

Stibbe

Hoe creatief aanbesteden?

De wetgeving op een andere manier bekeken.

National Tender Day 2010 – 19 oktober 2010

David D'Hooghe

Deeltijds Hoogleraar KULeuven

Advocaat Stibbe (david.dhooghe@stibbe.com)



Stibbe in association with
Herbert Smith and Gleiss Lutz

Overzicht

- 1. Inleiding**
- 2. Wat is een overheidsopdracht? Overheidsopdracht: ja of nee?**
- 3. Wat indien de overheidsopdrachtenreglementering niet van toepassing is?**
- 4. Creatieve invulling van de gunningsprocedures**
- 5. Flexibilisering van het voorwerp van de opdracht**
- 6. Creatief omgaan met het bestek**
- 7. Creatief omgaan met de periode voorafgaand aan de indiening van de offertes**
- 8. Selectie- en gunningscriteria: creatief benaderd**
- 9. Flexibele gunningswijzen – gunningsmodaliteiten**
 1. Markverkenning en marktopwarming
 2. Onderhandelingsprocedure: toepassingsgevallen
 3. Concurrentiedialoog
 4. Invulling van de onderhandelingsprocedure
- 10. Efficiënt en voorspelbaar verloop van de bevraging**
- 11. Rechtsbescherming**
- 12. Aandacht voor de uitvoeringsfase van de opdracht. Impact en creatieve invulling AAV**

Inleiding

=> Doelstellingen en uitgangspunten:

- Rationeel gebruik van openbare middelen / financiën
- Bevordering (Europese) mededinging
- Gelijke behandeling
- Geen louter nationale aangelegenheid: nationale vs. Europese doelstellingen
- Onderscheid
 - (1) opdrachten boven en onder de drempel
 - (2) verschillende regimes: klassieke sectoren en nutssectoren

▶ Heeft geleid tot overheidsopdrachten “*reglementering*” MAAR met “wetteksten” alleen komt men er vaak niet ...

Inleiding

- Belang rechtspraak en algemene beginselen
 - Overregulering ↔ gebrek aan regulering: sommige aspecten zeer verregaand in detail geregeld, terwijl sommige basisprincipes geen / onvoldoende reglementaire verankering hebben
- ▶ **Aankopen is administratief-juridisch proces waarbij procedure belangrijker lijkt dan resultaat**
- ▶ **Wat is goed contracteren, goed aankoopbeleid?**

Inleiding

KERNVRAAG: Verzet reglementering zich tegen een doelgerichte en creatieve marktbevraging?

- Kan aanbestedingsproces gestuurd worden vanuit de dynamiek van het overheidsproject, veeleer dan vanuit de administratief-juridische regulering
- Voor de goede orde: creatief aanbesteden \neq innovatief aanbesteden (gericht op innovatieve oplossingen)

Wat is een overheidsopdracht?

=> Beoogt de transactie het verrichten van werken, leveringen of diensten in de zin van de overheidsopdrachtenreglementering?

- Niet ieder overheidscontract is een overheidsopdracht
- Formele kwalificatie speelt niet, wel inhoudelijke invulling van verbintenissen
- DUS ook “andere”soorten contracten...maar risico op herkwalificatie
- Impact: formele procedures overheidsopdrachten + AUR / AAV

Overheidsopdracht: ja of nee?

RATIONE MATERIAE

⇒ **Vastgoedtransacties / vastgoedontwikkeling**

- * *Commercieel project versus gebouw op maat van de overheid*
- * *Al dan niet verplichting werken uit te voeren?*
- * *Aansturen door overheid versus regulerende bevoegdheid stedenbouw*

⇒ **Joint ventures / participatieve projectstructuren**

- * *Louter financieel deelnemen versus verrichten dienstverlening*
- * *Wanneer is 'entiteit' zelf aanbestedingsplichtig? Andere belangen dan louter industriële / commerciële doelstellingen? (Winstoogmerk / werking op basis van rendement / normale marktwerking / etc.)*

Overheidsopdracht: ja of nee?

