

ARTIKELEN

De onderhandelingsprocedure onder het Bass nader belicht

Caroline van Hulsteijn en Petra Heemskerk¹

1. Inleiding

In onze praktijkuitoefening hebben wij reeds diverse malen te maken gehad met cliënten die deelnamen aan een onderhandelingsprocedure die werd georganiseerd door een aanbestedende dienst in de speciale sector ("speciale-sector-bedrijf"). Daarbij concludeerden wij dat de Europese richtlijn 2004/17/EG ("de Richtlijn") eigenlijk maar weinig concrete handvatten biedt voor de daadwerkelijke invulling van de onderhandelingsprocedure. Ook aanbestedende diensten komen kennelijk tot die conclusie en lijken zich op het standpunt te stellen: "Als het niet expliciet is verboden, is het kennelijk toegestaan." Onderhandelingsprocedures vinden daardoor doorgaans plaats op een wijze die ons inziens niet door de beugel kan.

Met belangstelling hebben wij dan ook het artikel van mr. A.J. van den Bosch van ProRail gelezen dat eind 2009 in dit tijdschrift verscheen (TA 2009/6, p. 426-434). Het onderwerp van dat artikel is de onderhandelingsprocedure die speciale-sectorbedrijven kunnen volgen en de specifieke toepassing daarvan door ProRail. Uit dit artikel blijkt dat ook ProRail zich grote vrijheden meent te kunnen permitteren.

Dit artikel beoogt het wijdverbreide misverstand omtrent de vrijheid bij een onderhandelings-

procedure uit de wereld te helpen. Mogelijk kunnen de schrijvers van de nieuwe Aanbestedingswet daar hun voordeel mee doen. Want waar sommigen kennelijk vrezen dat de huidige aanbestedingspraktijk zoals die door ProRail wordt gebruikt straks niet meer mogelijk is², denken wij dat juist beduidend meer recht aan de Richtlijn en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht dan de onderhandelingsprocedure zouden worden gedaan als die praktijk tot een halt wordt geroepen.

Ter toelichting van dit standpunt bespreken wij hierna het concept wetsvoorstel voor de nieuwe Aanbestedingswet d.d. 29 april 2009 ("het Conceptvoorstel") in relatie tot de huidige regelgeving die van toepassing is op de speciale-sectorbedrijven. Tevens bespreken wij de invulling van de onderhandelingsprocedure en de vergelijkbare concurrentiegerichtte dialoog onder toepasselijkheid van andere regelingen die gelden voor aanbestedende diensten in de zin van Richtlijn 2004/18/EG. Daarbij nemen wij specifiek de aanbestedingspraktijk (althans met betrekking tot de onderhandelingsprocedure) van ProRail onder de loep, omdat deze inmiddels uitvoerig is beschreven. Ten slotte concluderen wij dat de aanbestedingspraktijk van ProRail niet in overeenstemming is met de thans geldende, Europese en nationale regelgeving. Wat betreft het wetsvoorstel waarin het

¹ C.H. van Hulsteijn en P.F.C. Heemskerk, CMS Derks Star Busmann

² Aldus Van den Bosch in zijn artikel

Conceptvoorstel moet uitmonden zou het goed zijn indien meer duidelijkheid wordt geboden ten aanzien van de rechtspositie van deelnemers aan de onderhandelingsprocedure.

2. Vergelijking Conceptvoorstel met Richtlijn en Bass

Richtlijn en Bass

ProRail maakt op grote schaal gebruik van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Die onderhandelingsprocedure mag conform de Richtlijn te allen tijde worden gevolgd.³ Als daarvoor wordt gekozen, dient de desbetreffende opdracht conform de artikelen 34 tot en met 59 van de Richtlijn te worden geplaatst.⁴

De artikelen 34 tot en met 59 van de Richtlijn regelen op summier wijze de procedurele aspecten van de onderhandelingsprocedure. Volgens artikel 47 worden de daartoe uitgekozen gegadigden gelijktijdig en schriftelijk uitgenodigd tot onderhandeling. In dat artikel is tevens geregeld welke informatie de uitnodiging dient te bevatten.⁵ De Richtlijn bevat ook enkele bepalingen over de selectie van gegadigden, hetgeen kan plaatsvinden door middel van een erkenningsregeling. Dat doet ProRail.

Artikel 55 van de Richtlijn bepaalt dat de aanbestedende dienst de opdracht kan gunnen aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving dan wel aan de inschrijver met de laagste prijs. Artikel 57 bevat een bepaling met betrekking tot abnormaal lage inschrijvingen. Ten slotte zijn nog twee artikelen gewijd aan inschrijvingen die producten uit derde landen

bevatten en betrekkingen met deze landen. Kortom, weinig concreets over het verloop van de onderhandelingen.

Uit de considerans van de Richtlijn (onder 55) blijkt dat ook in de ten opzichte van Richtlijn 2004/18/EG veel vrijere Richtlijn, het gelijkheidsbeginsel een cruciale rol speelt:

“De gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling in acht worden genomen en de beoordeling van de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging wordt gegarandeerd. (...)

Teneinde de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling bij de gunning van opdrachten te waarborgen, moet worden voorzien in de door de jurisprudentie bevestigde verplichting om de nodige transparantie te garanderen teneinde iedere inschrijver de mogelijkheid te bieden redelijkerwijs kennis te nemen van de criteria en de nadere regelingen die zullen worden toegepast ter bepaling van de economisch voordeligste inschrijving. (...)

Met het oog op het waarborgen van een gelijke behandeling moeten de gunningscriteria de mogelijkheid bieden de inschrijvingen te vergelijken en op een objectieve manier te beoordelen.”

