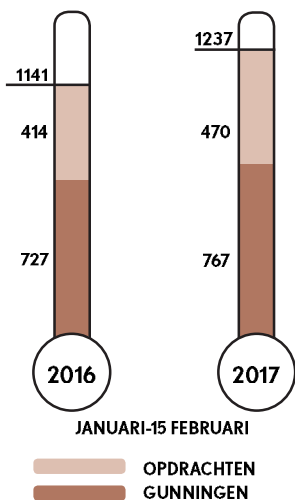


# TENDER 2

N I E U W S B R I E F

## TENDER THERMOMETER

IN NEDERLAND GEPUBLICEEERDE  
EUROPESE AANBESTEDINGEN



Bron: TenderPlus Aanbestedingsinformatie,  
www.tenderplus.nl

BVP is in het midden van de jaren negentig ontwikkeld door de Amerikaan Dean Kashiwagi. BVP bestaat uit een vaste systematiek met een procesbeschrijving en standaard gunningscriteria. Er worden vier fasen doorlopen: voorbereidingsfase, beoordelingsfase, concretiseringsfase en uitvoeringsfase. In de beoordelingsfase is het doel een expert als opdrachtnemer te vinden die het beste in staat is de projectdoelstellingen te realiseren. Als gunningscriteria worden gehanteerd: prestaties, kansen opdrachtgeversrisico en sleutelfunctionarissen. In de beoordelingsfase laat de aanbieder zien hoe hij de doelstellingen kan waarmaken, welke opdrachtgeversrisico's hij ziet en hoe hij daarmee omgaat, welke kansen hij ziet en hoe hij die benut en dat de sleutelfiguren aan zijn zijde het project goed doorgronden.

### Beoordelingsfase

Volgens vaste rechtspraak moeten gunningscriteria in het bestek of in de aankondiging van de opdracht zodanig zijn geformuleerd, dat

IN DIT NUMMER:

- 1** Best Value Procurement **3** Vragen om open standaarden bij inkoop: een handreiking **4** Wat te doen bij een storing van het digitale aanbestedingsplatform?  
**6** DE ZAAK: Hof van Justitie schept weinig duidelijkheid in Valys-zaak

## Best Value Procurement

**Best Value Procurement (BVP)** is een werkwijze waarbij wordt beoogd een expert als opdrachtnemer te selecteren en in het selectieproces optimaal gebruik te maken van de expertise van de opdrachtnemer. Deze systematiek staat op gespannen voet met het aanbestedingsrecht aangezien primair gekeken wordt naar de geschiktheid van de opdrachtnemer en niet naar de oplossing die deze aanbiedt. Ook voldoet BVP niet altijd aan het transparantiebeginsel, vanwege een soms ontoereikende omschrijving van de opdracht en de projectdoelstellingen, alsmede vanwege het belang dat wordt gehecht aan zogeheten 'dominante' informatie terwijl niet altijd duidelijk is wat daarmee wordt bedoeld.

alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren.<sup>1</sup> Dit geldt onverkort voor BVP.<sup>2</sup> Een aandachtspunt in dit verband is het belang van de projectdoelstellingen. De uitwerking van het gunningscriterium *prestaties* is de mate waarin de inschrijver onderbouwt dat hij in staat is de deliverable te realiseren en de mate waarin hij bijdraagt aan het bereiken van de projectdoelstellingen.<sup>3</sup> De mate waarin de projectdoelstellingen worden uitgewerkt verschilt van project tot project. De aanbestedende dienst maakt doorgaans het relatieve belang van elk van de projectdoelstellingen niet vooraf bekend. De beginselen van transparantie en gelijke behandeling vereisen echter dat alle elementen die door de aanbestedende dienst in aanmerking worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding, alsook het relatieve gewicht van deze criteria, bij de potentiële inschrijvers bekend zijn wanneer deze hun offertes voorbereiden.<sup>4</sup> De aanbestedende dienst moet dus de projectdoelstellingen vooraf duidelijk en uitputtend bekend maken, alsmede het relatieve gewicht van elke doelstelling.

Bij het gunningscriterium *kansen* gaat het om de mate waarin de inschrijver in staat is boven de verplichtingen op grond van het contract (waaronder de vraagspecificatie) bij te dragen aan het bereiken van de projectdoelstellingen tegen proportionele (meer)kosten.<sup>5</sup> Deze kansen zijn maatregelen die de opdrachtgever als optie kan kiezen. De Voorzieningenrechter Amsterdam heeft geoordeeld dat het gunningscriterium 'extra functionaliteit' als zodanig niet is toegestaan.<sup>6</sup> Indien de projectdoelstellingen niet voldoende duidelijk en concreet zijn omschreven, voldoet het gunningscriterium kansen niet aan het transparantiebeginsel.

