

Voornaamste knelpunten inzake ICT- opdrachten

France Vlassembrouck

EBP- Tender ICT-Day 17.03.2011

- I. Voorwerp van de opdracht**
- II. Keuze van de gunningswijze**
- III. Selectie en gunning**
- IV. Technische specificaties**
- V. Regelmatigheid van de offertes**
- VI. Informatie en vertrouwelijkheid**

I. Voorwerp van de opdracht

A. Leveringen en diensten: definities en toepassingen

a) Leveringen

“De overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een leverancier enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft op de verwerving door koop- of aannemingsovereenkomst, huur, huur-koop of leasing, met of zonder aankoopoptie, van producten” (art. 5, lid 1, 2de streepje, Wet 24/12/1993)”

- Aankoop, huur, leasing van hardware
- Aankoop van een bestaande software: operating system – in zoverre niet begrepen in de hardware; systeem software (MS Office, shall Linux, ...), toepassingsgerichte software (ERP, ...)

I. Voorwerp van de opdracht

b) Diensten

“De overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft op in bijlage 2 bij deze wet vermelde diensten” (art. 5, lid 1, 3de streepje, Wet 24/12/1993)

- Aanschaffing van een software op maat
- Implementatiediensten
- Consulting

I. Voorwerp van de opdracht

c) Quid van gemengde opdrachten ?

- Aankoop van hardware en diensten van onderhoud en van bijstand
- Aankoop van software en implementatiediensten

=> Kwalificatie is bepaald door het deel van de opdracht dat de hoogste geraamde waarde heeft

I. Voorwerp van de opdracht

B. Bepaald of bepaalbaar voorwerp

RvS, 9 maart 2011, nr 211.865

Meerjarige open overeenkomst (met een minimum) van diensten betreffende het ter beschikking stellen van gespecialiseerd informaticapersoneel voor de conceptie, de ontwikkeling, de exploitatie en het onderhoud van informaticatoepassingen

= opdracht volgens prijslijst, met bepaald voorwerp - precieze hoeveelheden verder te bepalen

+ faculteit voor de aanbestedende overheid om haar bestellingen aan te passen naargelang haar evolutieve en conjuncturele behoeften (versterking - middelenverbintenis)

II. Keuze van de gunningswijze

A. Drie gunningswijzen

- **Openbare en beperkte aanbesteding (altijd met bekendmaking):**
vrije keuze
- **Algemene en beperkte offerteaanvraag (altijd met bekendmaking):**
vrije keuze
- **Onderhandelingsprocedure (met of zonder bekendmaking):**
in de klassieke sectoren: gemotiveerde beslissing op basis van één van de gevallen van onderhandeling met of zonder bekendmaking, limitatief opgesomd door de wet

II. Keuze van de gunningswijze

a) Aanbesteding (art. 15, Wet 24/12/1993)

De opdracht wordt toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver

=> Eén gunningscriterium: de prijs. Gepast voor informaticaopdrachten?

b) Offerteaanvraag (art. 16, Wet 24/12/1993)

De opdracht wordt toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte / regelmatige meest voordelige offerte vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid heeft ingediend

=> In beginsel, twee of meerdere gunningscriteria

II. Keuze van de gunningswijze

c) Onderhandelingsprocedures (art. 17, Wet 24/12/1993)

De opdracht wordt gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte / regelmatige meest voordelige offerte vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid heeft ingediend

Vrijheid van onderhandeling, met uitzondering van de Europese opdrachten in de klassieke sectoren: faculteit om te onderhandelen over de voorwaarden van de opdracht beperkt tot de inhoud van de offerte

=> In beginsel, gunningscriteria

II. Keuze van de gunningswijze

B. Onderzoek van bepaalde gevallen van onderhandelingsprocedure

Ter herinnering: strikte interpretatie van de gevallen van onderhandelingsprocedure (afwijking van het principe van in mededingingsstelling) + bewijslast in hoofde van de aanbestedende overheid

a) Onderhandelingsprocedures met bekendmaking

“In het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van diensten: de aard van de dienst is zodanig dat de specificaties van de opdracht niet kunnen bepaald worden met voldoende nauwkeurigheid om de toewijzing toe te laten volgens de procedure van aanbesteding of offerteaanvraag” (art. 17, § 3, 4°, Wet 24/12/1993)

II. Keuze van gunningswijze

=> Beroep op deze procedure door het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap voor de outsourcing van de informaticafunctie

Volgens het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap: onmogelijkheid om een globale prijs te bepalen en om de opdracht op voldoende wijze te specificeren

>< Rekenhof: bepaalde betrokken diensten werden in het verleden volgens de klassieke procedures gegund + het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap creëerde zelf de onmogelijkheid de toekomstige diensten afdoend te omschrijven om bedrijfseconomische motieven (“schaalvoordelen”)