Net als de Richtlijn bevat ook het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (“Bass”) – waarmee de Richtlijn is geïmplementeerd – geen gespecificeerde procedurebeschrijving voor het

3 Meer in het algemeen merken wij op dat het Hof erop heeft gewezen dat de Richtlijn restrictief dient te worden uitgelegd (HvJ EG 10 april 2008, zaak C-393/06,

Ing. Aigner, pt. 27).

4 Artikel 31 van de Richtlijn.

5 Artikel 47 lid 1 en lid 4 van de Richtlijn.

verloop van de onderhandelingen. Wel vermeldt de toelichting op het Bass:⁶

"Net als de richtlijn die zij vervangt heeft richtlijn nr. 2004/17/EG nog steeds tot doel de transparantie in de gemeenschappelijke markt voor opdrachten te vergroten en discriminatoir aanbestedingsgedrag van de aanbestedende diensten en bedrijven in de lidstaten van de Europese Unie te voorkomen. Voorts draagt dit bij aan vergroting van de mededinging op deze markt. De instrumenten om transparantie te bereiken zijn de publicatieverplichtingen, het verbod op discriminatie tussen aanbieders, en de plicht om de eisen aan opdracht en opdrachtnemer objectief te specificeren."

Conceptvoorstel

Het Conceptvoorstel geeft – anders dan het Bass – een beschrijving van het verloop van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Volgens artikel 47 lid 1 dient de aanbestedende dienst in die procedure de volgende stappen te doorlopen:

1. publicatie van een aankondiging;
2. toetsing of op een gegadigde een uitsluitingsgrond van toepassing is;
3. toetsing of een niet uitgesloten gegadigde voldoet aan de door de aanbestedende dienst gestelde geschiktheidseisen;
4. beoordeling van de niet uitgesloten of afgewezen gegadigden aan de hand van de door de aanbestedende dienst gestelde selectiecriteria;
5. uitnodiging van de niet uitgesloten of afgewezen gegadigden tot inschrijving;
6. toetsing of de inschrijvingen voldoen aan

de door de aanbestedende dienst gestelde technische specificaties, eisen en normen;

7. beoordeling van de geldige inschrijvingen aan de hand van het door de aanbestedende dienst gestelde gunningscriterium en de nadere subgunningscriteria;
8. onderhandeling met de inschrijvers;
9. bekendmaking van de resultaten van de plaatsing;
10. gunning van de overheidsopdracht;
11. publicatie van de aankondiging van een gegunde opdracht.

In het geval een erkenningsregeling van toepassing is, kunnen de eerste vier hiervoor beschreven stappen achterwege worden gelaten.⁷ Verderop in het Conceptvoorstel worden de verschillende stappen nader toegelicht.

Kort gezegd volgt uit het Conceptvoorstel dat de aanbestedende dienst in de onderhandelingsfase met de inschrijvers onderhandelt over de ingediende inschrijvingen, teneinde deze aan te passen aan de eisen die hij in de aanbestedingsstukken heeft gesteld en zo het beste bod (de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrijving) te zoeken.⁸ Tijdens de onderhandelingen dient de aanbestedende dienst de gelijke behandeling van alle inschrijvers te waarborgen, en dient hij geen informatie te verstrekken waardoor bepaalde inschrijvers boven andere inschrijvers bevoordeeld kunnen worden.⁹ Een aanbestedende dienst kan bovendien bepalen dat de onderhandelingsprocedure in opeenvolgende fases verloopt, zodat het aantal inschrijvingen waarover wordt onderhandeld door toepassing van de criteria uit de aanbestedingsstukken wordt verminderd. In dat geval

6 Vergelijk hierboven geciteerde considerans van de Richtlijn onder 55.

7 Artikel 47 lid 2 Conceptvoorstel.

8 Artikel 149 lid 1 Conceptvoorstel.

9 Artikel 149 lid 2 Conceptvoorstel.

dient deze handelwijze in de aankondiging van de opdracht of in de aanbestedingsstukken te worden vermeld.¹⁰

De concept Memorie van Toelichting op het Conceptvoorstel¹¹ vermeldt dat door onderhandelingen de voorwaarden van de opdracht worden vastgesteld. De beoordeling met welke inschrijvers de onderhandelingen plaats zullen vinden, dient te worden bepaald aan de hand van objectieve en niet-discriminerende criteria.¹² Met betrekking tot het doel van de onderhandelingen lijken het Conceptvoorstel en zijn concept Memorie van Toelichting een discrepantie te bevatten: het Conceptvoorstel spreekt over "aanpassing van de inschrijvingen" en de concept Memorie van Toelichting over "aanpassing van de voorwaarden van de opdracht".

Enerzijds is inherent aan een onderhandelingsprocedure dat de inschrijvingen worden aangepast. Immers, zonder inhoudelijke aanpassingen kan de inschrijving niet worden verbeterd en hebben de onderhandelingen geen zin. Anderzijds moet worden beseft dat het aanpassen van inschrijvingen ook strijdig kan zijn met het gelijkheidsbeginsel. Met name wanneer een inschrijving niet voldoet aan de daaraan gestelde minimumeisen, dan mag die inschrijver niet bij wijze van "onderhandeling" in de gelegenheid worden gesteld zijn inschrijving aan te passen zodat alsnog aan de minimumeisen wordt voldaan. Daardoor wordt immers het gelijkheidsbeginsel geschonden.¹³ De prijs van

een inschrijving kan wel worden aangepast in de onderhandelingen. Een dergelijke prijsaanpassing levert slechts dan geen strijd op met de eerlijke mededinging, wanneer de prijzen van de inschrijvers tijdens de onderhandelingsfase geheim blijven.