RATIONE PERSONAE

⇒ **Verzelfstandiging**

- Is overheidsopdrachtenreglementering ‘automatisch’ van toepassing bij *oprichting* van een “PPS rechtspersoon”?

Principe : vennootschapscontract is geen opdrachten houdende werk, levering of dienst

Maar: Veelal gaat deze overeenkomst evenwel gepaard met opdrachten

- Is overheidsopdrachtenreglementering van toepassing op *opdrachten aan* de PPS-rechtspersoon?

Principe : ja, zelfs indien een dochter-aanbestedende overheid

Uitzondering : 1) “in house” (maar restrictief te interpreteren)
 2) gemengde vennootschap (binnen grenzen van
 gevoerde bevraging)

- Is de overheidsopdrachtenreglementering van toepassing op de rechtspersoon zelf (opdrachten gegund door de PPSrechtspersoon)?

Principe : klassieke criteria

Wat indien de overheidsopdrachtenreglementering niet van toepassing is?

TOEPASSING GELIJKHEIDSBEGINSEL

- Geen vrijgeleide om zomaar met om het even wie te contracteren
- Toepassing gelijkheidsbeginsel / transparantiebeginsel => diverse vuistregels
- Voordelen t.a.v. overheidsopdrachten: Grotere flexibiliteit voor het vermijden van de lastige formalistische aspecten overheidsopdrachten en toepassing AAV

⇒ **Vrijwillige toepassing van overheidsopdrachtenreglementering (zonder hinderlijke aspecten)?**

Creatieve invulling van de gunningsprocedures

⇒ **Verplichting om overheidsopdrachtenreglementering na te leven 'doorplaatsen' naar medecontractant?**

- Gunning en contractsuitvoering?
- In naam en voor rekening versus in eigen naam?
- Rechtsbescherming?
- 'Loutere' onderaannemer versus contractuele relatie met de overheid?
- Geen uitdrukkelijke grondslag in regelgeving

⇒ **Aankoopcentrale / Opdrachtcentrale**

- Overheidsopdrachten via een aankoopcentrale plaatsen, teneinde zelf vrijgesteld te zijn van de verplichting zelf een gunningsprocedure te organiseren
- Zich beroepen op een andere entiteit die overheidsopdracht uitgeschreven heeft / gunt

Creatieve invulling van de gunningsprocedures

⇒ Raamovereenkomst

- Bilaterale en multilaterale (in beginsel minimaal drie partijen)
- Nog geen vigerend Belgisch recht (in de klassieke sectoren), wel praktijk
- Minicompetities: bij “alle” deelnemers die “in staat zijn” + zelfde criteria

⇒ Vaste en voorwaardelijke gedeelten

- Opdrachten kunnen betrekking hebben op een of meer vaste gedeelten en een of meer voorwaardelijke gedeelten
- Toewijzing betreft volledige opdracht, doch enkel gebondenheid tav vaste gedeelten + mogelijkheid om voorwaardelijke gedeelten te laten uitvoeren overeenkomstig de modaliteiten in de opdracht bepaald

Flexibilisering van het voorwerp van de opdracht

⇒ Percelen

- Toegang / concurrentie bevorderen
- Beperking op aantal percelen waarvoor kan ingetekend worden?
- Beperking op aantal percelen die gegund kunnen worden?
- Transparantie!

