepubliceerd op haar website.

5. Analyse van de onderzoeksresultaten

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag wat de belangrijkste verschillen en overeenkomsten zijn tussen het theoriegerichte onderzoek en het praktijkgerichte onderzoek.

5.1 Wat zijn de belangrijkste verschillen en overeenkomsten tussen de onderzoekspunten en het praktijkgerichte onderzoek?

Hieronder vindt u een opsomming van de belangrijkste verschillen en overeenkomsten tussen het theoretische en praktijkgerichte onderzoek, gesorteerd per onderzoekspunt.

1. De keuze voor een meervoudig onderhandse aanbesteding

Er bestaan verschillende hulpmiddelen om de keuze voor de aanbestedingsprocedure te maken. Vanuit de Rijksoverheid is er de circulaire van het Ministerie. Het expertisecentrum PIANOo heeft de Gids Proportionaliteit geschreven om aanbestedende diensten een houvast te geven. De beide hulpmiddelen hebben hun eigen kracht. Uit het praktijkonderzoek blijkt dat de onderzochte organisaties verschillende hulpmiddelen en richtbedragen hanteren om een keuze voor een aanbestedingsprocedure te maken. Dit is in overeenstemming met de besproken theorie.

2. Objectieve criteria

In de bespreking van de theorie kwam naar voren dat er verschillende meningen bestaat over het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid voor ondernemers bij aanbestedingen onder de Europese drempel.

In de theorie sprak één van de aanbestedingsspecialisten de shortlistmethodiek van de provincie Fryslân een gedegen methode te vinden voor onderdrempelige ondernemersselectie. Eerder kwam in het theoretisch onderzoek aan de orde in een artikel van zijn hand dat hij een regionaal voorkeursbeleid niet passend vindt in het kader van objectiviteit.

In het praktijkonderzoek is te lezen dat bij een meervoudig onderhandse aanbestedingen de provincie minimaal drie offertes vraagt. Bij drie wordt – binnen de kaders van rechtmatigheid en mits de markt zich daartoe leent - minimaal één Friese ondernemer uitgenodigd en in het geval meer offertes worden aangevraagd, minimaal twee Friese ondernemers.¹²⁷ Dit valt tussen de regels door te lezen in het inkoop- en aanbestedingsbeleid. In een evaluatie over de shortlistmethodiek komt dit regionale voorkeursbeleid vrijwel niet aan de orde. Hieruit blijkt het belang om als aanbestedende dienst helder te zijn over het inkoop- en aanbestedingsbeleid.

Omdat de aanbestedingsrechtsspecialist ook in het interview tegen het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid was, kan begrepen worden dat de shortlistmethodiek van de Provincie Fryslân volgens de aanbestedingsrechtsspecialist op zichzelf, zonder het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid, gedegen is.

In de praktijk lijken de onderzochte organisaties verschillend tegenover het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid te staan. Binnen de geïnterviewde IPG-leden bestaat over dit onderwerp verdeeldheid. Het ene IPG-lid kan vanuit functionaliteit bijna geen regionaal voorkeursbeleid te hanteren terwijl het andere IPG-lid de vestiging in de regio als uitgangspunt voor plaatsing op de

¹²⁷ Provincie Fryslân, Inkoop- en aanbestedingsbeleid (p.22)

preferred supplier list neemt. In dit opzicht komt de theorie overeen met de praktijk, er is geen zwart-wit antwoord te geven op de vraag of een regionaal voorkeursbeleid bij meervoudig onderhandse aanbestedingen gehanteerd mag worden.

Bij de bespreking van de jurisprudentie werd in een uitspraak als volgt overwogen: *‘Het komt de voorzieningenrechter niet onredelijk voor dat de Gemeente haar eigen recente ervaringen meeweegt in de keuze voor de uit te nodigen gegadigden.’*¹²⁸ De voorzieningenrechter is hier van oordeel dat past performance een uitsluitingsgrond kan vormen voor een (vervolg) aanbestedingsprocedure. Om past performance als uitsluitingsgrond te kunnen hanteren dient de aanbestedende dienst de ervaringen met ondernemers bij te houden.

Uit het praktijkgerichte onderzoek blijkt dat de provincie Fryslân en gemeente Oost Gelre ondernemers op de groslijst ranken door middel van het bijhouden van ervaringen. Ten aanzien van het bijhouden van ervaringen met ondernemers neemt PIANOo geen uitdrukkelijk standpunt in. Het merendeel van de geïnterviewde IPG-leden houdt de ervaringen met leveranciers op dit moment bij. In dat opzicht valt de praktijk samen met de gestelde theorie.

3. De wijze van ondernemersselectie

In het theoretisch hoofdstuk werden de verschillende methoden van ondernemersselectie besproken. Aan de hand van de handreiking van PIANOo kunnen drie geschikte manieren gevonden worden. De groslijst is daar één van. De groslijst wordt geschikt geacht voor regelmatig terugkerende meervoudig onderhandse aanbestedingen. Aan de hand van de hoeveelheid theorie die er over de groslijst te vinden is zou men kunnen stellen dat er veelvuldig van deze methode gebruik wordt gemaakt, maar slechts enkele IPG-leden geven aan gebruik te maken van deze of een soortgelijke methode. De overige onderzochte organisaties (PIANOo, provincie Fryslân en gemeente Oost Gelre) hanteren deze methode voor enkele soorten van meervoudig onderhandse aanbestedingen.

4. Transparantie

Krachtens artikel 1.4 lid 3 Aw 2012 verstrekt een aanbestedende dienst op schriftelijk verzoek van een ondernemer de motivering voor de keuze voor de gekozen aanbestedingsprocedure en de keuze voor de tot die procedure toegelaten ondernemers. In de theorie werd gesteld dat die motivering volstaat om, wanneer zij een algemeen kenbaar beleid op deze punten heeft vastgesteld en bekendgemaakt en dat beleid in dit specifieke geval van toepassing is, te verwijzen naar deze vaste gedragslijn.¹²⁹

Ook beide specialisten raden aan om het beleid openbaar te maken. De advocaten verwachten wel dat een enkele verwijzing naar het beleid niet volstaat bij een vraag over de keuze van de ondernemers die tot de procedure zijn toegelaten, het beleid dient namelijk voldoende concreet en specifiek te zijn en dat is op het punt van ondernemersselectie niet gemakkelijk zo te formuleren. Na bestudering van de theorie zou men zeggen dat het voor de aanbestedende dienst eenvoudig is om het aanbestedingsbeleid te publiceren om zo de gemaakte keuze beter te kunnen motiveren. In praktijk blijkt dat niet alle geïnterviewde organisaties hun inkoop- en aanbestedingsbeleid gepubliceerd hebben. Op dit punt verschilt de werkwijze van enige IPG-leden met de eerdere bestudeerde theorie.

¹²⁸ ECLI:NL:RBLIM:2014:6754 (*Gemeente Sittard-Geleen/Van Boekel Zeeland BV*) (rechtsoverweging 4.15)

¹²⁹ *Kamerstukken II* 2010/11, 32.440, nr. 11

6. Conclusies

Hieronder vindt u de conclusies ten aanzien van de vier onderzoekspunten uit dit rapport. Ter afsluiting vindt u de beantwoording van de centrale vraag.

Ad 1 De keuze voor meervoudig onderhands aanbesteden

Wanneer de waarde van een opdracht van een aanbestedende dienst lager is dan de Europese drempelwaarde dan kan de opdracht in beginsel nationaal of onderhands aanbesteed worden. De inkooprichtlijnen van de organisatie kunnen beschrijven wanneer de aanbestedende dienst van een nationale of onderhandse procedure gebruik kan maken. In de inkooprichtlijnen dient rekening gehouden te worden met hetgeen in de Gids Proportionaliteit is vastgesteld. De keuze voor de aanbestedingsprocedure die gehanteerd wordt dient op basis van objectieve criteria gemaakt te worden.

Bij onderdrempelige opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang dient de aanbestedende dienst een passende mate van openbaarheid in acht te nemen. De aanbestedende dienst kan dan niet zonder meer over gaan tot onderhandse gunning maar er moet een vorm van bekendmaking aan de gunning vooraf gaan. Onder meer de plaats van uitvoering van de opdracht kan van invloed zijn op de vraag of er sprake is van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang. De geografische ligging van de IPG-leden kan ervoor zorgen dat er onder omstandigheden eerder sprake is van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

Ad 2 Objectieve criteria voor de keuze van de ondernemers

Artikel 1.4 lid 1 sub b Aw 2012 verplicht de aanbestedende dienst om op basis van objectieve criteria de keuze voor ondernemers die toegelaten worden tot de aanbestedingsprocedure, te bepalen. Volgens de toelichting kan de keuze voor de ondernemers die worden toegelaten tot de procedure op basis van de volgende objectieve criteria worden bepaald: ervaring in de desbetreffende sector, de omvang en infrastructuur van de onderneming, de technische en professionele vaardigheden en andere elementen.

Ten aanzien van de vraag of het hanteren van een voorkeursbeleid bij meervoudig onderhands aanbesteden passend is binnen de objectieve criteria lopen de zienswijzen uiteen. Enerzijds wordt gesteld dat het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid niet in overeenstemming is met het maken van keuzes gebaseerd op objectieve criteria. Anderzijds noemt de Aw 2012 dat een aanbestedende dienst inschrijvers op gelijke wijze behandelt, maar is er geen wettelijk discriminatieverbod opgenomen ten aanzien van niet-uitgenodigde ondernemers.

De aanbestedende dienst dient zorg bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. Indien een partij stelt dat de aanbestedende dienst onvoldoende zorg heeft gedragen voor het creëren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen, maar de aanbestedende dienst kan beargumenteren dat de keuze voor de ondernemers gebaseerd is op objectieve criteria en dat daarnaast zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen is gecreëerd, uit jurisprudentie valt te verwachten dat de rechter dit terughoudend toetst. Hieruit blijkt het belang voor het IPG om de keuze voor de ondernemers niet alleen op objectieve criteria te kunnen motiveren, maar ook in het kader van het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.

Ad 3 De wijze van ondernemersselectie

Voor een aanbestedende dienst over kan gaan tot ondernemersselectie dient zij per opdracht te bekijken wat de relevante aspecten van het inkoopbeleid zijn, welke beleidsdoelen kunnen worden nagestreefd en een marktonderzoek te verrichten. De toelichting bij de wet schrijft voor dat een aanbestedende dienst bij enkelvoudig en meervoudig onderhandse aanbestedingen in ieder geval

een shortlist opstelt waarop voldoende mogelijke aanvragers staan om een adequate mededinging te garanderen. Ook kan de aanbestedende dienst gebruik maken van een systeem waarbij een lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers tot stand komt.