Ook de laagste prijs dient voor of tijdens de onderhandelingen niet bekend te worden gemaakt. De aanbestedende dienst zou bijvoorbeeld met een inschrijver kunnen overleggen over het doorvoeren van optimalisaties of bezuinigingen in de ingediende inschrijving, waarbij overigens wel strikt de hand dient te worden gehouden aan de eisen en voorwaarden uit de aanbestedingsstukken. Het gelijkheidsbeginsel maakt dergelijke onderhandelingen ons inziens wel kwetsbaar.¹⁴ Er zal in elk geval voor moeten worden gewaakt dat door het selectief overleggen met inschrijvers kan worden gestuurd op de uitkomst van de aanbesteding. En of een aanbestedende dienst zich aan dergelijk selectief – en daarmee al snel onrechtmatig – overleg schuldig maakt, valt nu eenmaal moeilijk te controleren. Conceptvoorstel noch concept Memorie van Toelichting biedt op dit punt helderheid en – in dat verband belangrijker – onvoldoende waarborgen om de handelwijze van de aanbestedende dienst vanuit een oogpunt van rechtsbescherming zinvol te (laten) toetsen.

Dan de aanpassing van de voorwaarden van de opdracht. Deze woordkeuze uit de concept Memorie van Toelichting lijkt te doelen op de voorwaarden en eisen die gelden op grond van

10 Artikel 149 lid 3 Conceptvoorstel.

11 De concept Memorie van Toelichting is te raadplegen via www.pianoo.nl.

12 Concept Memorie van Toelichting, p. 36.

13 Zie bijvoorbeeld V.zr. Rb. 's-Gravenhage 9 december 2009, L.JN: BK9111; V.zr. Rb. Middelburg 20 januari 2009, L.JN: BI8677; V.zr. Rb. 's-Gravenhage 24 oktober

2008, L.JN: BG1459; V.zr. Rb. 's-Gravenhage 5 juni

2008, L.JN: BD7766; V.zr. Rb. Maastricht 9 juli 2007, L.JN: BA9093.

14 Artikel 13 van het Conceptvoorstel luidt: "Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf behandelt ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze."

de aanbestedingsstukken. Naar onze mening is aanpassing van die voorwaarden en eisen niet toegestaan, althans niet zonder die aanpassingen aan alle deelnemers aan de onderhandelingsprocedure bekend te maken. Zou het wel zijn toegestaan dat op individuele basis te doen, dan zou dat ertoe leiden dat op alle inschrijvers verschillende voorwaarden en eisen van toepassing worden (ProRail noemt dit ook wel "verschillende aanbestedingsdossiers"). Ongeacht de aard van de verschillen in de dossiers menen wij dat dit niet is toegestaan.¹⁵ Wanneer verschillende aanbestedingsdossiers worden gehanteerd, komt naar onze mening de gelijkheid tussen inschrijvers per definitie op onaanvaardbare wijze in het gedrang. Bovendien worden de inschrijvingen daardoor onvergelykbaar en ontstaat het risico op een willekeurige beoordeling. Wij komen daarop hierna nog terug.

De vraag is dan ook welke uitleg de wetgever voorstaat; aanpassing van de inschrijvingen of aanpassing van de voorwaarden van de opdracht. Het zou in het licht van het voorgaande goed zijn als de wetgever op dit punt uitsluiting zou geven.

3. **De onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking uit andere regelingen dan de Richtlijn en het Bass**

Richtlijn 93/37/EEG

Vertrekpunt voor een parallelle beschouwing is voor ons richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (een van de voorgangers van Richtlijn 2004/18/EG). Onder de "onderhandelingsprocedure" wordt volgens Richtlijn 93/37/EEG verstaan een procedure waarbij de aanbestedende dienst met door hem gekozen aannemers overleg pleegt en via onderhandelingen met een of meer van hen de contractuele voorwaarden vaststelt.¹⁶ De onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking kan slechts in uitzonderingsgevallen worden gevolgd, die vergelijkbaar zijn met de uitzonderingsgevallen waarin onder de Richtlijn 2004/18/EG een dergelijke onderhandelingsprocedure mag worden gevolgd.¹⁷

Ook Richtlijn 93/37/EEG bevat slechts een summiere beschrijving van de onderhandelingen zelf. Uit de procedurebeschrijving volgt in ieder geval wel dat de onderhandelingen pas ná inschrijving worden gevoerd met de daartoe uitgenodigde inschrijvers. Opvallend is in dat verband nog dat het gelijkheidsbeginsel in Richtlijn 93/37/EEG niet expliciet is opgenomen.

UAR-EG 1991

Ook de onderhandelingsprocedure onder toepasselijkheid van het Uniform Aanbestedingsreglement EG 1991¹⁸ ("UAR-EG 1991")

¹⁵ Het artikel van Van den Bosch laat bijvoorbeeld ruimte voor verschillen in de technische eisen.

¹⁶ Artikel 1 sub g.

¹⁷ Artikel 7 lid 2.

¹⁸ De eerste Nederlandse regeling die betrekking had op

het aanbestedingsrecht, was het Nederlandse Uniforme Aanbestedingsreglement 1971. Deze regeling was gebaseerd op de eerste Europese Aanbestedingsrichtlijn, Richtlijn 71/305. Zowel genoemd reglement als genoemde richtlijn had betrekking op werken.

kan slechts in uitzonderingssituaties worden toegepast (gelijk aan Richtlijn 93/37/EEG).¹⁹ Dat pleit in ieder geval voor terughoudendheid bij de uitleg van de reikwijdte van deze procedure, omdat uitzonderingen op het aanbestedingsrecht per definitie restrictief plegen te worden uitgelegd.²⁰

Het UAR-EG 1991 werkt de in de Richtlijn 93/37/EEG opgenomen onderhandelingsprocedure verder uit dan in de Richtlijn voorgeschreven. Deze uitwerking wekte met name bij buitenlandse juristen destijds nogal eens verwondering en scepsis, nu zij het gevoel hadden dat die uitwerking de bestaande ruimte onder de Richtlijn 93/37/EEG nodeloos beknotte. De vraag is ons inziens eerder of het regime van het UAR-EG 1991 niet onrechtmatig was.