II. Keuze van gunningswijze

=> **RvS, 24 augustus 2006, nr 161.963, *Proconsultant Informatica***

“Considérant que le marché litigieux a été attribué par procédure négociée après que deux appels ont été lancés en vue de l’attribuer par appel d’offres; qu’il résulte du dossier administratif que les procédures d’appel d’offres se sont révélées peu avantageuses notamment en raison de l’évolution rapide de la technologie dans le domaine considéré, cette procédure nécessitant des délais tels que la technologie retenue serait déjà obsolète ou peu s’en faut; qu’au terme du second appel d’offres, la partie adverse a pu, sans commettre d’erreur manifeste d’appréciation, s’estimer de ce fait en présence d’une situation où la nature des services à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d’adjudication ou d’appel d’offres”

II. Keuze van de gunningswijze

=> Voorwaarden

- Diensten (intellectuele diensten?)
- Specifieke aard van de dienstverlening maakt het niet mogelijk om de specificaties voldoende precies uit te werken
 - > specificaties = vereisten van het project en niet technische specificaties
- Onvoldoende precieze specificaties maken de gunning volgens de klassieke wijzen onmogelijk
 - > dialoog noodzakelijk met de inschrijvers

II. Keuze van de gunningswijze

b) Onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking

“De (...) leveringen of diensten die omwille van hun technische of artistieke specificiteit of omwille van de bescherming van exclusieve rechten slechts aan een bepaalde (...) leverancier of dienstverlener kunnen toevertrouwd worden “ (art. 17, § 2, 1^o, f, Wet 24/12/1993)

=> 2 cumulatieve voorwaarden voor de hypothese “technische specificiteit”:

- Bestaan van een technische specificiteit van de producten/diensten voorwerp van de opdracht
- Omwille van deze technische specificiteit is het volstrekt noodzakelijk dat de opdracht aan één bepaalde onderneming wordt toegewezen

II. Keuze van de gunningswijze

=> Toepassingsgevallen :

- Quid als de compatibiliteit moeilijker of duurder is? Neen
- Goed verleden? Neen
- Unieke verworven ervaring? Functie van de staat van de techniek en de gangbaarheid van het project
- RvS, 15 juli 2008, nr 185.406, *Esri Belux*
 - * beslissing van de stad Genk om zich aan te sluiten bij het GIS-systeem (geïntegreerd geografisch informatiesysteem) van de stad Leuven
 - * beroep op de onderzochte procedure voor de verwerving van specifieke modules (G@lileomodules) en van de basissoftware (Smallworld software)

II. Keuze van de gunningswijze

- * geen bewijs door de stad Genk dat het gebruik van de modules G@lileo de enige wijze was om te antwoorden aan de behoeften van het geïntegreerde GIS-systeem, noch dat het gebruik van de software Smallworld de enige mogelijke informaticatechniek was

III. Selectie en gunning

A. Rappel van het onderscheid selectie / gunning

=> De selectiecriteria hebben betrekking op de bekwaamheid van de persoon van de inschrijver (op economisch, financieel en technisch vlak) om de opdracht tot een goed eind te brengen

Onderscheid tussen de selectiecriteria sensu lato en sensu stricto

De gunningscriteria betreffen de intrinsieke waarde van de offerte zelf

III. Selectie en gunning

- => - Open procedures: selectie en gunning in één fase
- Beperkte procedures en in principe onderhandelingsprocedures: selectie en gunning in twee fases
 - * vooreerst, selectiebeslissing. Enkel de geselecteerde kandidaten worden uitgenodigd om een offerte in te dienen
 - * vervolgens, gunning van de opdracht

Maar in elk geval: duidelijk onderscheid tussen selectie en gunning (= 2 aparte handelingen)

III. Selectie en gunning

B. Onderscheid of verwarring: problematiek van het voorgestelde team van de dienstverlener

- **Selectie criterium: de persoon van de inschrijver op grond van de ervaring van zijn personeel in het algemeen?**
- **Gunning criterium: de persoon van de leden van het team van de inschrijver die concreet de diensten zullen uitvoeren?**

III. Selectie en gunning

RvS, 29/09/2005, nr 149.414, *Ernst & Young / BTC*

- Duidelijk verband met de specificiteit van het voorwerp van de opdracht
- Specifieke ervaring betreffende de coöperatie met betrekking tot de ontwikkeling van het team kan als gunningscriteria gebruikt worden