In dit onderzoek wordt onder groslijst verstaan een 'systeem waarbij een lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers tot stand komt.' Systemen om de lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers tot stand te brengen zijn loting, roulering, ranking of door middel van het bakjesprincipe. Het hanteren van een groslijst is passend bij regelmatig terugkerende onderhandse opdrachten. Bij eenmalige meervoudig onderhandse opdrachten volstaat een eenmalige aanpak en bij zeer regelmatig terugkerende opdrachten kan er voor een raamovereenkomst gekozen worden. Het opstellen en onderhouden van een groslijst is een arbeidsintensief proces.

Het hanteren van een groslijst is niet wettelijk verplicht, het hanteren van een shortlist waarop voldoende mogelijke aanvragers staan om een adequate mededinging te garanderen, wel. Een groslijst maakt de keuze voor de ondernemers bij meervoudig onderhandse aanbesteding meer objectiveerbaar en transparanter. Behalve bij meervoudig onderhandse aanbestedingen is een groslijst ook een systematiek om de keuze voor één ondernemer bij enkelvoudig onderhands aanbesteden meer objectiveerbaar te maken.

Loting en roulering zijn de minst arbeidsintensieve systemen om tot een lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers te komen. Om een rankingmethode tot stand te kunnen brengen dient de aanbestedende dienst passende criteria (zoals past performance of beleidsdoelen als social return of stimuleren regionale economie) te kiezen en aan de hand daarvan ondernemers op de lijst te ranken. De criteria dienen omgezet te worden in meetbare gegevens. Bij het hanteren van een bakjesprincipe worden ondernemers verdeeld over twee of meer fictieve bakjes. Deze bakjes kunnen verdeeld worden op basis van past performance of naar vestigingsplaats. Afhankelijk van het aantal offertes dat wordt uitgevraagd, wordt een aantal ondernemers uit het eerste en een aantal ondernemers uit het tweede bakje geselecteerd.

Van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen wordt verwacht dat zij beperkte invloed zullen hebben op ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen omdat de wijzigingen zien op bovendrempelige opdrachten. Indirect kunnen de richtlijnen wel invloed hebben op meervoudig onderhands aanbesteden zoals gezien in de percelenregeling en het hanteren van wanprestatie als uitsluitingsgrond.

Ad 4 Transparantie

Wanneer een ondernemer een schriftelijk verzoek indient voor de motivatie van de keuze voor de aanbestedingsprocedure, dan wel de ondernemers die daartoe toegelaten zijn, dan volstaat de motivering van de aanbestedende dienst om, wanneer een algemeen kenbaar beleid op deze punten is vastgesteld en bekendgemaakt en dat beleid in dit geval van toepassing is, om te verwijzen naar deze vaste gedragslijn.

Beantwoording centrale vraag

Bij de beantwoording van de centrale vraag kan gesteld worden dat een IPG-lid als aanbestedende dienst de juridische verplichting heeft om bij meervoudig onderhandse aanbestedingen in ieder geval een shortlist op te stellen waarop voldoende mogelijke aanvragers staan om adequate mededinging te garanderen. Daarnaast kan een IPG-lid gebruik maken van een systeem zoals loting, roulering, ranking of het bakjesprincipe waarbij een lijst met potentieel gekwalificeerde ondernemers tot stand komt. Door één van beide methodes te hanteren wordt voldaan aan het huidige wettelijke kader. De Europese aanbestedingsrichtlijnen bevatten geen directe aanwijzingen die erop zouden kunnen duiden dat door het hanteren van bovenstaande methoden van ondernemersselectie bij meervoudig onderhandse aanbestedingen niet voldaan wordt aan het toekomstig wettelijk kader.

7. Aanbevelingen

Bovenstaande in ogenschouw genomen kunnen de volgende aanbevelingen gedaan worden: (de aanbevelingen zijn geordend op volgorde van het onderzoekspunt)

Aanbevelingen over de keuze voor meervoudig onderhands aanbesteden

Houd op dit moment bij de plaatsing van meervoudig onderhandse aanbestedingen rekening met een mogelijk grensoverschrijdend belang gezien de geografische ligging van de IPG-leden ten aanzien van de Duitse grens. Wanneer er sprake is van een grensoverschrijdend belang kan een aanbestedende dienst niet zonder meer over gaan tot onderhandse gunning en dient zij een passende mate van openbaarheid in acht te nemen.

Aanbevelingen over objectieve criteria voor de keuze voor de ondernemers

Houd bij de motivatie van de ondernemers die tot de meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure toegelaten worden, rekening met de plicht tot het creëren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. Wanneer de aanbestedende dienst kan beargumenteren dat de keuze voor de ondernemers gebaseerd is op objectieve criteria en dat daarnaast zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen is gecreëerd, valt uit jurisprudentie te verwachten dat de rechter dit terughoudend toetst. Hieruit blijkt het belang voor een IPG-lid om de keuze voor ondernemers niet alleen op objectieve criteria te kunnen motiveren, maar ook in het kader van het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor publieke middelen.

Rapporteer eigen ervaringen met ondernemers. Uit jurisprudentie is gebleken dat het volgens de voorzieningenrechter niet onredelijk is om de eigen recente ervaringen van een aanbestedende dienst mee te laten wegen in de keuze voor de uit te nodigen gegadigden. Hieruit blijkt het belang voor de IPG-leden om ervaringen met ondernemers vast te leggen.

Aanbevelingen over het gebruik van een groslijst

Verricht als IPG-lid afzonderlijk een praktijkgericht onderzoek onder de ondernemers en inkopers om te onderzoeken of het hanteren van een andere selectiemethode voor een bepaald inkooppakket noodzakelijk is.

Inventariseer of er binnen het IPG organisaties zijn die voor één of meer inkooppakketten een groslijst willen hanteren. In dat geval is het mogelijk om gezamenlijk een groslijstsystematiek op te zetten waarbij het IPG-lid op basis van zijn eigen beleid en de uitgangspunten van het IPG invulling aan deze groslijst geeft. (Zoals de gemeente Oost Gelre binnen de Achterhoekse gemeenten heeft gedaan)

Wanneer een IPG-lid kiest voor een groslijstsystematiek en daarbij Stad en regio wil versterken als afgeleide van het eigen beleid en de doelstellingen van het IPG dan kan gekozen worden voor het bakjesprincipe. Bij het bakjesprincipe wordt een bakje gehanteerd met ondernemers uit de regio en ondernemers buiten de regio en wordt afhankelijk van het aantal offertes, een aantal ondernemers uit het eerste bakje en uit het tweede bakje geselecteerd. Bij deze systematiek moet wel de kanttekening geplaatst worden dat het hanteren van een regionaal voorkeursbeleid op gespannen voet lijkt te staan met de eis van objectiviteit. Echter is over dit onderwerp nog geen jurisprudentie ontstaan. Het is dus aan het IPG-lid om hierover een risicoanalyse te maken.

Behalve bij meervoudig onderhandse aanbestedingen is een groslijst ook een systematiek om de keuze voor één ondernemer bij enkelvoudig onderhands aanbesteden meer objectiveerbaar te maken.

Aanbevelingen ten aanzien van transparantie

Publiceer het inkoop- en aanbestedingsbeleid op de eigen of IPG-website. Op het moment dat een ondernemer een schriftelijk verzoek indient voor de motivatie van de keuze voor de aanbestedingsprocedure, dan wel de ondernemers die daartoe toegelaten zijn, dan volstaat de motivering om, wanneer een algemeen kenbaar beleid op deze punten is vastgesteld en bekendgemaakt en dat beleid in dit geval van toepassing is, om te verwijzen naar deze vaste gedragslijn.

8. Literatuur- en bronnenlijst

Hieronder vindt u een opsomming van de gebruikte literatuur en bronnen.

Wet- en regelgeving

Aanbestedingsbesluit

Besluit van 11 februari 2013, houdende de regeling van enkele onderwerpen van de Aanbestedingswet 2012.

Aanbestedingswet 2012

Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen

Circulaire ‘Grensbedragen onder de Europese drempelwaarde’

Circulaire van het Ministerie van Economische Zaken van 17 december 2014, kenmerk 2014-0000660935

Gids Proportionaliteit

Gids Proportionaliteit, Staatscourant, 2013, nr. 3075.

Kamerstukken II, 1994/95, 23700, nr. 5

Kamerstukken II, 1994/95, 23700, houdende de Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Derde tranche Algemene wet bestuursrecht), nr. 5 houdende de Nota naar aanleiding van het verslag

Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 3

Kamerstukken II 2010/11, 32.440, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..), nr. 3 houdende de Memorie van Toelichting

Kamerstukken II 2010/11, 32.440, nr. 11

Kamerstukken II 2010/11, 32.440, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..), nr. 11 houdende de Nota van Wijziging

Richtlijn 2014/24/EU

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG

Richtlijn 2014/24/EU

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG

Richtlijnvoorstel COM (2011), 895

Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten

Richtlijnvoorstel COM (2011), 896

Voorstel voor een richtlijn van het Europees parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten

Richtlijnvoorstel COM (2011), 897

Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gunning van concessieopdrachten

Wetsvoorstel Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU

Wetsvoorstel Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, <internetconsultatie.nl/implementatiewetaanbestedingsrichtlijnen>

Jurisprudentie en niet-bindende adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts

ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria*)

ECLI:EU:C:2005:487 (*Coname*)

ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*)

ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*)

ECLI:EU:C:2008:102 (*Commissie/Italië*)

ECLI:EU:C:2008:102 (*Commissie/Italië*)

ECLI:EU:T:2010:214 (*Commissie/Duitsland*)

ECLI:NL:RBDHA:2013:18500 (*Mammoet/Stichting Middin*)
ECLI:NL:RBGEL:2014:4742 (*Van Driesten Bouw/Stichting Trivium*)
ECLI:NL:RBLIM:2014:6754 (*Gemeente Sittard-Geleen/Van Boekel Zeeland BV*)
ECLI:NL:RBSGR:2012:BY8867 (*Bergingscentrale Bollenstreek/Politieregio Hollands Midden*)
ECLI:NL:RBZUT:2011:BV0451 (*Kadaster/HLA*)
ECLI:NL:RBZUT:2011:BU9991 (*Kadaster/HLA*)
ECLI:NL:OGHACMB:2014:58 (*Jossy Motors/Serlimar*)
Advies 31 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (15 oktober 2013)

Boeken

Fischer-Braams e.a., 2014

Mr. A.C.M. Fischer-Braams, prof. mr. G.W.A. van de Meent, mr. J.F. van Nouhuys, mr. A. Stellingwerff Beintema, *SDU Commentaar. Aanbestedingsrecht*. Den Haag: Sdu uitgevers 2014.