In het UAR-EG 1991 wordt de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking gedefinieerd als een aanbesteding, die algemeen bekend wordt gemaakt en waarbij een ieder zich als gegadigde kan aanmelden, waarna de aanbestedende dienst met door hem zelf gekozen gegadigden overleg pleegt, en via onderhandelingen met een aantal van hen de

contractuele voorwaarden vaststelt.²¹ Uit de artikelen 46 en 50 UAR-EG 1991 volgt dat de onderhandelingsprocedure bestaat uit achtereenvolgens de overlegfase, de inschrijving en de onderhandelingsfase.

De overlegfase dient er volgens het UAR-EG 1991 toe overeenstemming te bereiken over de inhoud van een of meer door de gegadigde in te dienen voorstellen tot aanpassing van het hem gezonden bestek.²² Dit overleg kan onder meer de technische, uitvoeringstechnische, organisatorische en kostentechnische aspecten van het uit te voeren werk betreffen, maar niet de prijs.²³ Na afloop van het overleg maakt de aanbestedende dienst per gegadigde een proces-verbaal op, dat nauwkeurig de inhoud weergeeft van (i) de mogelijkheden tot de aanpassing van het bestek waarvan door de gegadigde of de aanbestedende dienst in het overleg melding is gemaakt, en (ii) de voorstellen tot aanpassing van het bestek waarover overeenstemming is bereikt.²⁴ Het proces-verbaal dient door beide partijen te worden ondertekend. Van de mogelijkheden tot aanpassing van het bestek die door gegadigden in het overleg zijn genoemd, alsmede van de voorstellen tot aanpassing van

19 Het feit dat de onderhandelingsprocedure onder het UAR-EG 1991 slechts in uitzonderlijke situaties mocht worden toegepast, verklaart wellicht waarom ten opzichte van leidende beginselen van gelijkheid en transparantie grote concessies werden gedaan. Die uitzonderlijke situaties zijn de gevallen waarin a) alle inschrijvingen bij een openbare of niet-openbare procedure onregelmatig zijn en de voorwaarden voor de opdracht niet wezenlijk zijn gewijzigd, b) slechts onaanvaardbare inschrijvingen zijn gedaan bij een openbare of niet-openbare procedure en de voorwaarden voor de opdracht niet wezenlijk zijn gewijzigd, c) het werken betreft die kort gezegd worden uitgevoerd ten behoeve van onderzoek, proefneming of ontwikkeling, of d) in buitengewone gevallen, indien het werken

betreft waarvan de aard en de onzekere omstandigheden een algemene vaststelling vooraf van de totale prijs niet mogelijk maken. Dat tegen die achtergrond het zwaartepunt bij een praktische oplossing werd gelegd, is weliswaar begrijpelijk maar geeft geen antwoord op de vraag of deze keuze ook rechtmatig is. Wij kennen geen uitspraken waarin dit dilemma in rechte zo expliciet is voorgelegd.

20 Zie bijvoorbeeld met betrekking tot de uitzonderingen uit artikel 31 Bao: rechtbank Amsterdam 18 juni 2008, LJN: BE9537.

21 Artikel 40 UAR-EG 1991.

22 Artikel 46 lid 1 UAR-EG 1991.

23 Artikel 46 lid 2 UAR-EG 1991.

24 Artikel 46 lid 3 UAR-EG 1991.

het bestek waarover door de aanbestedende dienst met gegadigden overeenstemming is bereikt, worden door de aanbestedende dienst, noch door gegadigden tot het tijdstip van de opdracht mededelingen aan andere gegadigden gedaan.²⁵ Vervolgens worden de inschrijvingen ingediend en volgt direct daarna de onderhandelingsfase.

In de onderhandelingsfase voert de aanbestedende dienst naar aanleiding van de gedane inschrijvingen met één of meer van de inschrijvers gelijktijdig onderhandelingen.²⁶ Van de onderhandelingen maakt de aanbestedende dienst vervolgens per inschrijver een proces-verbaal op, dat nauwkeurig de inhoud weergeeft van (i) het verloop van de onderhandelingen, (ii) de mogelijkheden tot aanpassing van het bestek en de inschrijving waarvan door de inschrijver of de aanbestedende dienst tijdens de onderhandelingen melding is gemaakt en (iii) de aanpassingen van het bestek en de inschrijving waarover tijdens de onderhandelingen met de desbetreffende inschrijver overeenstemming is bereikt.²⁷ Van op enig moment door inschrijvers gedane prijsaanbiedingen, alsmede van de inhoud en het verloop van de met inschrijvers gevoerde onderhandelingen, worden noch door de aanbesteder, noch door inschrijvers tot het tijdstip van de opdracht mededelingen gedaan aan andere inschrijvers.²⁸

