

Aan : E. Wuestman (adviseur KplusV)
Van : T. van Wijk (advocaat-partner aanbestedingsrecht Dirkzwager legal & tax)
Inzake : Aanbestedingsrechtelijke houdbaarheid RCC na advies CvA
Datum : 22 februari 2021

Managementsamenvatting

- De Commissie van Aanbestedingsexpert heeft in advies 559 d.d. 2 februari 2021 terecht geoordeeld dat er bij een Europese aanbesteding altijd gerelateerd moet worden aan een prijs respectievelijk economisch element. Ook bij een aanbesteding waar de aanbestedingsmethodiek Rapid Circulaire Economie (RCC) wordt toegepast moet dus in ieder geval een plafondbedrag of budget worden opgenomen.
- Commissie oordeelt verder dat de betreffende 'koffie-aanbesteding' op basis van de aanbestedingsmethodiek RCC onrechtmatig is, omdat er -kort gezegd- niet gegund wordt op basis van concreet aangeboden oplossingen en er evenmin geen of nauwelijks technische specificaties vooraf zijn bepaald. Deze vermeende verplichtingen volgen echter niet expliciet uit de Aanbestedingsrichtlijn, de Aanbestedingswet en Europese jurisprudentie. De aanbestedingsrechtelijke toetssteen is dat het voorwerp van de opdracht voldoende duidelijk is zowel voor inschrijvers om hun inschrijving op te stellen als voor aanbesteders om de inschrijvingen te kunnen beoordelen.
- Het is daarom goed verdedigbaar dat de recente RCC-aanbestedingen (mét plafondprijs, gedetailleerde historische gegevens, gedetailleerde omschrijving van de opdracht en gedetailleerde beschrijving van de Ambities en wijze van beoordeling) de aanbestedingsrechtelijke toets der kritiek (wél) doorstaan als het aan de hoogste (Europese) rechter wordt voorgelegd.

Advies 559 van Commissie van Aanbestedingsexperts d.d. 2 februari 2021

Bij de Commissie van Aanbestedingsexpert (hierna: Commissie) is door een leverancier een klacht ingediend met betrekking tot een gezamenlijke Europese openbare procedure voor een overheidsopdracht voor de levering van warme en koude dranken. De aanbesteders hebben ervoor gekozen om de aanbesteding middels de zogenoemde Rapid Circulaire Contracting (RCC) methode op de markt te zetten.

Rapid Circulaire Contracting (RCC) is een innovatie gerichte aanbestedingsmethodiek waarbij uitgangspunt is om een samenwerkingspartner te selecteren in plaats van een kant en klare oplossing in te kopen. Selectie gaat op basis van visie en plan van aanpak van inschrijver op

door de Opdrachtgever aangegeven ambities.

De Commissie heeft twee van de drie klachten gegrond verklaard.

De eerste gegrond bevonden klacht betreft het feit dat de aanbesteders niet op voorhand een prijs hebben gevraagd om mee in te schrijven en evenmin een plafondbedrag. Inschrijvers moesten aangeven hoe de prijsvorming en de kostenopbouw eruit zou komen te zien, een en ander uit te werken na gunning. Het aldus gehanteerde prijscriterium is kwalitatief terwijl er volgens de Commissie (ook) een kwantitatief prijs- op kostenelement moet worden gehanteerd.

De derde klacht dat de aanbesteders ten onrechte geen plafondbedrag of budget hebben genoemd, is ongegrond verklaard. Het hanteren van een plafondbedrag of budget – op basis waarvan de inschrijvers zullen concurreren op kwaliteitscriteria alleen – is volgens de Commissie namelijk niet verplicht maar slechts één van de mogelijkheden waarmee een aanbestedende dienst het prijs- of kostenelement kan vormgeven.

De tweede klacht komt er in de kern op neer dat de onderhavige aanbestedingsprocedure zondig is opgezet en ingericht dat de oplossing, waarmee de winnende inschrijver voornemens is in de inkoopbehoefte van aanbesteders te voorzien, nog onvoldoende zal zijn bepaald op het moment van gunning en dat de duidelijk daaromtrent pas ná de gunning en ná de ondertekening van het RCC Commitment Contract – tijdens de Work-out fase – zal ontstaan.

De Commissie acht de klacht gegrond en overweegt daartoe onder meer als volgt (onderstreept TvW):

5.7.3. De Commissie stelt vast dat uit de reactie op het klachtonderdeel blijkt dat aanbesteders in een aantal bijlagen bij het Ambitiedocument inzicht hebben gegeven in de omvang en scope van de opdracht (zie 4.6.3 hiervoor). Verder is het zo dat aanbesteders hun inkoopbehoefte hebben vastgelegd in een zogenoemd Programma van Ambities. Dat Programma bevat echter geen (technische) eisen waaraan door de inschrijvers aan te bieden oplossingen moeten voldoen (zie de definitie van “Programma van Ambities” in het Ambitiedocument in 1.5 hiervoor).