Glabbeek, 2012

N. Glabbeek, *Succesvol studeren, communiceren en onderzoeken. Alfabetisch naslagwerk voor het hoger onderwijs. (tweede editie)*. Amsterdam: Pearson Benelux BV, 2012.

Kuypers & Heringa, 2014

Prof. Mr. P.H.L.M. Kuypers, L. Heringa *Aanbestedingsrecht*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014

Tijdschriftartikelen

Blaisse-Verkooyen, Francois, Verweij, Tijdschrift voor Bouwrecht 2014/131

Mr. B.J.H. Blaisse-Verkooyen, mr. F. Francois, mr. E. Verweij, *De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (deel 1). De klassieke Richtlijn – wijzigingen ten opzichte van Richtlijn 2004/18/EG*, *Tijdschrift voor Bouwrecht 2014/131*

Damsma, JAAN 2014/145

Mr. R.S. Damsma, *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (locatie Arnhem), zaaknr. 200.101.730, ECLI:GHARL:2014:5475 (annotatie)*, *JAAN 2014/145* (Jurisprudentie Aanbestedingsrecht)

Damsma, Jaan 2014/157

Mr. R.S. Damsma, *Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland (zittingsplaats Arnhem), zaaknr. C/05/265673 / KG ZA 14-287, ECLI:NL:RBGEL:2014:4742 (annotatie)*, *JAAN 2014/157* (Jurisprudentie Aanbestedingsrecht)

Knoups, Vastgoedrecht 2013-2

Mr. L. Knoups, *Grensoverschrijdend belang: is een potentieel grensoverschrijdend belang voldoende?*, *Vastgoedrecht 2013-2*

Kroeze, CoBouw 24 januari 2014

Mr. K.J.J. Kroeze, *Vrijwillige aanbestedingen*, *CoBouw 24 januari 2014*

Haverkort en Broesterhuizen, Bouwrecht, nr. 61, april 2013

Mr. L.E.M. Haverkort, mr. A.E. Broesterhuizen, *Een boeiend intermezzo: Aanbestedingswet 2012 (deel 2)*, *Bouwrecht nr. 61, april 2013*

Van Heeswijck, Tijdschrift voor Bouwrecht 2014/75

Mr. dr. A.J. van Heeswijck, *Enige beschouwingen over de keuze van de procedure en de selectie van ondernemers voor deelname aan de procedure*, *Tijdschrift voor Bouwrecht 2014/75*

Van Heeswijck, Tijdschrift voor Bouwrecht 2015/22

Mr. dr. A.J. van Heeswijck, *De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk ‘maatschappelijke waarde’ voor de publieke middelen*, *Tijdschrift voor Bouwrecht 2015/22*

Internetbronnen

Binnenlands Bestuur, Uitleg begrip maatschappelijke waarde

Binnenlands Bestuur, *Uitleg begrip maatschappelijke waarde*, <binnenlandsbestuur.nl> (binnenlandsbestuur.nl/ruimte-en-milieu/kennispartners/nysingh-advocaten-notarissen/uitleg-begrip-maatschappelijke-waarde.9173081.lynkx)

CROW, Past Performance (2015)

CROW, *Past Performance* <past-performance.nl/>

Dirkzwager Advocaten, Afwijking van advies Commissie van Aanbestedingsexperts mogelijk? (29 januari 2014)

Mr. J.H.J. Bax, *Afwijking van advies Commissie van Aanbestedingsexperts mogelijk?* 29 januari 2014, dirkzwagerams.nl/2014/01/29/afwijking-van-advies-commissie-van-aanbestedingsexperts-mogelijk/

Dirkzwager Advocaten, Hoger beroep in geruchtmakende Kadasterzaak: Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat Kadaster wel onrechtmatig heeft gehandeld maar niet schadeplichtig is (24 juli 2014)

Mr. T. Oudenhoven, *Hoger beroep in geruchtmakende Kadasterzaak: Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat Kadaster wel onrechtmatig heeft gehandeld maar niet schadeplichtig is*, 24 juli 2014 (ga naar dirkzwagerams.nl, gebruik zoekterm 'Kadaster' en klik op het artikel)

Europa Decentraal, Aanbestedingswet (2015)

Europa Decentraal, *Aanbestedingswet*, (europadecentraal.nl/onderwerpen/aanbestedingen/aanbestedingswet/)

Europa Decentraal, Voorstellen nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, 2012

EUROPA decentraal, Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden, *Voorstellen nieuwe aanbestedingsrichtlijnen en de mogelijke impact voor decentrale overheden, februari 2012*.

Inkoop Platform Groningen, Inkoop Platform Groningen (2015)

Inkoop Platform Groningen, [<inkoopplatformgroningen.nl>](http://inkoopplatformgroningen.nl)

Internetconsultatie, Implementatiewet aanbestedingsrichtlijnen (2015)

Internetconsultatie, *Implementatiewet aanbestedingsrichtlijnen*, [<internetconsultatie.nl/implementatiewetaanbestedingsrichtlijnen>](http://internetconsultatie.nl/implementatiewetaanbestedingsrichtlijnen)

Nysingh Advocaten-Notarissen, Selectie bij onderhandse aanbestedingen (21 november 2013)

Nysingh Advocaten-Notarissen, mr. T.G. Zweers- te Raaij, *Selectie bij onderhandse aanbestedingen*, 21 november 2013 [<nysingh.nl/pub/actueel/2013-11/Selectie-bij-onderhandse-aanbestedingen.html>](http://nysingh.nl/pub/actueel/2013-11/Selectie-bij-onderhandse-aanbestedingen.html)

Oost Gelre, Procedure Groslijstensystematiek Achterhoekse gemeenten 2015 (2015)

Oost Gelre, *Procedure Groslijstensystematiek Achterhoekse gemeenten 2015*, [<oostgelre.nl/bestand/procedure-groslijstensystematiek-achterhoekse-gemeenten-2015>](http://oostgelre.nl/bestand/procedure-groslijstensystematiek-achterhoekse-gemeenten-2015)

PIANOO, Aanbestedingsanalyse 2013 'Voor de baat uit, resultaten 1 jaar Aanbestedingswet'

PIANOO, *Aanbestedingsanalyse 2013 'Voor de baat uit, resultaten 1 jaar Aanbestedingswet'*, [<pianoo.nl>](http://pianoo.nl) (ga naar 'praktijk en tools', 'onderzoek en advies', 'gww' en kies voor de link)

PIANOO, Juridische toelaatbaarheid groslijstmethodiek (2015)

Expertisecentrum Aanbesteden PIANOO, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden*, [<pianoo.nl>](http://pianoo.nl) (ga naar 'praktijk en tools' kies 'handreikingen en voorbeelddocumenten', kies 'algemeen inkopen' en kies voor het gelijknamige bestand)

PIANOO, Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden (2015)

Expertisecentrum Aanbesteden PIANOO, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden*, [<pianoo.nl>](http://pianoo.nl) (ga naar 'praktijk en tools' kies 'handreikingen en voorbeelddocumenten', kies 'algemeen inkopen' en kies het gelijknamige bestand)

PIANOO, Niet-uitgenodigd (week 51)

Expertisecentrum Aanbesteden PIANOO, *Niet-uitgenodigd (week 51)*, [<pianoo.nl>](http://pianoo.nl) [<pianoo.nl/niet-uitgenodigd-week-51>](http://pianoo.nl/niet-uitgenodigd-week-51)

PIANOO, PIANOO-samenvatting Europese aanbestedingsrichtlijn (februari 2014)

Expertisecentrum Aanbesteden PIANOO, *PIANOO-samenvatting Europese aanbestedingsrichtlijn (februari 2014)*, [<pianoo.nl>](http://pianoo.nl) (ga naar 'regelgeving', 'Europese richtlijnen', 'nieuwe Europees richtlijnen', en klik op de gelijknamige link)

PIANOO, Verslag regionale bijeenkomst 'Hoe besteed ik MKB-vriendelijk aan?' (2014)

Expertisecentrum Aanbesteden PIANOO, *Verslag regionale bijeenkomst 'Hoe besteed ik MKB-vriendelijk aan?'*, [<pianoo.nl>](http://pianoo.nl) (pianoo.nl/over-pianoo/bijeenkomsten-van-pianoo/regionale-bijeenkomsten)

PIANOO, Wat zijn de richtsnoeren leveringen en diensten? (2015)

Expertisecentrum Aanbesteden PIANOO, *Wat zijn de richtsnoeren leveringen en diensten?* [<pianoo.nl>](http://pianoo.nl) (ga naar metrokaart-inkopen-aanbesteden-faq en klik op de gelijknamige link)

Provincie Fryslân, Inkoop- en aanbestedingsbeleid Provincie Fryslân

Provincie Fryslân, *Inkoop- en aanbestedingsbeleid*, [<fryslan.frl/aanbestedingen>](http://fryslan.frl/aanbestedingen) (scroll naar beneden en klik op bestand)

Provincie Fryslân, Magazine Infra-info. Infraprojecten in beeld, rapportage februari 2015

Provincie Fryslân, *Magazine Infra-info. Infraprojecten in beeld*, rapportage februari 2015<magazines.fryslan.nl/nl/magazine/9044/772734/infra-info_5.html>

Rapportage Werkgroep Evaluatie Aanbestedingswet 2012

Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, Werkgroep Evaluatie Aanbestedingswet 2012, *Rapportage deelwerkgroep 2; keuzemogelijkheden nieuwe aanbestedingsrichtlijnen*, 26 november 2014

World Trade Organization, Agreement on Government Procurement (2015)

World Trade Organization, *Agreement on Government Procurement*, <wto.org> (ga naar 'trade topics', 'govt procurement' en 'agreement on government procurement')

Bijlage 1 Een vrijwillige aanbesteding

Hieronder wordt een uitspraak over de toepasselijkheid van aanbestedingsbeginselen bij vrijwillige aanbestedingen besproken.

