

Strategisch Inschrijven

Juridische aspecten

Aanbesteden is 'hot'

- 'Oscars' uitgereikt door Min. EZ
- Wie zijn de hoofdrolspelers, wie de fans?
- Hoe moeilijk is aanbesteden nou eindelijk?
- Het zoeken naar een juiste verdeling en afbakening van verantwoordelijkheidsdomeinen en de daarbij behorende risico's tussen een aanbestedende dienst en marktpartijen

Korte geschiedenis EA

- 1815 Koninklijk Besluit 500 FI
- 1927 Comptabiliteitswet 2500 FI
- Jaren '70 Liberalistatierichtlijnen
- Jaren '80 Coördinatierichtlijnen 4x:RDLWN
- Verboddeling jaren '90 Kaderwet .Raamwet
- 1993 Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen; implementatie
- 1972-11986-1991-2001 UAR
- 1998 Besluit om de 4 aanbestedingsrichtlijnen te moderniseren
- 2001 Parlementaire Enquete Bouwnijverheid
- 2004 twee richtlijnen: Richtlijn 17LDW en Richtlijn 18Nutssector
- 2005/6 BAO en Bass en ARW 2005
- 2006 23 maart wetsvoorstel Aanbestedingswet bij Tweede Kamer K30501

Juridificering?

- Mogelijke oorzaken van enorme stijging van aantal (KG)rechtszaken
- **Alcatel** HvJ 20.10.99 C-81/98) KG ook proforma ingezet
- **ARW 2004** Civiele rechter bevoegd ipv arbitrage
- **Controle** 15% groei, 100% controle
- **Inkoopmacht** alles of niets karakter; groter is niet altijd beter

Jurisprudentie

- De praktijk van aanbesteding thans leidt tot veel rechtszaken in eerste aanleg
- Rechters blijken veel uiteenlopende interpretatievrijheid te krijgen en te nemen
- Geen uniforme jurisprudentie
- Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht - Tijdschrift Aanbestedingsrecht

Gunningscriteria

- Aanbestedende diensten mogen in beginsel geen gunningscriteria hanteren die niet een **economische** dimensie hebben
- Uitzonderingen: milieu en sociaal (interpretatieve mededelingen)

Assymetrie

- De aanbestedende diensten -> **transparantie** met betrekking tot de gunningscriteria, maar
- de leveranciers zijn **niet** gedwongen transparantie te betrachten omtrent hun kostenstructuur.
- **In deze assymetrie zit een van de kernproblemen van het aanbestedingsrecht:** door onbekendheid met de kostenstructuur van de inschrijver zal een aanbestedende dienst wel eens een gunningssysteem kiezen dat in hoge mate in strijd is met de bedrijfseconomische realiteit.
- Gevolg: vreemde uitslag van de gunning.

Uitgangspunt: *Economisch* voordeligste inschrijving

- Aanbestedende diensten mogen alleen gunningscriteria hanteren die een economische dimensie hebben (uitz. Concordia Bus, en Interpretatieve Mededeling en Beentjes).
- Hoofdregel: welke inschrijving biedt de beste prijs-kwaliteitverhouding
- Transparantiebeginsel: vooraf de inschrijvers op de hoogte stellen van de criteria

Waarom Strategisch inschrijven

Doel van de (rationele) inschrijver

- Een rationale inschrijver
- Het contract gegund krijgen
 - met een hoge(re) winstmarge
- Onder gunstige contractvoorwaarden
 - prijs risico
- Met acceptabele risico's
 - goed uitvoerbaar
 - beperkte aansprakelijkheid
 - en geen of lage boetes

Overige doelen kunnen zijn

- (nieuwe) markt veroveren
- Bestaande positie op de markt verdedigen
- Nieuwe technologie in de markt zetten
- Vendor lock-in (klantenbinding)

Beschrijvend document

- Bij een EA procedure bekijkt de inschrijver de klantvraag zoals die is verwoord in het beschrijvend document
- Op basis daarvan zoeken ze een optimale prijs/kwaliteit strategie (isonutcurve)
- Het door de aanbestedende dienst gehanteerde gunningssysteem is daarbij van groot belang

Rangordeparadox

Uitspraak RvA 3.10.2005
nr. 27.859 TA 2005, 292

- Casus: Gemeente X niet-openbare EA, 2 inschrijvers
- Prijs en kwaliteit krijgen een relatief gewicht
- Het gunningscriterium luidt: gewicht aanneemsom wordt bepaald door 80% van de aanneemsom te delen door de hoogste ingediende inschrijfprijs. Op dezelfde wijze wordt 20% van de laagste kwaliteit, verdeeld over twee subcriteria mbt levensduur en beschikbaarheid van componenten, gedeeld door de aangeboden kwaliteit.
- $S=80 \times P/HP + 20 \times LK/K$. S= score P = prijs HP= hoogste prijs LK= laagste kwaliteit K= geboden kwaliteit

- hoogste inschrijfsom was vooraf onbekend was->speculatief element in de berekening.
- Uitspraak arbiters: dit speculatieve element kan betekenen dat niet per definitie de werkelijk emva te voorschijn komt terwijl het kwantitatieve aspect aan gewicht wint.
- Toch.. Het systeem is vooraf bekend gemaakt en door alle inschrijvers aanvaard. methode was transparant, eenduidig en objectief. Berekeningswijze toegelaten.
- Extreem hoge P -> p belangrijkste criterium
- Extreem lage K -> K belangrijkste criterium
- Conclusie: aangezien de gewichten niet vantevoren bekend zijn, kun je niet zeggen welke van de 2 subcriteria het belangrijkste is.