+ RvS, 10/10/2006, nr 163.337, *Gems International*

+ RvS, 26/04/2007, nr 170.589, *Soresma*

+ RvS, 08/06/2009, nr 193.924, *Securitas Transport Aviation Security*

+ RvS, 25/05/2010, nr 204.259, *Aubay*

III. Selectie en gunning

MAAR HvJ, 24/01/2008, C-532/06 – Lianakis

**+ RvS, 12/11/2009, C-199/07, *Commissie /
Republiek van Griekenland***

III. Selectie en gunning

C. POC (PROOF OF CONCEPT) : GUNNINGSCRITERIUM ?

RvS 24 mei 2010, nr 204.259, *Aubay*

Algemene offerteaanvraag met gunningscriteria: de prijs (40%) en technische waarde van de voorgestelde dienst op basis van de POC (60%), met 8 gewogen subcriteria

Aanstelling in de offerte van een analyst en 2 programmeurs van het personeel van de inschrijver die aan de POC zullen deelnemen, met CV, alsmede een precieze en volledige beschrijving van hun identiteit en theoretische en praktische bevoegdheden

III. Selectie en gunning

- **Volgens de Raad van State, technische waarde op basis van de POC = gunningscriterium en niet een selectiecriterium:** de technische waarde moet beoordeeld worden op basis van een evaluatie door de aanbestedende overheid van een oefening uitgevoerd na de opening van de offertes door elke inschrijver.

Betreft de analyse en programmatie, op basis van een conceptueel dossier, van een relatief complexe toepassingsmodule die op een door de administratie geïnstalleerd en gehandhaafd platform zal moeten functioneren.

- **Volgens de Raad van State is er geen luik in de offertes over het gunningscriterium “technische waarde”.** Enkel de grote lijnen van de prestaties zijn bepaald in bijlage E van het bijzonder bestek → Voornaamste element van de intrinsieke waarde van de offertes niet onderzocht op basis van de offertes zoals ingediend op de dag van de neerlegging van de offertes maar op basis van evaluatie van prestaties die daarna geleverd werden → onwettig

IV. Technische specificaties

A. Melding van producten van bepaalde makelij of herkomst?

a) Art. 83bis e.s., AR 08/01/1996

=> De technische specificaties moeten de inschrijvers gelijke toegang bieden en mogen niet tot gevolg hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden geschapen

=> De aanbestedende overheid neemt de technische specificaties op in de opdrachtdocumenten

IV. Technische specificatie

=> verbod van producten van bepaalde makelij of herkomst
(art. 85, 1er al., AR 08/01/1996)

(i) Principe

Technische specificaties die producten vermelden van een bepaalde makelij of herkomst of bijzondere werkwijze vermelden waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld, mogen niet gebruikt worden (hierin begrepen als bv. de werkwijzen niet meer beschermd zijn door intellectuele rechten)

IV. Technische specificaties

- *“Het is met name verboden merken, octrooien of types, of een bepaalde oorsprong of productie aan te duiden”.*
- Voorwaarden van het verbod: specificaties die bepaalde ondernemingen bevoordelen of uitschakelen

Niet het geval als alle ondernemingen hetzelfde procedé (bewijs?) gebruiken of als het product door één enkele onderneming wordt vervaardigd

IV. Technische specificaties

(ii) Uitzonderingen

- De specificaties zijn onontbeerlijk ten opzichte van het voorwerp van de opdracht

Beoordeling in feiten: RvS 26 mei 2006, nr 145. 026, *Denys*

- *“Bij wijze van uitzondering is een dergelijke aanduiding, vergezeld van de vermelding “of gelijkwaardig” evenwel toegestaan wanneer het niet mogelijk is door middel van voldoende nauwkeurige en voor alle betrokkenen volstrekt begrijpelijke specificaties een beschrijving van het voorwerp van de opdracht te geven”*

Quid “gelijkwaardig”? ofwel beantwoordt het product aan de standaard van toegang tot de nationale markt van oorsprong; ofwel bereikt, of zelfs overschrijdt, het product de voorgeschreven prestatie-eisen

IV. Technische specificaties

b) Omzendbrieven

(i) Omzendbrief van de Kanselarij van de Eerste Minister dd. 23/06/2004

- Herhaling van de principes van de wet
- Herhaling van het doel: afschaffing van elk monopolie en de mededinging zoveel mogelijk mogelijk uitbreiden
- Verbod om de naam van het merk te vermelden, zelfs met de woorden “*of gelijkwaardig*”
- Bepaalde voorbeelden, waarvan :
“*de vermelding bij een informaticaopdracht van een merk van een besturingssoftware of van microprocessoren dat verkrijgbaar is bij een bepaalde producent*“, met verwijzing naar het arrest van de Europese Gemeenschappen van 24/01/1995, zaak C, 359/93, Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Nederland – zaak Unix
- Afwijkingen vermeld in artikel 85, lid 2 zijn van strikte interpretatie (.... “bij wijze van uitzondering”)

IV. Technische specificaties

(ii) Bijkomende omzendbrief van de Kanselarij van de Eerste Minister dd. 08/12/2006 (technische specificaties voor microprocessorsen in het kader van informaticaopdrachten)