Binnen de onderhandelingsprocedure conform het UAR-EG 1991 lijkt het dus toegestaan de voorwaarden van de opdracht per individuele gegadigde of inschrijver te wijzigen. Deze wijzigingen kunnen zien op de technische, uitvoeringstechnische, organisatorische en kostentechnische aspecten van het uit te voeren

werk. Zoals wij hiervoor al betoogden, is een aanpassing van voorwaarden van de opdracht op individuele basis niet in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel. Daar komt zelfs nog bij dat onder het UAR-EG 1991 genoemde aanpassingen zowel vóór (in de overlegfase), als na inschrijving (in de onderhandelingsfase) mogen worden doorgevoerd. Dat betekent dat gegadigden (en later inschrijvers) geen gelijke kans meer maken op gunning van de opdracht. Vanaf het beginstadium van de procedure kunnen immers al verschillende voorwaarden en eisen voor de gegadigden gelden. Een aanbestedende dienst heeft in elk geval theoretisch de mogelijkheid de uitkomst van de onderhandelingsprocedure te beïnvloeden, nu de beslissing bepaalde voorstellen al dan niet te accepteren feitelijk oncontroleerbaar is. Een beoordeling van de inschrijvingen – die op basis van verschillende aanbestedingsdossiers tot stand zijn gekomen – aan de hand van de toepasselijke (sub)gunningscriteria, is naar onze mening ook niet goed mogelijk nu de inschrijvingen niet meer vergelijkbaar zijn. Een tussenstand van de scores van de inschrijvers is dan ook een onrechtmatig uitgangspunt voor de vervolgfase (de onderhandelingsfase). En vervolgens kunnen in die onderhandelingsfase de aanbestedingsdossiers nog verder worden gedifferentieerd, omdat de mogelijkheid van aanpassingen van de voorwaarden in die fase blijft bestaan.

Overigens is opvallend dat onder het UAR-EG 1991 over alles behalve de prijs mag worden overlegd of onderhandeld. Die uitzondering is te herleiden tot het feit dat deze regeling tot stand is gekomen in overleg met marktpartijen, die wensten te voorkomen dat aanbestedende

25 Artikel 46 lid 4 UAR-EG 1991.

26 Artikel 50 lid 1 UAR-EG 1991.

27 Artikel 50 lid 2 UAR-EG 1991.

28 Artikel 50 lid 3 UAR-EG 1991.

diensten in onderhandelingsprocedures zouden "leuren".²⁹ De remedie werd gezocht in verschillende aanbestedingsdossiers. Wanneer het aanbestedingsdossier (dat wil zeggen: het bestek c.q. het programma van eisen) voor iedere inschrijver verschilt, is leuren niet langer mogelijk, zo was de gedachte.

Echte handvatten kan de onderhandelingsprocedure onder het UAR-EG 1991 ons in ieder geval niet bieden voor de invulling van de onderhandelingsprocedure onder de Richtlijn en het Bass. Doordat onder de Richtlijn en het Bass immers te allen tijde de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking kan worden gevolgd en daarnaast het gelijkheidsbeginsel onverminderd van toepassing is,³⁰ lijkt ons het aanpassen van de voorwaarden van de opdracht in de onderhandelingsprocedure conform de Richtlijn en het Bass in het licht van het toepasselijke gelijkheidsbeginsel onaanvaardbaar, omdat daarvoor geen enkele rechtvaardiging bestaat (in tegenstelling tot de uitzonderings-situaties waarin onder toepasselijkheid van het Bao de onderhandelingsprocedure mag worden gevolgd).

ARW 2004

Het UAR-EG 1991 is in 2004 vervangen door het Aanbestedingsreglement Werken 2004 ("ARW 2004"). De met een uitgenodigde gegadigde te voeren onderhandelingen strekken er volgens het ARW 2004 toe overeenstemming te bereiken over de door de gegadigde in te dienen voorstellen.³¹ De onderhandelingen kunnen onder meer de technische, uitvoeringstechnische, organisatorische en kostentechnische aspecten van het uit te voeren werk betreffen, alsmede de prijs.³²

In tegenstelling tot het UAR-EG 1991, biedt het ARW 2004 slechts de mogelijkheid om te onderhandelen in de fase vóór inschrijving. Wel mag, gelijk aan de regeling in het UAR-EG 1991, worden onderhandeld over de (uitvoerings) voorwaarden van de opdracht. Als resultaat van de onderhandelingen ontstaan verschillende aanbestedingsdossiers, op basis waarvan onder het ARW 2004 een inschrijving wordt ingediend. Die inschrijving is definitief en bepaalt wie de winnende inschrijver is. Onder toepasselijkheid van het UAR-EG 1991 konden daarentegen verschillende aanbestedingsdossiers tot stand komen door (i) overleg vóór inschrijving, (ii) onderhandelingen ná inschrijving, of (iii) een combinatie van overleg en onderhandelingen. Het UAR-EG 1991 biedt derhalve meer gelegenheid voor individuele afwijking van de eisen en voorwaarden. In zoverre lijkt ons het ARW 2004 meer recht te doen aan het gelijkheidsbeginsel, zij het nog steeds in onvoldoende mate. Op twee punten kan namelijk in strijd worden gehandeld met het gelijkheidsbeginsel. Ten eerste de omstandigheid dat verschillende aanbestedingsdossiers worden gecreëerd (waardoor geen gelijke kans op de opdracht kan worden gemaakt en de inschrijvingen onderling onvergelijkbaar worden). Ten tweede de mogelijkheid om vóór inschrijving met de gegadigden te onderhandelen. Dergelijke onderhandelingen zouden naar onze mening wel toelaatbaar zijn, zolang de eisen en randvoorwaarden van de opdracht maar ongewijzigd blijven. Eventuele aanpassing van die eisen en voorwaarden is weliswaar toegestaan, maar alleen wanneer die breed worden bekendgemaakt.

Omdat ook de onderhandelingsprocedure onder het ARW 2004 slechts in uitzonderingssituaties

29 Zie hierover Van Bercken e.a., 'Bundels Bouwvoorschriften deel IV', herziene druk, Den Haag 1997, p. XXXVI en XXXVII.

30 Artikel 10 Richtlijn, artikel 9 Bass.

31 Artikel 4.17.1 ARW 2004.

32 Artikel 4.17.2 ARW 2004.

kan worden gevolgd,³³ kan ook het ARW 2004 maar beperkt richtinggevend zijn voor opzet en uitwerking van de onderhandelingsprocedures die onder het Bass vrij eenvoudig mogen worden toegepast. Bovendien is het ARW 2004 maar kort in gebruik geweest.