5.7.4. De Commissie stelt verder vast dat uit de aanbestedingsstukken blijkt dat aanbesteders ook overigens niet verlangen dat inschrijvers in hun inschrijvingen een concreet aanbod doen tot het leveren van dranken van een bepaalde kwaliteit tegen een bepaalde prijs. Wat aanbesteders blijkbaar verlangen, is dat de inschrijvers hun visie geven op een vijftal door aanbesteders geformuleerde ambities (zie paragraaf 3.3.2 van het Ambitiedocument in 1.5 hiervoor). De inschrijver die daarin het meest excelleert, krijgt vervolgens de opdracht gegund. Pas na de gunning van de opdracht en de ondertekening van het RCC Commitment Contract zullen aanbesteders en de winnende inschrijver tot nadere afspraken komen over de aard en omvang van de te leveren producten en over de prijs. Deze afspraken zullen zij vastleggen in de zogenoemde RCC Mutual Agreements Paper, ten gevolge waarvan het eerder gegunde RCC Commitment Contract zal komen te vervallen.

(...)

5.7.7. De Commissie is van oordeel dat aanbesteders met de aldus voorziene opzet en inrichting van de aanbestedingsprocedure niet bewerkstelligen dat de essentialia van de oplossingen, waarmee de inschrijvers voornemens zijn in de inkoopbehoefte van aanbesteders te gaan voorzien, voldoende duidelijk zijn op het moment van de gunning van de opdracht. In de door aanbesteders gekozen opzet en inrichting van de aanbestedingsprocedure ontstaat die voldoende duidelijkheid immers pas – en ook overigens alleen voor zover het de inschrijving van de winnende inschrijver betreft en bovendien oncontroleerbaar voor de andere inschrijvers – ná de gunning en ondertekening van het RCC Commitment Contract, tijdens de Workout fase.

5.7.8. Bovendien hebben aanbesteders – in afwijking van het bepaalde in artikel 2.26, aanhef en sub d, Aw 2012 – niet of nauwelijks technische specificaties, eisen of normen gesteld, waardoor zij – eveneens in afwijking van voornoemde bepaling – nauwelijks toetsen of de inschrijvingen aan dergelijke specificaties, eisen of normen voldoen. Het gebrek aan duidelijkheid wordt daarnaast versterkt door het feit dat – zoals ook al is overwogen in het kader van de behandeling van klachtonderdeel 1 (zie 5.5 hiervoor) – aanbesteders de inschrijvingen beoordelen aan de hand van een gunningscriterium dat niet voldoet aan de daaraan door de wet gestelde eisen.

5.7.9. Het voorgaande betekent dat aanbesteders met de gekozen opzet en inrichting van de aanbestedingsprocedure naar het oordeel van de Commissie in strijd handelen met hun op grond van artikel 1.8 en artikel 1.9 Aw 2012 bestaande verplichtingen (vgl. ook v.zr. Rb. Gelderland van 6 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2015:3398, rov. 4.5 en 4.6, JAAN 2015/158 m.nt. M.B. Klijn en mr. S.E. Landheer).

Beoordeling advies Commissie

Plafondbedrag of budget is (terecht) vereist

Een aanbestedende dienst moet een overheidsopdracht gunnen aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving (artikel 2.114 Aw 2012). Dat betekent dat de aangeboden kwaliteit altijd gerelateerd moet worden aan een prijs- respectievelijk kostenelement. Bij een RCC-aanbesteding wordt uitsluitend gegund op basis van kwaliteit. Dat betekent dat er in ieder geval (ook) een plafondbedrag of budget gehanteerd moet worden. De Commissie heeft dus mijns inziens terecht klacht 1 gegrond verklaard en eveneens juist overwogen bij de ongegrond verklaring van klacht 3. Naar ik heb begrepen worden in de recente RCC-aanbestedingen wel een plafondbedrag genoemd, zodat aan dit bezwaar van de Commissie reeds wordt tegemoet gekomen.

Commissie vereist ten onrechte (veel) technische eisen en concrete oplossingen

De gegrondverklaring van klacht 2 betreft de kern van een RCC-aanbesteding, namelijk dat er geen concrete oplossingen worden uitgevraagd en dat de oplossing pas na gunning tussen aanbesteder en voorlopig gegunde inschrijver wordt uitgewerkt. Op de gegrondverklaring van deze klacht en de motivering daarvan valt echter het nodige op te merken.

