

praktijkvraag

Onderhandelingsprocedure bij ongeschikte aanmeldingen?

Vraag

Artikel 31 lid 1 sub a van richtlijn 2004/18/EG maakt het mogelijk een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te volgen indien in het kader van een openbare of niet-openbare procedure geen of geen geschikte inschrijvingen of geen aanmeldingen zijn ingediend. Kan ik van deze procedure tevens gebruik maken indien er wel een x-aantal aanmeldingen zijn ingediend maar die betreffende partijen niet voldoen aan de (overigens proportionele) selectie-eisen (geen geschikte aanmeldingen)?

Antwoord

Voorwaarde voor toepassing van de uitzonderingsgrond uit artikel 31 lid 1 sub a (mogelijkheid tot het kunnen voeren van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking) is dat na een gevoerde openbare of niet-openbare procedure er geen of geen geschikte inschrijvingen zijn ontvangen of geen aanmeldingen zijn ingediend en de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht in de hierop volgende onderhandse aanbesteding niet wezenlijk worden gewijzigd.

In een casus als deze is van belang in hoeverre er sprake is van geen geschikte inschrijvingen in de zin van artikel 31. In het handboek Aanbestedingsrecht van Pijnacker Hordijk, 3^e druk, 2004, wordt hierover op pag. 146 e.v. het volgende opgemerkt:

Volgens de Europese Commissie (zie ook haar handleidingen bij de voormalige aanbestedingsrichtlijnen) moeten onder niet-geschikte offertes worden verstaan offertes ' die onaanvaardbaar en onregelmatig zijn, maar waarvan de inhoud daarenboven geen enkel verband houdt met de opdracht en die derhalve volstrekt ongeschikt zijn om in de behoeften van de aanbestedende diensten te voorzien, zoals die in de aanbestedingsdocumenten zijn omschreven. De indiening van dergelijke offertes wordt dan ook gelijkgesteld met het uitblijven van inschrijvingen'.

Het lijkt in deze vraagstelling niet te gaan om inschrijvingen die volstrekt ongeschikt zijn (immers, de casus bevindt zich nog in de aanmeldingen-fase).

Wanneer het gaat om inschrijvingen die niet volstrekt ongeschikt zijn, komen we terecht bij het vraagstuk van de onregelmatige en onaanvaardbare inschrijvingen die in artikel 30 lid 1 sub a van de richtlijn worden beschreven en die kunnen leiden tot een onderhandelingsprocedure na voorafgaande bekendmaking. Op pag. 137 e.v. van het handboek van Pijnacker wordt nader ingegaan op deze procedure. Ten aanzien van inschrijvingen van inschrijvers die niet aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen wordt opgemerkt dat dit onaanvaardbare inschrijvingen zijn.

Vervolgens beschrijft Pijnacker op pag. 140 het volgende dilemma:

' De aanbesteder kan ingevolge de 2^e zin van artikel 30 lid 1 sub a van een aankondiging afzien, indien hij bij de onderhandelingen alle inschrijvers betreft "die voldoen aan de criteria van de artikelen 45 t/m 52". Anders gezegd: de aanbesteder kan van het plaatsen van een aankondiging afzien indien hij alle inschrijvers uitnodigt die aan de door hem gestelde geschiktheidseisen voldoen en op wie geen van de uitsluitingsgronden van toepassing is. Indien de aanbesteder enkel aanbiedingen ontvangt van inschrijvers die niet aan de geschiktheidseisen voldoen en/of aanbiedingen die niet aan de formele vereisten voldoen, zit de aanbesteder in de onderhandelingsprocedure zonder onderhandelingspartners. Juist wanneer enkel aanbiedingen zijn gedaan die niet aan de formele vereisten voldoen of die afkomstig zijn van inschrijvers die niet aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen, kan de aanbesteder er een gerechtvaardigd belang bij hebben de oorspronkelijke aanbieders in de onderhandelingsprocedure te betrekken zonder de opdracht opnieuw te hoeven publiceren. ... Deze ongerijmdheid zit in de redactie van de richtlijnen ingebakken. Wij geven er mede om die reden de voorkeur aan inschrijvingen van aanbieders die niet aan de geschiktheidseisen voldoen te kwalificeren als niet-gedane inschrijvingen met het oog op de toepassing van de uitzonderingsgrond uit artikel 31 lid 1 sub a.'