ARW 2005

Het ARW 2005 heeft het ARW 2004 opgevolgd. Met betrekking tot de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (hoofdstuk 5) zijn de voorwaarden waaronder die mag worden gevolgd, ten opzichte van het ARW 2004 en het UAR-EG 1991 zo goed als gelijk gebleven. Het verloop van de procedure is evenwel gewijzigd. In de in het ARW 2005 beschreven onderhandelingsprocedure dienen namelijk allereerst de inschrijvingen te worden ingediend, en wordt daarover vervolgens onderhandeld.

Het ARW 2005 bepaalt voorts dat de aanbestedende dienst met de deelnemers aan de onderhandelingen onderhandelt over de door de deelnemers ingediende inschrijvingen, ten einde deze aan te passen aan de eisen die hij in de aankondiging, het bestek en de eventuele aanvullende documenten heeft gesteld en ten einde op basis van de gunningscriteria het beste bod te zoeken.³⁴ Tijdens de onderhandelingen waarborgt de aanbesteder de gelijke behandeling van alle deelnemers aan de onderhandelingen, en verstrekt geen informatie, waardoor bepaalde deelnemers boven andere deelnemers bevoordeeld kunnen worden.³⁵ In de in het ARW 2005 geregelde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking wordt dus geen verschillend aanbestedingsdossier gecreëerd door de (technische) eisen per gegadigde te laten verschillen; de eisen blijven gelijk en de onder-

handelingen zien (slechts) op het aanpassen van de inschrijvingen aan de eisen.

Deze regeling uit het ARW 2005 stemt in grote mate overeen met de tekst van het Conceptvoorstel, zoals wij die al eerder weergaven. Dat betekent dat wij met de regeling uit het ARW 2005 grotendeels kunnen instemmen, waarbij wij verwijzen naar onze opmerkingen die wij eerder in dit artikel maakten over het aanpassen van elementen van de inschrijving en de voorwaarden waaronder dat kan geschieden (wil geen strijd met het gelijkheidsbeginsel ontstaan). Daarbij zou het naar onze mening overigens wel mogen worden toegestaan om vóór inschrijving geen onderhandelingen, maar overleg te laten plaatsvinden. Leidt dat overleg tot wijzigingen van de vraagspecificatie, dan dienen die wijzigingen aan alle gegadigden te worden bekendgemaakt.

Concurrentiegericht dialogo uit de Europese richtlijn 2004/18/EG en het Bao

Voor bijzonder complexe overheidsopdrachten is in de Europese richtlijn 2004/18/EG en het recentere Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten ("Bao") in een eigen procedure voorzien, te weten de concurrentiegericht dialogo.

De Europese Commissie heeft in een Explanatory Note³⁶ het verschil tussen de niet-openbare procedure, de concurrentiegericht dialogo en de onderhandelingsprocedure als volgt toegelicht:

"The dialogue mainly distinguishes itself from the restricted procedure by the fact that negotiations concerning every aspect

33 Artikel 4.2.1 ARW 2004.

34 Artikel 5.29.1 ARW 2005.

35 Artikel 5.29.3 ARW 2005.

36 Explanatory Note on the competitive dialogue, CC/2005/04/F.

of the contract are authorised and from the negotiated procedure by the fact that, essentially, negotiations are concentrated within a particular phase in the procedure."

De Europese Commissie licht niet toe op welke wijze het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel bij deze procedures worden gewaarborgd.

De Europese Commissie heeft voorts in haar Groenboek³⁷ het gebruik van de concurrentiegerichtte dialoog aanbevolen. De Commissie schrijft daarover in paragraaf 26:

"De procedure van de concurrentiegerichtte dialoog zou de nodige flexibiliteit moeten bieden om met de gegadigden tijdens het opzetten van het project alle aspecten van de opdracht te bespreken, terwijl tegelijkertijd wordt gewaarborgd dat bij deze gesprekken de beginselen van transparantie en gelijke behandeling worden nageleefd en de rechten van ondernemers op grond van het Verdrag niet worden geschonden."

Bij toepasselijkheid van de concurrentiegerichtte dialoog opent de aanbestedende dienst met de daartoe geselecteerde gegadigden een dialoog met het doel te bepalen welke middelen geschikt zijn om zo goed mogelijk aan de behoeften van de aanbestedende dienst te voldoen. Tijdens deze dialoog kan de aanbestedende dienst met de geselecteerde gegadigden alle aspecten van de overheidsopdracht bespreken.³⁸ Daarbij dient de gelijke behandeling van alle inschrijvers uitdrukkelijk te worden gewaarborgd en mag geen informatie worden verstrekt die

sommige inschrijvers kan bevoordelen boven andere.³⁹ De voorgestelde oplossingen of andere door een deelnemer aan de dialoog verstrekte vertrouwelijke inlichtingen mogen niet aan de andere deelnemers worden medegedeeld zonder de instemming van de eerstgenoemde deelnemer.⁴⁰

Orobio de Castro en Van Nouhuys hebben vlak na de invoering van de concurrentiegerichtte dialoog de verwachting uitgesproken dat de uitvoering van de procedure op laatstgenoemd punt niet eenvoudig zal zijn, omdat marktpartijen met verschillende oplossingen zullen komen en ieder afzonderlijk met andere aspecten van het eisenpakket van de aanbestedende dienst moeite zullen hebben.⁴¹ Orobio de Castro en Van Nouhuys geven aan dat de inschrijvers de aanbestedende dienst zullen proberen te overtuigen de opdracht aan te passen, bijvoorbeeld door bepaalde randvoorwaarden te verlichten of te laten vervallen. Wij zijn het met Orobio de Castro en Van Nouhuys eens dat dergelijke informatie naar zijn aard dermate essentieel kan zijn, dat alle gegadigden van die wijziging op de hoogte moeten worden gesteld. Orobio de Castro en Van Nouhuys geven voorts aan dat een dergelijke wijziging tegelijkertijd niet zelden een belangrijke aanwijzing zal zijn voor de beoogde oplossing en daarmee afbreuk zal kunnen doen aan het vertrouwelijke karakter van de dialoog. Volgens genoemde auteurs is dit spanningsveld evenwel niet weg te nemen. Zij betogen dat marktpartijen zullen moeten accepteren dat het op hun verzoek aanpassen van het programma van eisen meebrengt dat de andere gegadigden enige mate van inzicht krijgen in hun oplossing. Terecht, lijkt ons. Het

37 Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten (COM(2004)327).