⇒ Varianten

= alternatieve uitvoeringswijzen voor de basisoplossing van het bestek

- onderscheid verplichte en facultatieve en vrije varianten
- één enkele rangschikking

⇒ Opties

= eventuele meerwerken, bijkomende leveringen of diensten, verlengingen

- toelaatbaarheid?
- beoordeling

Creatief omgaan met het bestek

⇒ Redactie van het bestek

- technische specificaties
- presentatie-eisen of functionele eisen
- combinatie van beiden

⇒ **Af te stemmen op concreet voorwerp van de opdracht!**

⇒ Gedetailleerd bestek versus “light” bestek

- Gedetailleerdheid “bestek” is kwestie van opportuniteit (geen strikte juridische eis)
- projecteisen: **minimalistische aanpak versus maximalistische aanpak**
onderscheid: ruimte voor creativiteit partners versus draagwijdte controlemogelijkheden
- gevraagde engagementen: minstens voor essentieel geachte projecteisen voldoende concrete verbintenissen (al dan niet gedetailleerd uitgewerkt)
 - (1) Dwingend opleggen aan welke elementen moet voldaan worden (op straffe van onregelmatigheid) → geen impact op rangschikking vermits dit echte “**minimum eisen**” zijn
 - (2) Elementen vastleggen op grond waarvan de verbintenissen van de inschrijvers kunnen worden vergeleken → wel mogelijke impact op rangschikking vermits deze de basis vormen voor de toetsing aan **gunningscriteria**

Creatief omgaan met de periode voorafgaand aan de indiening van de offertes

- Vragen en antwoorden
- Toelichtingen versus wijzigingen

Selectie(criteria): creatief benaderd

SELECTIE

- ⇒ Selectiecriteria soms belangrijker dan gunningcriteria
- ⇒ Doelgerichte en transparante uitwerking in het licht van het voorwerp van de opdracht
- ⇒ Opnemen van minima?
- ⇒ Beperkende versus niet beperkende selectie : transparantie vereist aangaande de doorselectiecriteria
- ⇒ Weging en selectiemethodiek

Gunning(criteria): creatief benaderd

⇒ **Gunningscriteria:**

Zoeken naar balans minimale eisen versus “betere kwaliteit”

Mogelijkheid om de expertise van de inschrijver in aanmerking te nemen?

⇒ **Weging**

Transparantie vereist

Nuttige invulling vork? Op welke wijze vork toepassen?

⇒ **Subcriteria**

• Impact rechtspraak Hof van Justitie (en Raad van State)! Verstrengd standpunt

- verplichting om subcriteria bekend te maken (indien gewenst)
- principiële verplichting om weging bekend te maken

⇒ **Beoordelingsmethodiek: tendens naar ruimere transparantie**

- * wat bekendmaken? grotendeels afhankelijk van voorspelbaarheid van methodiek
- * tijdstip: in tempore non suspecto / transparantieverplichting
- * nuttige invulling van puntenspreiding: proportionaliteit (bijv. schalen)

⇒ **Hoe inhoudelijke voorstellen beoordelen:** interviews, plaatsbezoek, keuringen

Flexibele gunningswijzen - gunningsmodaliteiten

=> Wijze van gunnen

-Principe: aanbesteding of offerte-aanvraag, maar veelal niet geschikt => verbod op onderhandelingen

-Uitzonderingsprocedures: (1) onderhandelingsprocedure
(2) concurrentiedialoog

-Andere? Marktverkenning en “warm maken” van de markt?

Marktverkenning en marktopwarming

⇒ Marktverkenning?

= Beroep doen op kennis en ervaring van de markt, alvorens een oproep tot mededinging te organiseren: “technische dialoog”

* kwalificatie: overheidsopdracht?

- technisch voorafgaandelijk advies vs. overeenkomst voor diensten voor marktonderzoek
- quid onverenigbaarheidsregeling?

* voorwaarden:

- Marktverkenning mag niet tot uitschakeling van de mededinging leiden: let op voor specificaties “op maat”!
- Gelijkheidsbeginsel: Wie raadplegen?
Transparantiebeginsel: terbeschikkingstelling informatie

⇒ Marktopwarming?