Relatief gewicht transparant maken

- Indien de aanbestedende dienst vooraf een bepaalde maximumprijs en minimumkwaliteit vastlegt, is het systeem geheel conform de beginselen van het aanbestedingsrecht transparant. Immers, de isonutcurve kan worden bepaald.
- Offerte met een extreem hoge/lage prijs/kwaliteit als irreëel buiten beschouwing
- Let op: jurisprudentie is verdeeld.

|Jurisprudentie

- Vزر Amsterdam 30.01.03 BR 2003/531 en RvA 9.10.02 BR 2003/260: **negatieve prijs niet toegestaan**
- RvA 6.12.02 BR 2003/533 irreële uitvoeringstermijn.
- Hof Den Haag 28.04.05 TA 05p242 **irreële tarieven toegestaan.**
- Vزر CBB 3.5.05 LJV AT 627: prijs 0 euro voor vervoerspas toegestaan. **Rol aanbestede:** bedoelt u: nul?
- Vz Rb Haarlem 14.7.06 124763KG ZA06-238 LJV AY3951: beleidsvrijheid inschrijver. All is fair.. Abnormaal laag, geen **uitdrukking werkelijke ambitie.**
- Vزر. Rb Utrecht 13.06.07 LJV: BA 7015 Ordina/EKD: prijs van € 0,01; **verschuiven kosten**, acceptabel verbod voortzetting procedure.
- Vزر. Rb Groningen 3.8.07 LJV BB 2292 Mug/Gem. Groningen. Prijs € 0,00. Delen door 0 is onmogelijk. Rechter verklaart de inschrijving ongeldig. **Discrepantie doel en toepassing criterium.**

Gunningsysteem

- Voorbeeld:
- de SVB vraagt 2 prijzen:
- 1 prijs voor de Inrichting van de dienst
- 1 prijs per jaar voor het Beheer.
- Per onderdeel wordt een score berekend
- Laagste prijs voor Inrichting krijgt 30p, andere prijzen naar rato (score = $30 \times LP/P$).
- Laagste prijs voor Beheer krijgt 20p, andere prijzen naar rato (score = $20 \times LP \times P$)

Mogelijke uitkomsten

Inschrijving	Prijs Inrichting	P Beheer p/j	Total Cost of Ownership TCO
A	40	100	140
B	50	75	125
C	0	150	150
	Inrichting	Beheer 3 jr	
Inschrijving	Prijs/score	Prijs/Score	Totaalscore
A	40 / 30x0/40 =0	100 /20x75/100 =15	15
B 30x0x50	50 / 30x0/50 =0	75 / 20	20
C 30	0 / 30	150 /20x75/150=10	40

Mogelijke Strategieën

- Speltheoretisch:
 - strategische prijzen en waarden bieden op basis van gebruikte formules en verwacht gedrag van concurrenten.
- Handig omgaan met de (on)mogelijkheden van het bestek
 - Ja antwoorden terwijl men er niet aan voldoet
 - Voorbehouden maken (Getronics/VWS Vزر. Rb Den Haag 16.5.06)
 - Contract accepteren en later nog willen onderhandelen

Strategie aanbestededer

- Geen spelstrategisch gedrag uitlokken
- Leg niet ook min. en max. prijzen ast ; de inschrijvers moeten hun kansen met economische methoden kunnen inschatten.
- Gebruik relatieve scores liever niet
- Stel de juiste vragen: open vragen ->informatie gesloten ->bijsturen
- Het moet voor de inschrijver onmogelijk zijn om in het gunningsstelsel voordeel te behalen met een ingecalculerde contractbreuk
- Plicht jegens belastingbetaler
- Favoritisme niet toegelaten (Transparantiebeginsel HJEG in C-496/99 Succhi di Frutta aanbestedingsprocedre moet doorzichtig zijn

Nieuwe Drempelbedragen 2008

- De door de Europese Commissie bepaalde Drempelbedragen (in euro's) voor het publiceren van aanbestedingen in het Publicatieblad van de Europese gemeenschappen worden tweejaarlijks vastgesteld. De nieuwe drempelwaarden voor de periode van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2009 zijn:

- **Opdrachtwaarde (excl BTW)**

Centrale overheid (BAO) Decentrale diensten (BAO) Speciale sectoren (BASS)

<i>Leveringen</i>	€ 133.000	€ 206.000	€ 412.000
<i>Diensten</i>	€ 133.000	€ 206.000	€ 412.000
<i>Werken</i>	€ 5.150.000	€ 5.150.000	€ 5.150.000

Conclusie

- Worden mooie woorden vertaald in concrete aanbestedingen
- Prijs vs kwaliteit: schijn bedriegt. 80p voor kwaliteit, 20 voor prijs. Wat weegt zwaarder indien laagste/hogste inschrijving maatgevend is.
- Een competente aanbestedende dienst hanteert een volledig transparant gunningssysteem Vooraf laten doorrekenen door Inkopers. Cheap and cheerful.
- De richtlijnen spreken niet voor niets van de economisch voordeligste inschrijving'en niet van speltheoretisch voordeligste inschrijving.

Dank voor uw aandacht!

- We zijn gewaarschuwd
- ?