Op de eerste plaatst stelt de Commissie ten onrechte dat er geen of nauwelijks technische specificaties zouden zijn gesteld en dat in strijd zou zijn met artikel 2.26 aanhef en sub d Aw 2012. Artikel 2.26 Aw 2012 bepaalt inderdaad dat bij een Europese openbare procedure er moet worden getoetst of wordt voldaan aan de door de aanbestedende dienst gestelde technische eisen. Het artikel bepaalt echter niet dát er technische specificaties moeten worden (op)gesteld. Alleen dus dat als ze wel zijn (op)gesteld, dat een aanbestedende dienst de inschrijvingen ook daaraan toetst. Maar, ook als een aanbestedende dienst wél verplicht zou zijn technische specificaties te hanteren, dan is dat niet zo stringent als de Commissie lijkt te veronderstellen. In artikel 2.76 Aw 2021 wordt namelijk uiteengezet op welke wijze de technische specificaties moeten worden geformuleerd (lid 1 onder b):

in termen van prestatie-eisen en functionele eisen, die milieukeurmerken kunnen bevatten, waarbij de eisen zodanig nauwkeurig zijn bepaald dat de inschrijvers het voorwerp van de overheidsopdracht kunnen bepalen en de aanbestedende dienst de overheidsopdracht kan gunnen
(onderstreping TvW)

Het gaat er dus om dat er eisen worden gesteld dat het voorwerp van de opdracht kan worden bepaald en de aanbesteder de opdracht kan gunnen. Dat is ook de kern van het transparantiebeginsel zoals bijvoorbeeld volgt uit het Europese standaardarrest in de zaak ‘Succhi di Frutta’ (HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99):

“Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.”

Dat maakt dat het verwijt van geen of nauwelijks technische specificaties feitelijk hetzelfde is als het andere verwijt van de Commissie namelijk dat niet *“de essentialia van de oplossingen, waarmee de inschrijvers voornemens zijn in de inkoopbehoefte van aanbesteders te gaan voorzien, voldoende duidelijk zijn op het moment van de gunning van de opdracht.”*

Kortom, de Commissie lijkt ten onrechte te suggereren dat het aanbestedingsrecht, meer in het bijzonder het transparantiebeginsel, zou verplichten om inschrijvingen uit te vragen en te toetsen op basis van (uitvoerige) technische eisen en concrete oplossingen. Dat is dus niet het geval. Het gaat erom of bij een (RCC-)aanbesteding het voorwerp van de opdracht voldoende

duidelijk is zowel voor inschrijvers om hun inschrijving op te stellen als voor aanbesteders om de inschrijvingen te kunnen beoordelen.

In de regel wordt (ook) bij een RCC-aanbesteding aan deze voorwaarden voldaan. Immers, de omvang van de opdracht wordt nadrukkelijk omschreven, bijvoorbeeld aan de hand van het aantal locaties, het aantal medewerkers die gebruik zullen maken van de voorziening en de looptijd. Verder worden de gedetailleerde historische afnamegegevens verstrekt (overzicht van de afname/ consumpties van de voorgaande periode per locatie). Problematisch in het onderhavige geval van de koffie-aanbesteding lijkt me dat bijvoorbeeld de historische gegevens van een van de aanbesteders niet waren verstrekt. Niet onbelangrijk is ook dat de gunningscriteria vanzelfsprekend het voorwerp van de opdracht nader invullen en inschrijvers ook verplicht (kunnen) worden hetgeen zij aanbieden bij uitvoering van de opdracht ook daadwerkelijk te leveren. De gunningscriteria bij een RCC zijn de zogenoemde Ambities. Iedere Ambitie/ gunningscriterium wordt uitvoerig beschreven door de aanbesteder waarbij wordt gevraagd op een aantal subonderdelen te reageren met een Smart geformuleerde Visie, Aanpak en Kunde onderbouwing. Door de beschrijving vanuit de Opdrachtgever is duidelijk in welke richting Inschrijver dient te opereren om in aanmerking te komen voor een hoge waardering.

Naar mijn mening moet hierdoor voor inschrijvers wel degelijk voldoende duidelijk kunnen zijn wat het voorwerp van de opdracht is alsmede wat voor inschrijvers van belang is voor het opstellen van de inschrijving alsmede op welke wijze de inschrijvingen moeten worden beoordeeld. De duidelijkheid wordt versterkt als -in tegenstelling tot de aanbestedingsprocedure waarover de Commissie zich heeft gebogen- er wél een plafondbedrag of budget is vermeld zodat hetgeen kwalitatief wordt aangeboden ook economisch kan worden gewaardeerd.