De toepasselijkheid van de aanbestedingsbeginselen bij vrijwillige aanbestedingen

In een publicatie in het tijdschrift CoBouw¹³⁰ is nader uitgewerkt onder welke omstandigheden een private aanbesteder tijdens een vrijwillige aanbestedingsprocedure de aanbestedingsrechtelijke beginselen in acht dient te nemen. In de publicatie wordt een uitspraak van de voorzieningenrechter in kort geding besproken.¹³¹

In de onderhavige zaak ging het om een stichting die inkoopprocedure opstelde die grote gelijkenissen vertoonde met een aanbestedingsprocedure. Één van de deelnemers van de procedure vond dat het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel wel op de inkoopprocedure van toepassing was omdat de precontractuele goede trouw en de redelijkheid en billijkheid dit met zich meebrachten. De stichting stelde zich op het standpunt dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen niet van toepassing waren. De voorzieningenrechter oordeelde dat de toepasselijkheid van aanbestedingsrechtelijke beginselen bij vrijwillige aanbestedingen onder meer afhankelijk is van de aanbestedingsvoorwaarden en de verwachting die de deelnemers van de inkoopprocedure daarvan redelijkerwijs mochten hebben.

De voorzieningenrechter oordeelde over de vermeldingen van de stichting in het begeleidende inkoopdocument als volgt: *‘Van een (impliciete) uitsluiting van de beginselen in die paragraaf is echter geen sprake. De in die paragraaf opgenomen tekst verschaft informatie over het standpunt van Middin dat er sprake is van een vrijwillige aanbesteding, dat de Europese en nationale regelgeving niet op de procedure van toepassing is en dat de regeling van het inkoopdocument leidend is. Ook indien die uitgangspunten worden gevolgd, kunnen echter voormelde beginselen in acht worden genomen. Uit de aanbestedingsvoorwaarden blijkt voorts niet dat Middin zich alle vrijheid van handelen voorbehoudt op een zodanige manier dat dit zich niet met het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel verenigt.’*¹³²

Ook uit andere door Middin verstrekte teksten en voorwaarden kon worden afgeleid dat de stichting beoogde om verifieerbaar en transparant te handelen. De voorzieningenrechter oordeelde daarom dat op grond van de inhoud van de aanbestedingsvoorwaarden de aanbidders dan ook redelijkerwijs mochten verwachten dat de stichting de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zou nemen tijdens de inkoopprocedure. Andere omstandigheden op grond waarvan die verwachting van de aanbidders niet gerechtvaardigd was, zijn gesteld noch gebleken, zodat de stichting in deze zaak gehouden was om de aanbestedingsrechtelijke beginselen toe te passen op deze vrijwillige aanbesteding.

¹³⁰ Kroeze, CoBouw 24 januari 2014

¹³¹ ECLI:NL:RBDHA:2013:18500 (Mammoet/Stichting Middin)

¹³² ECLI:NL:RBDHA:2013:18500 (Mammoet/Stichting Middin) (rechtsoverweging 3.2)

Bijlage 2 Commissie van Aanbestedingsexperts

In deze bijlage kunt u meer lezen over de kracht van een niet-bindend advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts. In een kort geding¹³³ oordeelde de voorzieningenrechter onder meer over de status van een niet-bindend advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

De gemeente Zevenaar hield een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure. Bij deze procedure was onder meer BAM geselecteerd. In de aanbestedingsstukken werd bepaald dat de opdracht aan de EMVI-inschrijving zou worden gegund. Daarnaast stelde de gemeente nog enkele subgunningscriteria. De waardering van die subgunningscriteria werd omgezet in een fictieve korting. Deze fictieve korting werd op de aanneemsom verminderd.¹³⁴ BAM was van mening dat met bepaalde subgunningscriteria een relatief lage korting kon worden behaald en dat de onderdelen minimaal meetelden in de totale beoordeling. Volgens BAM hanteerde de gemeente niet het EMVI-gunningscriterium, maar het gunnen op basis van laagste prijs.¹³⁵ BAM diende een klacht in en verzocht de Commissie om haar oordeel te geven over de rechtmatigheid van de gunningssystematiek. Daarbij stuurde BAM het verzoek aan de Commissie om dat oordeel nog te geven voor de sluiting van de inschrijvingstermijn.¹³⁶ De Commissie kon haar oordeel niet geven voor sluiting van de inschrijvingstermijn, als gevolg daarvan voelde BAM zich gedwongen om dan onder de gunningssystematiek van de gemeente in te schrijven.

De conclusie en motivering van het advies van de Commissie werden aan BAM en de gemeente toegezonden. De conclusie luidde: *'In dit geval heeft de aanbestedende dienst weliswaar formeel het gunningscriterium van economisch meest voordelige inschrijving gehanteerd, maar is materieel sprake van hantering van het gunningscriterium van de laagste prijs. Beklaagde heeft dus, in strijd met het bepaalde van art. 2.114 Aanbestedingswet, niet voldaan aan de verplichting het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving te hanteren. De klacht is gegrond.'*¹³⁷ De gemeente zag daarin geen aanleiding om de lopende procedure te staken. Later schreef meldde de gemeente dat zij het voornemen had om de opdracht te gunnen aan een ander bedrijf. Daarop reageerde BAM dat zij een kort geding zal starten als de gemeente haar voornemen om te gunnen niet in zou trekken en een heraanbesteding zal organiseren. Aan die oproep gaf de gemeente geen gehoor.¹³⁸ BAM vorderde van de gemeente onder meer om een heraanbesteding te organiseren en het gegeven oordeel van de Commissie daarbij in acht te nemen.

Over de bewijskracht van het niet-bindende advies oordeelde de voorzieningenrechter in kort geding: *'In zijn algemeenheid is het, anders dan BAM heeft gesteld, niet zo dat een door de Commissie gegeven advies in een procedure voor de civiele rechter maatgevend is en dat dat advies slechts marginaal kan worden getoetst. Het advies van de Commissie is niet bindend. Een opvatting die erop neerkomt dat een oordeel van de Commissie slechts marginaal kan worden getoetst, levert een inperking op van het recht van de partijen hun geschil in volle omvang aan de rechter voor te leggen in een procedure die met voldoende waarborgen is omkleed. Voor een dergelijke inperking is geen (wettelijke) grond. Het advies van de Commissie is een geschrift waaraan in deze procedure vrije bewijskracht toekomt en waarmee de rechter bij de waardering van eventueel te leveren bewijs rekening kan houden. Dat laat overigens onverlet dat daarbij betekenis kan toekomen aan de deskundigheid van de leden van de Commissie en de daarbij betrokken experts.'*¹³⁹

Geconcludeerd kan worden dat wanneer een partij een beroep doet op een advies van de Commissie, de rechter dit advies niet marginaal, maar volledig toetst. Het staat de rechter vrij om van het gegeven advies af te wijken. Het advies heeft een vrije bewijskracht. Dat houdt in dat de rechter wel betekenis aan het gegeven advies mag toekennen. Daarin kan aan de deskundigheid van de leden van de Commissie en de daarbij betrokken experts betekenis toekomen. Aan het advies mag gewicht worden toegekend, maar het hoeft niet lijdend te zijn voor de uitkomst van het geschil.¹⁴⁰

¹³³ ECLI:NL:RBGEL:2014:54 (BAM/Zevenaar)

¹³⁴ Dirkzwager Advocaten, *Afwijking van advies Commissie van Aanbestedingsexperts mogelijk?* (29 januari 2014)

¹³⁵ Dirkzwager Advocaten, *Afwijking van advies Commissie van Aanbestedingsexperts mogelijk?* (29 januari 2014)

¹³⁶ ECLI:NL:RBGEL:2014:454 (BAM/Zevenaar) (rechtsoverweging 2.8)

¹³⁷ ECLI:NL:RBGEL:2014:454 (BAM/Zevenaar) (rechtsoverweging 2.10)

¹³⁸ ECLI:NL:RBGEL:2014:454 (BAM/Zevenaar) (rechtsoverweging 2.12 en 2.13)

¹³⁹ ECLI:NL:RBGEL:2014:454 (BAM/Zevenaar) (rechtsoverweging 4.5)

¹⁴⁰ Nysingh Advocaten-Notarissen, *Adviezen van Commissie van Aanbestedingsexperts niet bindend* (3 maart 2014)

Bijlage 3 Jurisprudentie

In deze bijlage kunt u de samenvattingen vinden van de arresten en uitspraken van de rechters. Ook vindt u in deze bijlage een niet-bindende advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Jossy Motors – Serlimar

Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba¹⁴¹ oordeelde in hoger beroep op 16 september 2014 over een soortgelijk geschil. Serlimar is een krachtens publiekrecht ingesteld orgaan dat zich bezighoudt met de inzameling en verwerking van afval. Serlimar heeft een aanbesteding in de markt gezet voor de huurkoop van twaalf afvalinzamelingsvoertuigen. Daarop heeft zij vier ondernemers uitgenodigd om een aanbod te doen. Jossy Motors, welke niet uitgenodigd was, stelt dat zij ten onrechte is uitgesloten van de aanbesteding. Zij vordert daarop een schadevergoeding.¹⁴²

Serlimar heeft voor totstandkoming van deze aanbestedingsprocedure een beroep gedaan op de expertise van de Dienst Openbare Werken Aruba. Door de urgentie van het probleem en de noodzaak van een structurele oplossing op korte termijn is gekozen voor een onderhandse aanbesteding met een beperkt aantal partijen. Serlimar had alleen partijen uitgenodigd waarvan zij dacht, dat deze zouden voldoen aan het door haar opgestelde algemene profiel.¹⁴³ Nadat Serlimar bij de rechtbank in eerste instantie in het gelijk is gesteld, ging Jossy Motors in hoger beroep. Maar in dat hoger beroep heeft Jossy Motors niet gemotiveerd gereageerd. Volgens de rechter stond niet vast dat Serlimar door het niet-uitnodigen van Jossy Motors in strijd heeft gehandeld met een of meerdere algemene beginselen van behoorlijk bestuur of de beginselen van het aanbestedingsrecht.