38 Artikel 29 lid 4 Bao.

39 Artikel 29 lid 5 Bao.

40 Artikel 29 lid 6 Bao.

41 'De nieuwe aanbestedingsrichtlijn voor werken, leveringen en diensten op hoofdpunten', BR 2004, p. 819.

gelijkheidsbeginsel is immers van wezenlijk belang en kan niet anders worden gewaarborgd dan door het kenbaar maken van honoreringen van wijzigingsverzoeken door de aanbestedende dienst aan alle deelnemers aan de dialoog. Dat geldt wat ons betreft in gelijke mate voor de onderhandelingsprocedure.

Van den Bosch stelt in zijn artikel overigens dat situaties die een onderhandelingsprocedure rechtvaardigen, zeker ook een concurrentiegericht dialoog zullen rechtvaardigen, omdat de toepassingsmogelijkheden van de concurrentiegericht dialoog ruimer zijn dan die van de onderhandelingsprocedure.⁴² Omdat de concurrentiegericht dialoog in de Richtlijn en het Bass ontbreekt, zou anderszins de mogelijkheid moeten bestaan om oplossingsrichtingen in een dialoog (dan wel onderhandelingen) met inschrijvers af te stemmen. Wij bestrijden niet dat overleg tussen een aanbestedende dienst en potentiële inschrijvers buitengewoon zinvol kan zijn. Cruciaal is evenwel dat dat overleg de gelijkheid tussen inschrijvers en de transparantie van de gevolgde procedure niet in gevaar mag brengen. En juist op die onderdelen schiet de door ProRail georganiseerde onderhandelingsprocedure veelal te kort. Dat brengt ons bij een bespreking van de aanbestedingspraktijk van ProRail.

4. Vergelijking aanbestedingspraktijk ProRail met Richtlijn en Bass

ARN 2006

Enkele aanbestedende diensten op wier opdrachten de Richtlijn en het Bass van toepassing zijn,⁴³ hebben aanleiding gezien die ruimte nader in te vullen door middel van een eigen reglement, het Aanbestedingsreglement Nutssectoren 2006⁴⁴ ("ARN 2006"). ProRail past zoals gezegd gebruikelijk de onderhandelingsprocedure toe die in hoofdstuk III, onderdeel C van het ARN 2006 wordt beschreven (artikelen 28 tot en met 30).

Artikel 30 van het ARN 2006 biedt de aanbestedende dienst de mogelijkheid om overleg te plegen en onderhandelingen te voeren met de inschrijvers. In tegenstelling tot eerdere versies, wordt in de huidige versie van het ARN 2006 echter niet langer een expliciet onderscheid gemaakt tussen de verschillende fases van de onderhandelingsprocedure.⁴⁵ Op welk moment (vóór of na inschrijving) het overleg en de onderhandelingen plaats dienen te vinden en waarover het overleg en de onderhandelingen kunnen gaan, is bijvoorbeeld niet (meer) geregeld. Wel is geregeld dat op het overleg en op de onderhandelingen voor beide partijen een geheimhoudingsverplichting rust jegens andere deelnemers en dat van het overleg of de

42 Daarmee sluit Van den Bosch aan bij Orobio de Castro en Van Nouhuys, die concluderen dat de onderhandelingsprocedure de uitzondering is op de hoofdregel die concurrentiegericht dialoog heet ('De nieuwe aanbestedingsrichtlijn voor werken, leveringen en diensten op hoofdpunten', BR 2004, p. 822).

43 ProRail, N.V. Luchthaven Schiphol en Havenbedrijf Rotterdam N.V.

44 De meest recente versie van het ARN 2006 is versie 1.04 d.d. 25 februari 2010.

45 In de eerdere versie 1.02 (d.d. 1 december 2005) is nog wel een onderscheid aanwezig. In artikel 30.1 van die versie is bepaald dat het met een uitgenodigde gegadigde te voeren overleg ertoe strekt in globale zin inzicht te krijgen in aspecten van de aanbidding, tenzij de aanbestedingsstukken anders bepalen. De artikelen 31 en 32 van versie 1.02 regelen de inschrijving en aanbesteding. In artikel 33 van versie 1.02 is beschreven dat ná inschrijving en aanbesteding onderhandelingen kunnen worden gevoerd.

onderhandelingen een verslag wordt opgesteld dat door beide partijen wordt ondertekend.⁴⁶

Voor het overige regelt hoofdstuk C van het ARN 2006 niets. Kennelijk dient de desbetreffende aanbestedende dienst in zijn aanbestedingsdocument nader te beschrijven wat de verdere gang van de procedure zal zijn.

Waarom de Gebruikersgroep ARN 2006 heeft besloten de regels voor de onderhandelingsprocedure op deze wijze te beperken (althans niet langer een expliciet onderscheid te maken tussen de verschillende fases), is niet bekendgemaakt. Wij achten deze beperking ook om die reden niet begrijpelijk, nu het ARN 2006 volgens de considerans beoogt een gemeenschappelijk gebruik te ontwikkelen, dat niet tot stand kan komen wanneer iedere aanbestedende dienst weer (dat wil zeggen: zoals in de situatie vóór de totstandkoming van het ARN 2006) eigen invullingen van de onderhandelingsprocedure onder het Bass hanteert.