- Rappel van het verbod van vermelding van merknamen (inbegrepen Intel en AMD)
- Vermelding van de minimale kloksnelheid van de in het systeem voorkomende microprocessorsen = onvoldoende => aanbeveling om benchmarks te gebruiken
- Technische bijlage van de Fedict met de beschrijving van de benchmarks voor de desktops, notebooks, servers en workstations
- (Niet limitatieve) opsomming van de gebruikelijke benchmarks

IV. Technische specificaties

Opmerkingen:

- Moeilijk om de juiste en relevante benchmarks te kiezen
- De interpretatie van de benchmarks door de aanbestedende overheid vergt een belangrijke technische bekwaamheid
- In het geval dat de voorgestelde machines getest moeten worden ten opzichte van de gebruikte benchmark: vooreerst investeren in een software voor benchmarking = investering van een paar duizenden euro's!

IV. Technische specificaties

B. Service Level Agreements (SLA)

- Bepaling van het te verwachten serviceniveau
- Voor opdrachten van diensten (bv. onderhoudscontracten, telecomdiensten, ...)
- De middelenverbintenis wordt een resultaatsverbintenis
- Het kwaliteitsniveau van de dienstverlening moet op een meetbare wijze kunnen worden vastgesteld (bv. interventietijd of reparatietijd na oproep, beschikbaarheidspercentage van een telecomverbinding, ...)
- De procedure van vaststelling van het al dan niet naleven van het vereiste prestatieniveau, en meer bepaald hoe en door wie het prestatieniveau zal worden geregistreerd, zal moeten bepaald worden
- Het niet naleven van de kwaliteitsverbintenis moet gesanctioneerd worden (financieel via specifieke straffen en/of boetes)

V. Regelmatigheid van de offertes

A. Voorbehoud

- Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële bestekbepalingen, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen indien zij enig voorbehoud inhouden (Art. 110, § 2, KB 08/01/1996)
- Voorbehoud: wanneer de inschrijver de uitvoering van de opdracht volgens de voorschriften van het bestek weigert of op een bepaald punt doet afhangen van het vervullen van een voorwaarde die niet in het bestek en de overheidsopdrachten-reglementering is voorzien
- Enkel een voorbehoud betreffende een essentieel element van de offerte brengt de absolute nietigheid van deze laatste mee

V. Regelmatigheid van de offertes

- Bv: RvS, 8 juni 2007, nr 172.065, *Priminio*

Substantieel voorbehoud:

- * ten opzichte van de geldigheidsduur van de offertes vastgesteld door het bestek op 5 september 2007: de geldigheid van de offerte onderwerpen aan een kennisgeving van de opdracht ten laatste op 1 juni 2007
- * ten opzichte van de vermoedelijke hoeveelheden (40.000 posten): de verbintenis van de aanbestedende overheid eisen om 40.000 posten aan te schaffen

V. Regelmatigheid van de offertes

B. Verbetering van de kennelijk materiële fouten

- **Art.111, AR 08/01/1996: mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om de kennelijk materiële fouten te verbeteren door de werkelijke bedoeling van de inschrijver na te gaan met alle middelen**

“Onder meer door een onderzoek van de offerte en vergelijking van de prijzen met die van de overige inschrijvers en met de gangbare prijzen” => ook op basis van de uitleg van de inschrijver: RvS, 9 maart 2011, nr 211.865

VI. Informatie en vertrouwelijkheid

A. Verplichting in hoofde van de aanbestedende overheid

- **Art. 65/4, 65/5 en 65/8, Wet 24/12/1993:** mededeling van de gemotiveerde gunningsbeslissing, in rechte en in feite gemotiveerd
- **Art. 65/10 :** *”Bepaalde gegevens mogen evenwel niet worden medegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van overheidsbedrijven of particuliere ondernemingen of de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen zou kunnen schaden”*

VI. Informatie en vertrouwelijkheid

=> Hoe combineren ?

RvS, 9 maart 2011, nr 211.865

- Prijzen: vertrouwelijk karakter zoals vermeld door bepaalde inschrijvers in hun offerte (>< RvS, 9 april 2009, nr 192.276, *Imtech Telecom*)
- Samenlezing van de artikelen 65/5, 65/8 en 65/10: de aanbestedende overheid kan van oordeel zijn dat het niet mogelijk is om de uitleg van het analyseverslag in de gunningsbeslissing weer te geven zonder bepaalde bestanddelen van de prijzen van de gegadigde kenbaar te maken

VI. Informatie en vertrouwelijkheid

B. Verplichting in hoofde van de verhaalinstantie

Art. 65/26, Wet 24/12/1993: *“de verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken.*

Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt”

France Vlassembrouck

Loyens & Loeff

Neerveldstraat 101-103

1200 Brussel

Tel.: 02/743.43.17

E-mail: france.vlassembrouck@loyensloeff.com