- * Niet verboden, maar let op voor “strikte” termijn en publicatieverplichtingen
- * Gelijkheidsbeginsel

Onderhandelingsprocedure

ONDERHANDELINGSPROCEDURE

= *De procedure waarbij de aanbestedende dienst met door hem gekozen ondernemers overleg pleegt en door onderhandelingen met één of meer van hen de contractuele voorwaarden vaststelt*

- Beginselen : vormvrije en flexibele procedure
- MAAR: belang van de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, eerlijke mededinging, transparantie en “patere legem quam ipse fecisti”
- Uitzonderingsprocedure
- De keuze om beroep te doen op de onderhandelingsprocedure moet uitdrukkelijk en afdoende gemotiveerd worden
- Deze motivering moet bij het opstarten van de gunningsprocedure bestaan doch kan desgevallend in een latere beslissing neergeschreven worden

- 2 soorten: (1) zonder bekendmaking, maar voorafgaande “raadpleging” meerdere kandidaten indien mogelijk
(2) met bekendmaking

Concurrentiedialoog

- Nieuwe procedure
- Subsidiare procedure: inschatting geval per geval dat het niet mogelijk is de andere procedures toe te passen MAAR voorrang boven onderhandelingsprocedure?
- “Streng” toepassingsvoorwaarden (art. 27 Wet 15/06/2006)
 - *Bijzonder ingewikkelde opdracht*
 - *Objectief niet in staat technische middelen te bepalen die aan behoeften kunnen voldoen*
 - *Objectief niet in staat te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het stuk van technische, financiële of juridische oplossingen*
- Geen mogelijkheid tot onderhandelingen na dialoog (enkel “finetuning”?)
- Op korte termijn bruikbaar?
- Meerwaarde ten aanzien van de onderhandelingsprocedure? MAAR eenmaal ingevoerd, “rem” op gebruik onderhandelingsprocedure?

Invulling onderhandelingsprocedure

ONDERHANDELINGSPROCEDURE *MET* BEKENDMAKING

• art. 122ter van het KB van 8 januari 1996:

§ 2. De aanbestedende overheid onderhandelt met de inschrijvers over de door hen ingediende offertes, om die aan te passen aan de eisen die zij in de aankondiging van opdracht, het bestek en de eventuele aanvullende documenten heeft vermeld en om de beste offerte te kiezen.

Tijdens de onderhandelingen waarborgt de aanbestedende overheid de gelijke behandeling van alle inschrijvers. Met name geeft zij geen discriminerende informatie die sommige inschrijvers kan bevoordelen tegenover andere.

§ 3. De aanbestedende overheid kan bepalen dat de onderhandelingsprocedure in opeenvolgende fases verloopt, teneinde het aantal offertes waarover onderhandeld moet worden, te beperken door toepassing van de gunningscriteria die in de aankondiging van opdracht of in het bestek zijn vermeld. Het gebruik van deze mogelijkheid wordt vermeld in de aankondiging van opdracht of in het bestek.”

•**Verslag aan de Koning bij deze bepaling:**

“de mogelijkheid om te onderhandelen over de voorwaarden van de opdracht is beperkt tot de inhoud van de offertes. Immers, de aanbestedende overheid mag in dat geval slechts over de offertes onderhandelen om ze aan te passen aan de eisen vermeld in de opdrachtdocumenten en, naargelang het geval, de offerte te kiezen die vanuit haar oogpunt de laagste of economisch voordeligste is. Bijgevolg mogen de voorwaarden van de opdracht en het voorwerp ervan, die vooraf zijn bepaald, niet worden gewijzigd tijdens de onderhandelingen.”

⇒ **Hoe deze bepaling lezen? Wetsconform?**

⇒ **Onderscheid met concurrentiedialoog?**

Creatieve invulling van de onderhandelingsprocedure

⇒ **nuttige invulling van gefaseerde aanpak**

- Mogelijkheid van gefaseerde aanpak (bv. eerste offerte, BAFO-fase)
- Diverse mogelijkheden:
 - Onderhandelingen met beste
 - Onderhandelingen met alle (regelmatige) kandidaten
 - Onderhandelingen met de kandidaten (vooraf bepaald aantal) die beste offertes hebben ingediend
 - Mogelijkheid om inschrijvers waarmee niet wordt onderhandeld “in wacht” te plaatsen?