De rechter oordeelde over het uitnodigen van partijen bij een onderhandse aanbestedingsprocedure als volgt: *'Bij een onderhandse aanbesteding is de aanbestedende in beginsel vrij daarvoor zelf de partijen te selecteren die zij gelegenheid tot inschrijving biedt. Het niet-uitnodigen van een bekende gegadigde kan evenwel onder omstandigheden onrechtmatig zijn. Aangezien, gelet op het voorgaande, niet kan worden aangenomen dat Jossy Motors aan de geschiktheidseisen voldeed, is in dit geval onvoldoende gesteld om onrechtmatig handelen van Serlimar te kunnen aannemen.'*¹⁴⁴

Bergingscentrale Bollenstreek – Politieregio Hollands Midden

De Politieregio Hollands Midden (PHM) besloot een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure te houden voor het sluiten van een overeenkomst met een bergingsbedrijf. De overeenkomst zag op het in opdracht van de politie slepen en bergen van voertuigen, de zogenaamde politiebergingen. PHM besloot om maximaal drie marktpartijen uit te nodigen om een aanbod te doen. Voor de selectie van die drie marktpartijen richtte PHM een interne ad-hoc projectgroep in. In de projectgroep kwam ter sprake dat Bergingscentrale Bollenstreek (BCB) volgens enkele leden niet servicegericht zou zijn en dat bergingsvoertuigen laat bij een incident aan kwamen. Ook zou de opslaglocatie van BCB als slecht worden ervaren.¹⁴⁵ Daarop besloot PHM om drie bedrijven uit te nodigen, maar BCB niet. Na sluiting van de inschrijving werd de opdracht gegund aan BCU. In maart 2012 ontving BCB van PHM een toelichting op de verlopen aanbestedingsprocedure alsmede het 'Rapport evaluatie inschrijvingen'.¹⁴⁶ Na bestudering van het rapport vond BCB dat PHM de aanbestedings onzorgvuldig had voorbereid en besloot zij een gerechtelijke procedure tegen PHM te starten.

De rechter oordeelde ten eerste dat de opdracht niet aanbestedingsplichtig was. De geraamde waarde lag onder de drempelwaarde en PHM had toentertijd geen aanbestedingsbeleid op grond waarvan zij een bepaalde soort procedure diende te volgen. PHM was vrij in de keuze voor de ondernemers die toegang zouden krijgen tot de procedure. Op de voorselectie van ondernemers die toegelaten worden tot de aanbestedingsprocedure zijn de aanbestedingsrechtelijke beginselen (het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel) in beginsel niet van toepassing. De voornoemde beginselen werken pas vanaf de inschrijvingsfase. Wel was de PHM gehouden om tijdens de voorselectie de algemene beginselen van

¹⁴¹ ECLI:NL:OGHACMB:2014:58 (Jossy Motors – Serlimar)

¹⁴² ECLI:NL:OGHACMB:2014:58 (Jossy Motors/Serlimar) (rechtsoverweging 4.1)

¹⁴³ PIANOo, Niet-uitgenodigd (week 51)

¹⁴⁴ ECLI:NL:OGHACMB:2014:58 (Jossy Motors/Serlimar) (rechtsoverweging 4.6)

¹⁴⁵ ECLI:NL:RBSGR:2012:BY8867 (Bergingscentrale Bollenstreek/Politieregio Hollands Midden) (rechtsoverweging 2.2)

¹⁴⁶ ECLI:NL:RBSGR:2012:BY8867 (Bergingscentrale Bollenstreek/Politieregio Hollands Midden) (rechtsoverweging 2.6)

behoorlijke bestuur in acht te nemen. Daartoe behoort ook het zorgvuldigheidsbeginsel waarop BCB zich beroept. De rechter oordeelde dat de wijze van voorselectie (terloopse bespreking van verschillende bergingsbedrijven in een ad-hoc commissie) op gespannen voet lijkt te staan met het beginsel van zorgvuldige voorbereiding. Verdere beslissingen over dit punt liet de rechter achterwege omdat BCB onvoldoende had onderbouwd dat zij schade heeft geleden door het feit dat zij door PHM niet uitgenodigd was voor de aanbestedingsprocedure.¹⁴⁷

Kadaster – HLA

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde op 8 juli 2014 over een geschil.¹⁴⁸ In de zaak ging het om een geschil tussen het Kadaster en een logistiek adviesbureau HLA. Het Kadaster zetten een meervoudig onderhandse aanbesteding in de markt voor het grafisch presenteren, plotten en printen van KLIC-data. Het Kadaster heeft deze offerte-uitvraag verzonden aan de bedrijven die vermeld stonden op een door het BAO (Bronhouders- en Afnemerverleg kabels en leidingen). Op deze lijst stonden 27 bedrijven. HLA kwam er niet op voor. Vier bedrijven hebben aan het Kadaster een aanbieding gedaan. Arcadis werd daaruit als beste gekwalificeerd, zij is overgegaan tot ontwikkeling. De ontwikkelde applicatie biedt het Kadaster gratis aan via een link op haar website.¹⁴⁹

Bij de rechtbank heeft HLA gesteld dat het Kadaster jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld. Ter ondersteuning daarvan voert zij verschillende gronden aan. Een van die gronden is dat het Kadaster in strijd heeft gehandeld met de bekende algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de aanbestedingsrechtelijke beginselen. (gelijkheidsbeginsel, transparantiebeginsel en objectiviteitsbeginsel). De onrechtmatige gedraging van het Kadaster is volgens HLA gelegen in het feit dat zij niet voor de onderhandse aanbesteding uitgenodigd is, terwijl het Kadaster wist dat HLA over de benodigde expertise beschikte, geïnteresseerd zou en zijn en zogezegd een ontwikkelde 'KLIC viewer' op de plank had liggen.¹⁵⁰

In een tussenvonnis van de Rechtbank Zutphen van 4 mei 2011¹⁵¹ heeft de rechter voor recht verklaard dat het Kadaster tegenover HLA in strijd heeft gehandeld met het beginsel dat potentiële inschrijvers gelijk moeten worden gehandeld. Doordat zij de uitvraag naar een offerte niet aan HLA heeft verzonden terwijl het Kadaster op de hoogte was dat HLA actief was op de markt waarop de aanbesteding betrekking had, heeft zij aan het gelijkheidsbeginsel niet voldaan.¹⁵²

In het eindvonnis van 28 december 2011 oordeelde de rechter dat HLA als gevolg daarvan schade had geleden. Het Kadaster werd veroordeeld tot een schadevergoeding van €10.000.000,-.¹⁵³ Niet geheel onverwacht ging het Kadaster in principaal appel. Daarop ging HLA in incidenteel appel. Er worden verschillende grieven aangevoerd.

Ten eerste volgt het Hof de rechtbank ten aanzien van de stelling dat HLA inderdaad uitgenodigd had moeten worden. Het Hof onderbouwt deze stelling als volgt: *“Nu de bedoeling van de uitvraag was dat in beginsel alle potentieel geïnteresseerde IT-bedrijven gelegenheid zouden hebben om een aanbieding voor de onderhavige opdracht te doen, het Kadaster wist dat HLA bij uitstek actief was op dit terrein en niet is gebleken van redenen om HLA bij voorbaat uit te sluiten, moet worden geoordeeld dat het Kadaster onrechtmatig heeft gehandeld door HLA buiten de uitvraag te houden.”*¹⁵⁴ Hiermee bevestigt het Hof dat een aanbestedende dienst onder omstandigheden gehouden kan zijn om een partij wel uit te nodigen tot een aanbestedingsprocedure.

Daarna buigt het Hof zich over de vraag of het Kadaster schadeplichtig is ten aanzien van HLA. Zij overweegt het volgende: *‘Als uitgangspunt geldt dat alleen een vergoedingsplicht bestaat wanneer een gegadigde aannemelijk weet te maken dat hij de opdracht zou hebben verworven indien de opdrachtgever conform de toepasselijke voorschriften zou hebben gehandeld (in dit geval: indien het Kadaster HLA wel zou hebben*

¹⁴⁷ ECLI:NL:RBSGR:2012:BY8867 (Bergingscentrale Bollenstreek/Politieregio Hollands Midden)(rechtsoverweging 4.1)

¹⁴⁸ ECLI:NL:GHARL:2014:5475 (Kadaster/HLA)

¹⁴⁹ ECLI:NL:GHARL:2014:5475 (Kadaster/HLA) (rechtsoverweging 3.1)

¹⁵⁰ ECLI:NL:GHARL:2014:5475 (Kadaster/HLA) (rechtsoverweging 3.2)

¹⁵¹ ECLI:NL:RBZUT:2011:BV0451 (Kadaster/HLA)

¹⁵² Damsma, JAAN 2014/145

¹⁵³ ECLI:NL:RBZUT:2011:BU9991 (Kadaster/HLA)

¹⁵⁴ ECLI:NL:GHARL:2014:5475 (Kadaster/HLA) (rechtsoverweging 3.7)

uitgenodigd deel te nemen aan de onderhandse aanbestedingsprocedure). Het hof is van oordeel dat HLA onvoldoende heeft gesteld om aannemelijk te kunnen achten dat de opdracht aan haar gegund had moeten worden. HLA heeft in de procedure weliswaar gesteld dat zij een KLIC-viewer “op de plank” had liggen, maar zij heeft nagelaten door middel van concrete gegevens (bijvoorbeeld aan de hand van rapporten) te onderbouwen met welke KLIC-viewer zij zou hebben ingeschreven alsmede dat die viewer ook aan de eisen van het “Bestek grafisch presenteren en plotten t.b.v. KLICgegevens” voldeed.”¹⁵⁵ Het Hof concludeert dus dat het niet-uitnodigen van HLA door het Kadaster onrechtmatig was, maar dat het Kadaster niet schadeplichtig is jegens HLA.

Van Driesten Bouw – Stichting Trivium

Op 7 juli 2014 oordeelde de Rechtbank Gelderland in een kort geding procedure over de selectie van ondernemers bij een heraanbesteding.¹⁵⁶ In casu ging het om een stichting die een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure startte voor de verbouw en gedeeltelijke nieuwbouw van een school. Per brief heeft de stichting een aantal bedrijven, waaronder Van Driesten Bouw, uitgenodigd om een inschrijving te doen voor een zo voordelig mogelijk ontwerp. Daarop deed Van Driesten Bouw een prijsaanbod. In de aanbestedingsstukken was opgenomen dat wanneer een partij mogelijkheden zag voor een voordeliger alternatief, zij dit bezuinigingsvoorstel als bijlage bij de inschrijving mochten voegen. Van Driesten schreef in en voegde bezuinigingsvoorstellen toe. Op het eerste zicht lijkt Van Driesten de laagste inschrijver te zijn, daarop wordt medegedeeld dat de bijgevoegde bezuinigingsvoorstellen bestudeerd zullen worden. Na beoordeling van de voorstellen wordt de opdracht aan een ander bedrijf gegund. Daarop sommeert Van Driesten om het voornemen tot gunning te herroepen. Vervolgens schrijft de stichting aan alle inschrijvers dat zij de lopende procedure staakt vanwege nieuwe financiële omstandigheden en procedurele gebreken. Daarbij schrijft ze dat alle bijbehorende beslissingen tot gunning en afwijzing worden ingetrokken. De stichting doet een heraanbesteding maar nodigt Van Driesten Bouw daarvoor niet uit.¹⁵⁷ Daarop begint Van Driesten Bouw een kort geding tegen de stichting. In het kort geding wijst de rechter de vordering tot toewijzing van de opdracht aan haar af. De door de stichting gehanteerde gunningscriteria voldeden niet aan de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. Daarom stond het de stichting vrij om de lopende procedure te staken en tot heraanbesteding over te gaan. De subsidiaire vordering tot schadevergoeding wordt tevens afgewezen.