Bij het gunningscriterium *sleutelfunctionarissen* wordt gekeken naar de mate waarin de kwalificatie en ervaring van ieder van de sleutelfunctionarissen en hun rol in de organisatie bijdraagt aan de projectdoelstellingen.<sup>7</sup> Als de gunningsbeslissing in belangrijke mate is gebaseerd op de capaciteiten van de sleutelfiguren rijst de vraag naar de consequenties indien deze sleutelfiguren van het toneel verdwijnen. In overweging 94 van Richtlijn 2014/24/EU is bepaald dat aanbestedende diensten ervoor moeten

zorgen dat het personeel dat de opdracht moet uitvoeren, daadwerkelijk voldoet aan de voorgeschreven kwaliteitsnormen en alleen kan worden vervangen met toestemming van de aanbestedende dienst, die zich ervan vergewist dat nieuwe personeelsleden een gelijkwaardig kwaliteitsniveau hebben. Voor de vraag of vervanging van sleutelfiguren een wezenlijke wijziging is, kan aansluiting worden gezocht bij de criteria die gelden voor vervanging van een onderaannemer.<sup>8</sup> In de uitzonderlijke situatie dat de sleutelfiguren bepalend zijn geweest voor de gunningsbeslissing, zou vervanging van die sleutelfiguren als wezenlijke wijziging kunnen kwalificeren.

Op grond van de Best-Value-aanpak moet de inschrijver zijn prestatieonderbouwing baseren op zogenoemde 'dominante' informatie. Hiermee wordt informatie bedoeld die relevant, accuraat en verifieerbaar is. Volgens BVP is de meest dominante taal het gebruik maken van getallen (prestatie-metingen, toekomstige KPI's et cetera<sup>9</sup>). Of bepaalde beweringen dominant zijn, lijkt objectief, maar kan makkelijk leiden tot een subjectieve beoordeling. Bij de evaluatie van een BVP-project werd opgemerkt: 'Zo wordt het woord "dominant" te pas en te onpas gebruikt. Maar wanneer is iets dominant? Het woord dominant wordt een containerbegrip en een kreet zonder inhoud.'<sup>10</sup> Dit probleem wordt vergroot doordat de rechter de beoordeling van een gunningsbeslissing marginaal toetst. Bij BVP wordt het risico van een subjectieve beoordeling wel onderkend. De objectiviteit wordt gewaarborgd door (1) de beoordeling anoniem en (2) door een onafhankelijke en multidisciplinaire commissie te laten plaatsvinden (soms zelfs parallel door twee verschillende commissie). Op zich zijn dat nuttige maatregelen, maar maatregelen om objectiviteit te bevorderen zijn niet gelijk te stellen met objectieve criteria.

## Voorwerp van de opdracht

Bij BVP is het voorwerp van de opdracht niet altijd op voorhand duidelijk. De focus bij BVP ligt op de keuze van een geschikte opdrachtnemer en niet op de keuze van een concrete oplossing. Doel van de Best-Value-aanpak is om een expert te vinden.<sup>11</sup> De Best-Value-aanbesteder wil geen oplossingen beoordelen. Hij wil de onderbouwing beoordelen op grond waarvan de aanbieder stelt dat juist hij deze klus kan klaren.<sup>12</sup> De gedachte hierbij is dat het aan de expert kan