⇒ **Objectieve criteria en regels beschrijven die als leidraad zullen dienen tijdens de verdere onderhandelingen**

- Opnemen in bestek om reden van transparantie en garantie op gelijke behandeling

=> Suggesties tot onderhandelingen, onderhandelingsmaterie

Efficiënt en voorspelbaar verloop van de bevraging

=> Aandacht voor contractsdocumentatie

- * mark-up versus opgelegd contractueel kader?
- * tendens naar standaardisatie (voorbeeld: DBFM-Handboek KC PPS)

=> Kosten deelname aan de procedure: nuttig effect van biedvergoedingen?

- * biedvergoeding als prikkel voor kwaliteitsvolle voorstellen
- * af te stemmen op gefaseerde aanpak?

⇒ Redelijke gestanddoeningstermijn

Rechtsbescherming: creatieve ‘risicobeperkingen’?

Onverbindendverklaring

uitsluiten sanctie onverbindendverklaring bij niet-bekendmaking: vrijwillige transparantie ex ante (nuttig in geval van twijfel over bekendmakingsverplichting)

Aandacht voor de uitvoeringsfase van de opdracht

Nuttige risicoverdeling: wie kan best risico beheersen?

- * risico-verdeling gerelateerd aan rechtsfiguur: huur versus DBFM
- * werkbaar controle- en sanctiemechanisme

- Evenwicht in contractsverplichtingen

- Flexibiliteit in uitvoeringsfase

- * wijzigbaarheid overeenkomsten?
 - Principe: wijziging = nieuwe overeenkomst
 - Criteria:
 - voorwerp mag niet substantieel worden gewijzigd
 - impact op resultaten van de eerdere besluitvorming
 - verantwoord door behoorlijke motieven
 - Anders als wijzigingen reeds voorzien in contract (belangrijk voor langlopende contracten!)

Impact van de AAV

- AUR = van rechtswege van toepassing
- AAV = Automatisch van toepassing op alle overheidsopdrachten (behalve geringe waarde) MAAR afwijkingen mogelijk!
- Overwegend gebaseerd op opdrachten van werken, en dus minder aangepast voor diensten (laat staan complexe langlopende contracten!)
- Afwijkingen
 - kan van alle bepalingen m.u.v. betalingstermijnen art. 15 AAV
 - voorzover de bijzondere eisen van de opdracht dit noodzakelijk maken
→ afwijkingen moeten gebaseerd zijn op goede objectieve redenen
 - verplichte lijst in het bestek met afwijkingen
 - afwijkingen van bepaalde fundamentele bepalingen moeten uitdrukkelijk gemotiveerd worden in het bestek (o.a. borgtocht, betaling, onvoorziene omstandigheden, sancties en aansprakelijkheid van de aannemer)

Creatieve invulling “AAV”

Afwijkingen van art. 16 AAV : onvoorziene omstandigheden (ruime overmacht)

- Motivering én redelijkheid
- Redenen ? bijv. vrijheden van de inschijver ; gespecialiseerde expertise
- mogelijkheid om de “voorspelbare” onvoorziene omstandigheden uit te sluiten : opsommen potentiële risico's

- **mechanisme voor bepaling van eventuele stilstandkosten**

- **snelle (technische) arbitrage van geschilpunten**

- **Sancties (cf. art 20 - 48 – 66 – 75 AAV) :**
 - aanpassen in functie van de opdracht (voorbeeld : strafpuntensysteem)
 - quid plafond?

- **Borgstelling**
 - Principe : 5 % waarde opdracht
 - Andere Mechanismen? Bijv. in het kader van projectfinanciering : uitvoeringsgarantie en overdrachtsgarantie

Vragen?

David D'Hooghe

Stibbe

Loksumstraat 25

1000 Brussel

02/533.52.11.

david.dhooghe@stibbe.com