De meer subsidiaire vordering van Van Driesten om toegelaten te worden tot de heraanbesteding wordt door de rechter toegewezen. De rechter stelde ten eerste dat een aanbestedende dienst in beginsel is gehouden om inschrijvers die zij eerder had uitgenodigd voor een aanbestedingsprocedure, ook voor de heraanbesteding uit te nodigen. Wanneer er een goede reden is op grond waarvan de aanbestedende dienst een eerdere deelnemer niet meer hoeft uit te nodigen, dan hoeft zij deze inschrijver bij de heraanbesteding niet meer uit te nodigen. De stichting voerde aan dat zij Van Driesten Bouw niet meer heeft uitgenodigd omdat uit haar eerdere inschrijving opgemaakt kon worden dat zij 80% van de werkzaamheden zou uitbesteden aan onderaannemers. Volgens de stichting was dat onwenselijk en leidde zo een hoog percentage van onderaannemers tot vertraging in de uitvoering van de opdracht.¹⁵⁸ De rechter oordeelt dat de stichting niet voldoende aannemelijk had gemaakt dat het percentage aan werkzaamheden uitgevoerd door onderaannemers, zou leiden tot zulke grote problemen dat van de stichting niet verlangd kon worden om de eerdere inschrijver uit te nodigen voor de heraanbestedingsprocedure.¹⁵⁹

De rechter concludeerde dat de door de stichting aangevoerde reden niet afdoende is om Van Driesten Bouw niet uit te nodigen voor de heraanbesteding. Ook het standpunt dat de heraanbesteding om een (geheel) gewijzigde opdracht gaat, heeft de stichting niet aannemelijk kunnen maken. Verder heeft de stichting geen feiten en omstandigheden aangevoerd waar uit zou kunnen leiden dat Van Driesten niet tot de heraanbesteding toegelaten zou moeten worden. De rechter wijst daarop deze vordering van Van Driesten toe.

¹⁵⁵ ECLI:NL:GHARL:2014:5475 (Kadaster/HLA) (rechtsoverweging 3.11)

¹⁵⁶ ECLI:NL:RBGEL:2014:4742 (Van Driesten Bouw/ Stichting Trivium)

¹⁵⁷ Damsma, JAAN 2014/157

¹⁵⁸ ECLI:NL:RBGEL:2014:4742 (Van Driesten Bouw/ Stichting Trivium) (rechtsoverweging 4.7)

¹⁵⁹ ECLI:NL:RBGEL:2014:4742 (Van Driesten Bouw/ Stichting Trivium) (rechtsoverweging 4.8)

Gemeente Sittard-Geleen / Van Boekel Zeeland BV

In de onderhevige zaak¹⁶⁰ ging het om een geschil tussen de gemeente Sittard-Geleen tegen Van Boekel Zeeland BV. Van Boekel heeft op basis van het EMVI-criterium een aanbesteding van de gemeente gewonnen. De aanbesteding maakte deel uit van een Masterplan. Het Masterplan bevat tevens meerdere vervolgprojecten. Over die vervolgprojecten is het volgende in de aanbestedingsstukken opgenomen: *“Er kunnen mogelijke vervolgopdrachten van soortgelijk werk in het centrum van Sittard worden verstrekt, overeenkomstig het gestelde in artikel 6.1.6. uit het ARW 2012. Het daadwerkelijk verstrekken van een vervolgopdracht is mede afhankelijk van de geleverde prestatie (o.a. voldoen aan de opgelegde EMVI-aspecten) ten aanzien van de oorspronkelijke opdracht.”*¹⁶¹

Na enige tijd ging de gemeente over tot een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure (zonder voorafkondiging) voor een vervolgproject in het Masterplan. Daarbij was Van Boekel niet betrokken. Zodra Van Boekel hiervan op de hoogte was, heeft zij zich tot de gemeente Sittard-Geleen gewend en diende een verzoek in voor een toelichting op de uitsluiting. Na enige e-mailwisselingen tussen beide partijen bleef de gemeente volharden in haar beslissing om Van Boekel niet toe te laten tot de meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure. Het college van B&W gaf van Boekel de volgende reden tot niet-uitnodiging voor het vervolgproject: *‘Het daadwerkelijk verstrekken van vervolgopdrachten is mede afhankelijk van de geleverde prestatie. Wij hebben een tussenevaluatie uitgevoerd. Uw prestaties zijn vergeleken met ons wensbeeld. Hieruit is naar voren gekomen dat deze niet op elkaar aansluiten. Met name aan de procesmatige kant constateren wij tekortkomingen....’* Daarop maakte Van Boekel een kort geding aanhangig bij de civiele rechter. Zij stelt dat de gemeente haar ten onrechte niet heeft uitgenodigd om een inschrijving te doen voor het vervolgproject in het Masterplan.

Ten aanzien van het uitsluiten van Van Boekel op grond van de eigen ervaring van de gemeente oordeelde de voorzieningenrechter als volgt: *‘Van Boekel stelt dat het in strijd met het gelijkheidsbeginsel en de voorgeschreven proportionaliteit is dat zij wordt uitgesloten van de vervolgaanbesteding. Van Boekel stelt dat zij ten onrechte ongeschikt wordt geacht en wordt uitgesloten. Van Boekel heeft immers meegedaan aan de voorselectie, met het resultaat dat zij in de pool van gegadigden was opgenomen en heeft dus meer dan voldoende en aantoonbare ervaring met de uitvoering van UAV-GC contracten.’*¹⁶²

‘De voorzieningenrechter kan Van Boekel niet volgen in de stelling dat zij voldoet aan de geschiktheidseisen en uitgenodigd had moeten worden. Uit het bovenstaande volgt immers dat de gemeente op grond van haar eigen (nieuwe) ervaringen met Van Boekel in de uitvoering van het eerste deel aan de geschiktheid van Van Boekel is gaan twijfelen. Het komt de voorzieningenrechter niet onredelijk voor dat de Gemeente haar eigen recente ervaringen meeweegt in de keuze voor de uit te nodigen gegadigden. Dat bij de keuze voor anderen uit de pool de Gemeente ook geen garantie heeft voor een geslaagd projectmanagement, zoals Van Boekel lijkt te betogen, doet daar niet aan af. De “past performance” van Van Boekel maakt dat zij geen gelijk geval meer is en er is aldus geen strijd is met het gelijkheidsbeginsel of het proportionaliteitsbeginsel.’¹⁶³

Advies 31 van de Commissie van Aanbestedingsexperts

Op 15 oktober 2013 publiceerde de Commissie van Aanbestedingsexperts een advies¹⁶⁴ over het vraagstuk rond de passende mate van openbaarheid rondom een aanbestedingsprocedure. Het geschil kent het volgende verloop: Beklaagde is een samenwerkingsverband van een aantal gemeenten. Op 26 februari 2013 heeft zij drie ondernemingen uitgenodigd voor een marktconsultatie. Voor deze marktconsultatie is klager niet uitgenodigd.

Naar aanleiding van de marktconsultatie heeft beklagde in mei 2013 een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure opgezet voor de uitvoering van brandweertrainingen. Daarvoor zijn vijf marktpartijen uitgenodigd, maar klager niet. Vervolgens hebben drie partijen zich ingeschreven op de aanbesteding. Aan inschrijver X is de opdracht in juli gegund, de overeenkomst werd in oktober 2013 ondertekend. Daarop heeft klager een klacht ingediend bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. Volgens klager handelde de beklagde

¹⁶⁰ ECLI:NL:RBLIM:2014:6754 (Gemeente Sittard-Geleen/ Van Boekel Zeeland BV)

¹⁶¹ ECLI:NL:RBLIM:2014:6754 (Gemeente Sittard-Geleen/ Van Boekel Zeeland BV) (rechtsoverweging 2.2)

¹⁶² ECLI:NL:RBLIM:2014:6754 (Gemeente Sittard-Geleen/ Van Boekel Zeeland BV) (rechtsoverweging 4.14)

¹⁶³ ECLI:NL:RBLIM:2014:6754 (Gemeente Sittard-Geleen/ Van Boekel Zeeland BV) (rechtsoverweging 4.15)

¹⁶⁴ Advies 31 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (15 oktober 2013)

in strijd met het Verdrag door meervoudig onderhands aan te besteden en ter zake geen passende mate van openbaarheid in acht te nemen.

Uit de aanbestedingsrichtlijnen volgt een onderverdeling tussen de (Europese) aanbesteding van diensten. Er zijn diensten waarbij de Europese aanbestedingsrichtlijnen volledig van toepassing zijn (2A-diensten) en de diensten waar een beperkt gedeelte van de aanbestedingsrichtlijnen op van toepassing zijn (2B-diensten). 2B-diensten hebben een speciale status omdat ze geen bijdrage leveren aan de eenwording van de interne markt omdat de diensten door nationale dienstverleners (moeten) worden uitgevoerd.

Wanneer een 2B-dienst aanbesteedt wordt dient de aanbestedende dienst de gunningsbeslissing te publiceren en de algemene beginselen van het EU-verdrag in acht te nemen.¹⁶⁵ Het uitvoeren van brandweertrainingen wordt in dezen als 2B-dienst aangemerkt. Uit artikel 2.39 lid 3 van de Aanbestedingswet 2012 volgt dat wanneer de aanbesteding van een 2B-dienst een duidelijk grensoverschrijdend belang kent, de aanbestedende dienst een passende mate van openbaarheid in acht moet nemen.

Ten aanzien van de klacht oordeelde de Commissie als volgt. Zij stelt dat volgens vaste rechtspraak het in beginsel aan de aanbestedende dienst is om het eventuele grensoverschrijdende belang van en opdracht met betrekking tot een 2B-dienst te beoordelen.¹⁶⁶ Een aanbestedende dienst dient dus marktonderzoek te doen. Er zijn volgens vaste rechtspraak enkele objectieve criteria die kunnen wijzen op de aanwezigheid van een duidelijk grensoverschrijdend belang bij een aanbesteding.