worden overgelaten het voorwerp van de opdracht te bepalen. Volgens de voorzieningenrechter is het eigenlijk niet mogelijk een winnende inschrijving te selecteren zonder te kijken naar de concrete oplossing die wordt aangeboden.<sup>13</sup> De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland heeft overwogen: 'Hoe concreet de specificaties, eisen en normen precies moeten worden geformuleerd, is rekbaar. In het onderhavige geval is de omschrijving van de doelstellingen van de opdracht (...) dermate vaag dat geen duidelijk beeld kan worden verkregen van wat de scholen precies voor ogen hebben gehad bij wat zij van de inschrijvers wilden zien. (...) Geoordeeld moet dan ook worden dat de omschrijving van het voorwerp van de opdracht onvoldoende is geconcretiseerd en onvoldoende duidelijk is voor inschrijvers wat van hen wordt verwacht.'<sup>14</sup> Aanbestedingsrechtelijk is het dus niet toegestaan dat een expert het voorwerp van de opdracht bepaalt, zoals is beoogd bij BVP. Dit brengt met zich dat in de praktijk moet worden (en doorgaans ook wordt) afgeweken van het ideaaltypen van BVP om te voldoen aan de eisen van het aanbestedingsrecht. Daarnaast moeten gunningscriteria verband houden met het voorwerp van de opdracht<sup>15</sup> en mogen in beginsel niet zien op de geschiktheid van de inschrijver. Dat levert dus spanning op tussen de uitgangspunten van het aanbestedingsrecht en de selectiemethode van BVP.

## Concretiseringsfase

In de concretiseringsfase worden de oplossingen die de beoogde opdrachtnemer voor ogen heeft besproken en de opdrachtgever beoordeelt of deze daadwerkelijk acceptabel zijn voor hem. De duur van de concretiseringsfase verschilt van project tot project (van twee weken tot zes maanden of meer). Dit geldt ook voor de mate van uitwerking die plaatsvindt in deze fase. Door de structuur van een BVP ontstaat een heel praktisch probleem: als de aanbestedende dienst eenmaal de concretiseringsfase is ingegaan, is het een hele grote stap om alsnog te besluiten dat de winnaar niet voldoet en de procedure voort te zetten met nummer twee. Dat levert vertraging en gezichtsverlies op voor de aanbestedende dienst. Ook neemt de afgewezen nummer één daarmee niet altijd genoegen.<sup>16</sup>

## Afronding

Opdrachtgevers passen BVP met succes toe in de Nederlandse inkooppraktijk. De onder-

scheidende kenmerken van deze werkwijze staan echter op gespannen voet met het aanbestedingsrecht, in het bijzonder de nadruk op de selectie van een expert in plaats van een concrete oplossing. Ook zijn het voorwerp van de opdracht en de projectdoelstellingen niet altijd toereikend omschreven, wat wel vereist is. Het transparantiebeginsel vergt ook een nadere en meer eenduidige omschrijving van het begrip 'dominante' informatie zodat alle normaal zorgvuldige en behoorlijk geïnformeerde inschrijvers goed begrijpen wat daarmee wordt bedoeld. Aan een aantal van deze bezwaren kan tegemoet worden gekomen door een eenduidige en transparante beschrijving van de procedure en van de te hanteren criteria en wegingsfactoren. De keuze voor een expert in plaats van een oplossing blijft wringen.

mr. D.J.L. van Ee MRE en mr. H.P. Wiersema  
NautaDutilh N.V.

## Noten

1. Hof Van Justitie EU 18 oktober 2001, zaak C-19/00 (SIAC).
2. Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943, r.o. 6.23 en Hof Den Bosch 10 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2016:1847.
3. J. van de Rijt, W. Witteveen, S. Santema, *Best Value Stroomt: inzichten uit de praktijk, de jurisprudentie en de wetenschap*, Driebergen: Vereniging Best Value Nederland 2016, p. 32 en 43.
4. HvJ EU 24 januari 2008, zaak C-532/06 (Lianakis).
5. Van de Rijt, Witteveen, Santema 2016, p. 39 en 43.
6. Vz. Rb. Amsterdam 28 augustus 2003, ECLI:NL:RBAMS:2003:AS3520, BR 2004/80 (Broadcast Newco Two BV/NOS).
7. Van de Rijt, Witteveen, Santema 2016, p. 42 en 43.
8. HvJ EG 13 april 2010, zaak C-91/08 (Wall/Frankfurt am Main).
9. J. van de Rijt en S. Santema, *Prestatieinkoop: met best value naar succesvolle projecten*, Driebergen: Scen-ter 2013, p. 70.
10. Van de Rijt, Witteveen en Santema 2016, p. 116.
11. Van de Rijt en Santema 2013, p. 19 en 65.
12. Van de Rijt en Santema 2013, p. 67 en 70.
13. ECLI:NL:RBGEL:2015:3398.
14. Vz. Rb. Gelderland 6 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3398.
15. Artikel 67 lid 2 en 3 Richtlijn 2014/24/EU.
16. Vz. Rb. Noord-Holland 21 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2536 en Vz. Rb. Den Haag 14 september 2016 ECLI:NL:RBDHA:2016:11289.