Reacties en disclaimer:

Van de informatie in dit document mag onbeperkt gebruik worden gemaakt, mits de bron wordt vermeld. Opmerkingen over de inhoud en suggesties voor aanvullingen zijn van harte welkom op info@europadecentraal.nl. Aan dit document is de grootst mogelijke zorg besteed, maar Europa decentraal kan niet instaan voor de juistheid van de informatie en aanvaardt geen aansprakelijkheid voor mogelijke vervolgschade door het gebruik ervan.

praktijkvraag

Uit deze passage maken wij op dat in het geval van inschrijvingen die niet voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen met inachtnaam van artikel 31 lid 1 sub a via de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking de procedure kan worden afgedaan.

In deze concrete vraag gaat het echter niet om inschrijvingen die niet voldoen aan gestelde geschiktheidseisen, maar om aanmeldingen die niet voldoen. Deze vraag raakt een aspect dat in de praktijk tot veel onduidelijkheid leidt. De reacties op deze vraag lopen nogal uiteen.

Op basis van het voorgaande zouden wij ten aanzien van deze vraag het volgende concluderen: Op het moment dat zich gegadigden aanmelden die niet voldoen aan de geschiktheidseisen/selectie-eisen, komt men terecht in de situatie als beschreven in artikel 31 lid 1 sub a, namelijk de situatie dat er na een niet-openbare procedure geen inschrijvingen zijn ingediend. Een aanbestedende dienst mag dan gebruik maken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, mits de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd. Het handboek van Pijnacker Hordijk gaat op pag. 143 nader in op wat als wezenlijke wijziging kan worden aangemerkt. ' Het gaat erom dat van een zodanige wijziging sprake moet zijn, dat de aldus gewijzigde opdracht aan een andere kring van potentiële gegadigden zal kunnen interesseren'.

Dit laatste aspect is het meest lastige, want op het moment dat met de in eerste instantie x-aantal gegadigden die niet aan de selectiecriteria voldoen zou worden verdergegaan in de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, is de kans groot dat de selectiecriteria gewijzigd zullen moeten worden om deze partijen wel te laten voldoen. Op het moment dat de selectiecriteria gewijzigd worden is de kans aanwezig dat er sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht, waardoor potentiële gegadigden die zich in eerste instantie niet hebben aangemeld omdat zij meenden niet te (kunnen) voldoen aan de oorspronkelijk gestelde selectie-eisen, zich niet hebben ingeschreven, en zich vervolgens benadeeld/ ongelijk behandeld voelen ten opzichte van het x-aantal gegadigden die dat wel hebben gedaan. De reden waarom niet (kan worden) wordt voldaan aan de gestelde selectie-eisen is ook van belang te bezien. U geeft aan dat zij niet als disproportioneel kunnen worden bestempeld. Maar waarom kan niet aan de eisen worden voldaan: heeft het met de aard van de opdracht te maken, is er geen interesse voor de opdracht vanwege de marktsituatie etc.? Kortom, zou er sprake moeten zijn van een wijziging van de selectie-eisen om alsnog de markt 'aan te boren' voor deze specifieke opdracht?

Concluderend kunnen ook aanmeldingen die niet voldoen aan de selectiecriteria onder de voorwaarden van artikel 31 lid 1 sub a theoretisch leiden tot een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (namelijk gezien de mogelijkheid ' indien geen inschrijvingen zijn ingediend') maar zal een praktische hobbel die genomen moet worden in een dergelijke onderhandelingsprocedure zijn, dat de selectiecriteria niet zodanig gewijzigd mogen worden dat er sprake is van een wezenlijk gewijzigde opdracht. Gezien het restrictieve karakter van de bepaling (artikel 31) uit de richtlijn is de kans groot dat een wezenlijke wijziging al gauw wordt aangenomen. In een dergelijk geval is een heraanbesteding onder formulering van nieuwe selectie-eisen (een nieuwe opdracht) dan wellicht de meest veilige benadering.

Reacties en disclaimer:

Van de informatie in dit document mag onbeperkt gebruik worden gemaakt, mits de bron wordt vermeld. Opmerkingen over de inhoud en suggesties voor aanvullingen zijn van harte welkom op info@europadecentraal.nl. Aan dit document is de grootst mogelijke zorg besteed, maar Europa decentraal kan niet instaan voor de juistheid van de informatie en aanvaardt geen aansprakelijkheid voor mogelijke vervolgschade door het gebruik ervan.