Een eerste objectief criterium is de financiële waarde van de opdracht. De Commissie was van mening dat zelfs wanneer de geschatte waarde lager was dan de laagste inschrijfsom (in dezen €1.776.380,-) de geschatte financiële waarde van de opdracht aanzienlijk te noemen was. Als steunargument haalde zij enkele artikelen (artikel 4, 74, 75 lid 1 en Annex XVI) van de concept nieuwe Algemene Richtlijn aan. Aan de hand van die artikelen zijn aanbestedende diensten in de toekomst verplicht om opdrachten als onderhavige algemeen aan te kondigen met een waarde van €750.000,-¹⁶⁷

Een tweede objectief criterium is de plaats van de uitvoering van de dienst. In het aanbestedingsdocument is opgenomen dat de trainingslocatie van de brandweertrainingen zich in Nederland diende te begeven. Uit die zinsnede kon de Commissie opmaken dat de beklaagde een afstand van 200 kilometer maximaal – berekend vanuit het centrum van het samenwerkingsverband- als proportioneel beschouwde. De Commissie was van mening dat de door de beklaagde eis niet objectief was. De gebruikte eis sluit trainingslocaties met een reisafstand onder de 200 km, maar gelegen in Duitsland of België, uit.¹⁶⁸ De Commissie concludeert aan de hand van bovenstaande criteria dat de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang kent.

Ten aanzien van het niet-uitnodigen van beklaagde stelt de Commissie als volgt. 'Beklaagde was op de hoogte van het bestaan van klager, maar heeft klager niet tot de meervoudig onderhandse procedure uitgenodigd omdat uit haar marktonderzoeken en de verschillende aan haar uitgebrachte adviezen niet is gebleken van concrete, duidelijke belangstelling van klager.'¹⁶⁹

De Commissie is alles overwegende van oordeel dat de opdracht tot uitvoering van brandweertrainingen een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft en beklaagde zich daarvan bewust had moeten zijn. Door meervoudig onderhands aan te besteden is beklaagde tekortgeschoten in haar verplichting om een passende mate van openbaarheid van aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van de overheidsopdracht in acht te nemen. Ten aanzien van het niet-uitnodigen van de klager doet de Commissie geen verdere uitspraken.

¹⁶⁵ PIANOo, *Wat zijn 2A- en 2B-diensten?* (2015)

¹⁶⁶ Advies 31 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (15 oktober 2013) (overweging 6.2)

¹⁶⁷ Advies 31 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (15 oktober 2013) (overweging 6.8)

¹⁶⁸ Advies 31 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (15 oktober 2013) (overweging 6.11)

¹⁶⁹ Advies 31 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (15 oktober 2013) (overweging 6.14)

Bijlage 4 **Groslijst**

Hieronder vindt u een voorbeeld van een stappenplan voor de totstandkoming van een groslijstensystematiek. Het voorbeeld is opgesteld aan de hand van de handreiking van PIANOo.¹⁷⁰

.....**Stap 1:**.....**Kies voor welk inkooppakket een groslijst passend is.**

Aan de hand van marktonderzoek kunt u kijken of een groslijstensystematiek geschikt is voor bepaalde regelmatig terugkerende opdrachten. Bij bestudering van verschillende groslijsten welke gehanteerd worden door gemeenten, provincies en waterschappen blijkt dat op dit moment groslijsten voornamelijk opgesteld worden voor civieltechnische werken, cultuurtechnische werken en adviesdiensten. Hierbij kan gedacht worden aan groenvoorziening, grondverzet, aanleg van betonwegen, asfaltering en riolering. Het staat u vrij om voor een ander inkooppakket een groslijst op te stellen. Wel moet u daarbij rekening houden met de geschiktheid van een bepaalde sector voor een groslijstensystematiek. Wanneer er weinig spelers op de markt zijn kan het te tijdrovend zijn om een groslijstensystematiek te ontwikkelen.

.....**Stap 2:**.....**Maak een keuze: splitsen of niet?**

Wanneer u bepaald heeft voor welke sectoren en opdrachten u een groslijst op wil stellen kan u zich daarbij afvragen of u die groslijst wil splitsen. Wanneer uit het marktonderzoek blijkt dat er mogelijk veel geïnteresseerde ondernemers zullen zijn, kunt u overwegen om de groslijst te splitsen. Door splitsing van de groslijst ontstaan twee groslijsten, een groslijst voor kleine opdrachten tot een bepaalde waarde en een groslijst voor grote opdrachten vanaf een bepaalde waarde. Bij de toelating tot groslijsten kunnen verschillende selectiecriteria gehanteerd worden. Het splitsen van een groslijst kan tot voordeel hebben dat ook 'kleine' marktpartijen de mogelijkheid hebben om in aanmerking te komen voor een opdracht. Een nadeel van het splitsen is dat het u extra werk bezorgt. De aanbestedende dienst moet vooraf goed duidelijk hebben wat de geraamde waarde van de opdracht zal zijn. Een te hoge raming kan er toe leiden dat een hele groep van 'kleine' ondernemers wordt uitgesloten van een opdracht welke wel geschikt had kunnen zijn.

.....**Stap 3:**.....**Specificeer de groslijst!**

Motiveer bij de totstandkoming goed welke opdrachten wel en niet tot een bepaalde groslijst horen. Neem een voorbehoud op dat in geval van twee aspecten de grootste component doorslaggevend is voor de keuze voor de groslijst waarin de opdracht geplaatst zal worden.

.....**Stap 4:**.....**Eisen van toelating**

U mag zelf bepalen hoe u de toelating tot de groslijst gaat vormgeven. Vaak wordt gebruik gemaakt van de Eigen Verklaring en aanvullende geschiktheidseisen. Volgens PIANOo kunnen de geschiktheidseisen betrekking hebben op; ervaring in de sector, tevredenheidverklaringen, de omvang van de ondernemer, de infrastructuur van de ondernemer of de technische en professionele vaardigheden. U kunt door het vragen van bepaalde certificaten ook een invulling geven aan haar beleidsdoelen.¹⁷¹ U kunt al uw reeds bestaande ondernemers op de lijst plaatsen. Maar het kan ook lonend zijn om ze ook de procedure te laten volgens om er zo zeker van te zijn dat alle gegadigden op de groslijst aan de toelatingseisen voldoen.

Naast bovenstaande methode kunt u er ook voor kiezen om geïnteresseerde ondernemers te ranken. U stelt dan een aantal criteria op en scoort ondernemers daarop. Volgens PIANOo zijn geschikte criteria past performance of criteria gebaseerd op beleidsdoelen als social return of het stimuleren van de regionale economie.¹⁷² Naar aanleiding van de ranking plaatst u de beste ondernemers op de lijst. Er moet dan vooraf wel bepaald worden hoeveel ondernemers er maximaal op de lijst mogen staan. Het maximumaantal kan gebaseerd worden op het aantal te verwachten opdrachten dat geplaatst zal worden. Een nadeel van ranken is dat het meer tijd kost en meer informatie vergt van de geïnteresseerde ondernemers. Een voordeel is dat de beste ondernemers op de groslijst geplaatst worden waarmee u eerder goede ervaringen had of die passen bij de beleidsdoelstellingen.¹⁷³

¹⁷⁰ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015)

¹⁷¹ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.14)

¹⁷² PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.17)

¹⁷³ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.14)

..... Stap 5: Beperking van de groslijst; ja of nee?

Ook is het belangrijk voor de aanbestedende dienst om de keuze te maken tussen een beperkte of onbeperkte groslijst. Bij een groslijst voor minder vaak regelmatige terugkerende opdrachten met veel geïnteresseerde marktpartijen kan het passend zijn om een maximaal aantal ondernemers toe te laten. In dat geval kan u een wachtlijst hanteren. Wanneer u als aanbestedende dienst veel opdrachten te vergeven heeft kan u ervoor kiezen om de groslijst niet te limiteren.

..... Stap 6: Stel criteria op voor verwijdering van de groslijst

Mogelijke redenen voor verwijdering van de groslijst kunnen zijn; op verzoek van een gegadigde, bij een te lage ranking, bepaald aantal verloren aanbestedingen waarin de gegadigde dreigde te verliezen of bij een slechte prestatie van een gewonnen opdracht. De aanbestedende dienst moet bij verwijdering wel de opmerking plaatsen voor hoe lang verwijdering duurt.

..... Stap 7: Attendeer ondernemers op uw groslijst!

Het kan vanzelfsprekend zijn om bestaande ondernemers uit te nodigen om zich aan te melden voor de groslijst, dat wil echter niet zeggen dat de hele markt benaderd wordt en de aanbestedende dienst zo de beste levering, dienst of werk krijgt voor de beste prijs. De organisatie kan er ook voor kiezen om een aankondiging van een groslijst te doen en zo alle geïnteresseerde ondernemers uit te nodigen. Het gevolg kan zijn dat zich vele gegadigden melden en de aanbestedende dienst zichzelf en de markt onnodig veel werk bezorgt. Als oplossing zou men een wachtlijst kunnen gaan hanteren. Ook moet er gekozen worden of ondernemers zich tot een bepaald moment kunnen aanmelden, of dat ze dat kunnen blijven doen.

..... Stap 8: Kies een methode voor het selecteren van gegadigden uit de groslijst

Nadat ondernemers toegelaten zijn is het van belang om een selectiemethode voor ondernemers uit deze groslijst te kiezen. Voor de selectie van ondernemers welke een offerte in kunnen dienen vanuit de groslijst bestaan er vier verschillende methoden.

De gemakkelijkste methode is de lotingsmethode. De methode is transparant, niet-tijdrovend en niet-discriminerend. PIANOo spreekt van een ongewogen en een gewogen loting. Bij de ongewogen loting maken alle ondernemers evenveel kans om uitgenodigd te worden om een offerte in te dienen. Van deze lotingsmethode heeft de aanbestedende dienst het minste werk. Bij de gewogen loting maken ondernemers die heel goed gepresteerd hebben en meer dan aan de geschiktheidseisen voldoen meer kans om uitgenodigd te worden om een offerte in te dienen.¹⁷⁴ Deze lotingsmethode vereist meer werk, maar geeft meer kansen aan de aanbestedende dienst om de allerbeste ondernemers voor haar opdrachten te krijgen.

Bij de roulatiemethode worden ondernemers op een volgorde geplaatst en om beurten uitgenodigd. Deze methode is wat tijdrovender dan loting maar het zorgt er wel voor dat alle ondernemers even vaak uitgenodigd worden.¹⁷⁵ Een nadeel kan zijn dat bij een beperkt aantal opdrachten en een groot aantal gegadigden, een enkele ondernemer lang moet wachten op zijn of haar beurt.

Bij het bakjesprincipe worden ondernemers verdeeld over twee of meer fictieve bakjes. Te eerste kan een bakje gehanteerd worden voor ondernemers met wie de aanbestedende dienst goede ervaringen in het verleden had, en een ander bakje voor ondernemers met wie de aanbestedende dienst nog geen ervaringen heeft. Afhankelijk van het aantal offertes die wordt uitgevraagd gaat, wordt een aantal ondernemers uit het eerste bakje en een aantal uit het tweede bakje geloot of gerouleerd. De verhouding die hiervoor wordt gekozen (bijvoorbeeld 2:1) is afhankelijk van het aantal gegadigden in beide bakjes. Het Wetterskip Fryslân hanteert deze bovenstaande methode.

Een voordeel van de methode is dat iedere ondernemer in principe de mogelijkheid heeft om een offerte uit te brengen. Voordeel voor de aanbestedende dienst is dat zij zeker weet dat ze (afhankelijk van de verhouding) ondernemers treft met wie zij eerder in tevredenheid heeft samengewerkt. Ook kan dit systeem leiden tot betere prestaties bij alle gegadigden omdat een ieder in het eerste bakje wil komen en zo een grotere kans op een opdracht heeft. Anders dan naar tevredenheid, kunnen de bakjes ook verdeeld worden naar vestigingsplaats. Zo kan er een bakje gemaakt worden met ondernemers uit eigen regio en een bakje met ondernemers buiten de eigen regio, zo stelt PIANOo.

¹⁷⁴ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.13)

¹⁷⁵ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.14)

Volgens PIANOo is het principe van ranking dat de ondernemers worden uitgenodigd die het beste scoren op specifieke criteria of competenties die passen bij de opdracht.¹⁷⁶ De criteria die de aanbestedende dienst gebruikt dienen objectief, proportioneel zijn en bovendien verband houden met de aard van de opdracht. PIANOo geeft drie voorbeelden van geschikte criteria, te weten past performance of beleidsdoelen zoals social return en het stimuleren van de regionale economie. Het voordeel van deze selectiemethode is dat u de meest geschikte gegadigden voor een opdracht selecteert. Nadelig aan deze methode is dat het een arbeidsintensieve methode is. Wanneer de partijen op de groslijst gekozen worden op past performance dient u voor elke opdrachtnemer de resultaten en ervaringen bij te houden, die vervolgens te vertalen naar een resultaat en de ranking vormen op basis van de resultaten. Ook kan worden afgevraagd in hoeverre ranking en selectie objectief is op basis van uw eigen ervaringen. U kan ervoor kiezen om tweezijdig de ervaringen bij te houden en daar dus de opdrachtnemer bij te betrekken. Wanneer gegadigden gerankt worden in het kader van een beleidsdoel zoals stimulatie van de regionale economie dan is deze methode al minder arbeidsintensief. Wel moet de score van een gegadigde ten aanzien van een beleidsdoel resulteren in een meetbare component.

..... Stap 9: Bepaal hoeveel offertes u wilt opvragen

Nadat de groslijst tot stand is gekomen is het van belang om te bepalen hoeveel offertes u op wil vragen voor een bepaalde opdracht. Bij de enkelvoudig onderhandse procedure selecteert u één partij om te offeren. Bij een meervoudig onderhandse procedure selecteert u uit drie tot vijf ondernemers uit de groslijst en nodigt u hen uit om een offerte in te dienen. U kunt zelf beleid opstellen waarbij bijvoorbeeld het aantal offertes afhankelijk is van de geraamde waarde van de opdracht. U kunt ook per opdracht bepalen hoeveel offertes gewenst zijn om tot een goede mededinging te komen.¹⁷⁷

..... Stap 10: Het uitvoeren van de gekozen selectiemethode

Afhankelijk van de bij stap 8 gekozen selectiemethode, selecteert u het bij stap 9 bepaalde aantal offertes.

..... Stap 11: Publiceren: ja of nee?

Naast publicatie van het inkoopbeleid kan de aanbestedende dienst er ook voor kiezen om de groslijst (deels) te publiceren. Dit kan wel tot gevolg hebben dat partijen op de groslijst onderling afspraken kunnen maken over hun inschrijving.¹⁷⁸ Ook kunnen de geselecteerde partijen per opdracht gepubliceerd worden, wanneer het gaat om een korte shortlist zal al snel duidelijk worden welke partijen de groslijst vormen en kunnen partijen alsnog gaan samenspannen. De aanbestedende dienst kan er ook voor kiezen om niets van de groslijst te publiceren, dit kan er wel toe leiden dat er veel vragen over ranking of roulering zullen zijn, wat achterdocht kan opwekken. Na het volgen van de stappen is een groslijstsystematiek tot stand gekomen.

¹⁷⁶ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.15)

¹⁷⁷ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.17)

¹⁷⁸ PIANOo, *Handreiking selectie bij onderhands aanbesteden* (2015) (p.18)

Bijlage 5 Interviewschema aanbestedingsrechtsspecialisten

In deze bijlage vindt u het interviewschema aan de hand waarvan van de aanbestedingsrechtsspecialisten zijn ondervraagd. Bij het opstellen van het interview is het volgende schema aan de hand van de theorie van Glabbeek¹⁷⁹ gebruikt.

Vraag	Subthema	Vraagstelling
Vraag 1	Algemeen	Komt u veel in aanraking met 1.4 lid 1 sub b AW 2012?
Vraag 2	Objectieve criteria	Wat zijn volgens u voorbeelden (bijv. social return, duurzaamheid) van objectieve criteria voor de keuze van de ondernemers welke toegelaten worden tot onderhandse aanbestedingsprocedures?
Vraag 3	Objectieve criteria	Is het volgens u als aanbestedende dienst mogelijk om een regionaal voorkeursbeleid te hanteren en bovendien de keuze voor de ondernemers op basis van objectieve criteria te kunnen motiveren?
Vraag 4	Objectieve criteria	Past Performance is een actueel onderwerp. Vindt u het meten van prestaties passend binnen de objectieve selectie van ondernemers bij onderhandse aanbestedingsprocedures?
Vraag 5	Transparantie	Zou u aanbestedende diensten aanraden om hun aanbestedingsbeleid- en daarbij het beleid voor de keuze van ondernemers – openbaar te maken? Waarom wel/niet?
Vraag 6	Transparantie	Stel: een aanbestedende dienst omschrijft hoe zij ondernemers voor een onderhandse aanbestedingsprocedure kiest en publiceert dit op internet. Kan zij bij de selectie van ondernemers dan verwijzen naar het gepubliceerde beleid of is zij niet transparant genoeg?
Vraag 7	Groslijst/Shortlist	Wat zijn volgens u voor- en nadelen van het gebruik van een groslijst/shortlist-methodiek?
Vraag 8	Groslijst/Shortlist	Biedt het wettelijk kader ruimte voor het hanteren van een gezamenlijke groslijst/shortlist door meerdere aanbestedende diensten?
Vraag 9	Jurisprudentie	Wat verwacht u van de tendens over de selectie van ondernemers bij onderhandse aanbestedingsprocedures? (Verwacht u dat er meer ondernemers een procedure tegen onterechte niet-uitnodiging zullen beginnen?)
Vraag 10	Regelgeving	Verwacht u dat de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen invloed hebben op de selectie van ondernemers bij onderhandse aanbestedingsprocedures?
Vraag 11	Resumé	Hoe kan een aanbestedende dienst volgens u het beste haar ondernemers bij onderhandse aanbestedingsprocedures hanteren?
Vraag 12	Praktijk	Ervaart u in uw praktijk vragen van aanbestedende diensten over de objectieve selectie van ondernemers bij onderhandse aanbestedingsprocedures?
Vraag 13	Praktijk	Ervaart u in uw praktijk geluiden van ondernemers die ten onrechte stellen dat zij niet uitgenodigd zijn bij een onderhandse aanbestedingsprocedure?
Vraag 14	Afsluiting	Heeft u nog aanvullingen?

¹⁷⁹ Glabbeek, 2012 (p. 167)

Bijlage 6 Interviewschema IPG-leden

Voor het interviewen van de IPG-leden is een interviewschema opgesteld. Een interviewschema is een hulpmiddel om een interview op te stellen. Glabbeek¹⁸⁰ schrijft dat het opstellen van een interviewschema een hulpmiddel voor jezelf als interviewer kan zijn, maar dat in feite een ander persoon jouw interview met behulp van het schema ook zou moeten kunnen uitvoeren. Dat resulteerde in het volgende schema;

Vraag	Subthema	Vraagstelling
Vraag 1	Over de organisatie	Wat voor organisatie is organisatie X?
Vraag 2	Over de organisatie	Wat is uw functie binnen organisatie X?
Vraag 3	Keuze voor procedure	Hoe kiest organisatie X voor een bepaalde aanbestedingsprocedure?
Vraag 4	Over de organisatie	Hoe verhoudt zich het aantal onderhandse aanbestedingsprocedures in vergelijking tot het aantal openbare aanbestedingsprocedures?
Vraag 5	Raamovereenkomsten	Maakt organisatie X ook gebruik van raamovereenkomsten?
Vraag 6	Leveranciers	Hoe houdt organisatie X haar leveranciers bij?
Vraag 7	Leveranciers	Heeft organisatie X ook zicht op de leveranciers van haar andere vestigingen?
Vraag 8	Leveranciers	Hoe stelt organisatie X haar leveranciersbestand op? Melden organisaties zich vooral zelf, of gaat de organisatie actief op zoek?
Vraag 9	Leveranciers	Komt elke leverancier die zich zo 'in the picture speelt' in een leveranciersbestand van organisatie X?
Vraag 10	Eerdere ervaringen	Worden ervaringen met leveranciers bijgehouden? Zo ja, hoe?
Vraag 11	Eerdere ervaringen	Beïnvloeden eerdere ervaringen met een leverancier de keuze voor leverancier bij een nieuwe opdracht?
Vraag 12	Beleid	Kunnen beleidsuitgangspunten van organisatie X invloed hebben op de keuze voor de leverancier?
Vraag 13	Groslijst/Shortlist	Hoe staat organisatie X tegenover het gebruik van een groslijst/shortlist?
Vraag 14	Praktijk	Heeft zich binnen organisatie X al eens een concreet probleem voorgedaan met betrekking tot de objectieve selectie van ondernemers bij onderhandse aanbestedingsprocedures?
Vraag 15	Afsluiting	Heeft u nog aanvullingen?

¹⁸⁰ Glabbeek, 2012 (p. 170)