De kennelijk levende gedachte dat de Richtlijn en het Bass de aanbestedende dienst aanzienlijke vrijheid laten om de onderhandelingsprocedure verder zo in te richten als hem goed dunkt, onderschrijven wij maar ten dele.⁴⁷ Immers, de te volgen procedure dient in elk geval te allen tijde in overeenstemming te zijn met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Dat betekent dus geenszins dat speciale-sectorbedrijven ongelimiteerde vrijheid hebben in hun aanbestedingsprocedures, ook al hebben wij in verschillende aanbestedingsdocumenten van speciale-sectorbedrijven reeds teruggezien dat zij zichzelf die ongelimiteerde vrijheid wel toedichten.

Voor de vervolgvraag in welke mate het ARN 2006 de aanbestedende dienst veel vrijheid laat de onderhandelingsprocedure naar eigen inzicht te regelen, zou ons inziens hetzelfde moeten gelden. Deze regeling leent zich echter helaas minder goed voor een toetsing aan de vraag wat is toegestaan, nu dit een door de speciale-sectorbedrijven zelf gecreëerd document betreft waarover – voor zover wij weten – zich nog geen rechter heeft hoeven te buigen. Daarmee staat de rechtmatigheid van het ARN 2006 of de toepassing ervan nog geenszins vast. Dat over het ARN 2006 niet veel is geprocedeerd, verbaast overigens niet. In het geval van de speciale-sectorbedrijven is in veel gevallen sprake van een gesloten markt met grote belangen van marktpartijen om op goede voet te blijven met de potentiële (vaak ook al huidige) opdrachtgevers.

Aanbestedingspraktijk ProRail

In het licht van het transparantiebeginsel zou in het ARN 2006 zijn opgenomen dat de aanbestedende dienst een beschrijvend document aan alle gegadigden dient toe te zenden waarin de onderhandelingsprocedure nader is uitgewerkt.⁴⁸ Dit beschrijvend document is kennelijk een door ProRail gestandaardiseerd document waarin een werkwijze zou zijn opgenomen die naar grote tevredenheid van zowel ProRail als gegadigden zou functioneren. Hieronder zullen wij de verschillende fases van de onderhandelingsprocedure van ProRail behandelen.

1. Overleg

Over de door ProRail gehanteerde invulling van de overlegfase zijn wij het meest kritisch. ProRail spreekt over finetuning van het bestek (c.q. aanbestedingsdossier) in deze fase, waarbij

⁴⁶ Artikelen 30.3 en 30.4 ARN 2006.

⁴⁷ Zie bijvoorbeeld het in de inleiding genoemde artikel van Van den Bosch.

⁴⁸ Zie het artikel van Van den Bosch, zoals genoemd in de inleiding.

de inhoud van de opdracht met individuele gegadigden wordt besproken. Drie hoofddoelen liggen aan de overlegfase ten grondslag.

1.1 Informatie-uitwisseling

Ofschoon diepgaande gesprekken (kunnen) worden gevoerd tussen ProRail en de gegadigden waarin met name informatie wordt uitgewisseld, lijkt er wat ons betreft meer van eenrichtingsverkeer sprake te zijn, in zoverre dat het de aanbestedende dienst is die informatie kan en dient te verstrekken aan de gegadigden over de aanbesteding, niet andersom.

Het gelijkheidsbeginsel zou hier niet in het gedrang komen, omdat "alle gegadigden gelijkelijk in de gelegenheid zijn vragen te stellen op basis van dezelfde uitgangspunten". Voor ProRail brengt dat grote zorgvuldigheid met zich: op gelijke vragen moeten gelijke antwoorden worden gegeven.

Naar onze mening slaat ProRail hier een groot en belangrijk deel van de inhoud en werking van het gelijkheidsbeginsel over. Het gelijkheidsbeginsel wordt immers niet alleen gerespecteerd door iedere gegadigde evenveel gelegenheid te geven vragen te stellen en door gelijke antwoorden te geven, maar met name door iedere gegadigde de mogelijkheid te bieden onder gelijke voorwaarden een kans te maken op de opdracht.⁴⁹ Dat aspect van het gelijkheidsbeginsel komt met name in het gedrang door verschillende aanbestedingsdossiers voor gegadigden te creëren, waarover hierna meer.

Ten tweede gaat het niet zozeer om gelijkheid van gegadigden om vragen te mogen stellen,

maar nu juist om de antwoorden die daarop door de aanbestedende dienst worden gegeven. Die antwoorden zouden naar onze mening aan alle gegadigden moeten worden verstrekt indien die antwoorden relevant kunnen zijn voor de inhoud van de bieding, omdat de gegadigden anders niet onder gelijke voorwaarden kunnen inschrijven (en dus geen gelijke kans maken op de opdracht). Het betreft hier dus niet zozeer een concrete wijziging van een eis of voorwaarde naar aanleiding van een verzoek van een gegadigde (zie hierna), als wel aanvullende informatie of een toelichting op een eis of voorwaarde die nu net een verschil kan maken bij de inrichting van de inschrijving door een gegadigde. Door de antwoorden niet aan alle gegadigden te verstrekken, wordt naar onze mening geen recht gedaan aan het toepasselijke gelijkheidsbeginsel.⁵⁰

Vanzelfsprekend kan het zo zijn dat het breed verstrekken van antwoorden op gestelde vragen op gespannen voet kan staan met commerciële belangen van een inschrijver. Ons lijkt in die gevallen aansluiting gezocht te kunnen worden bij de regeling uit het ARW 2005⁵¹: een inschrijver legt zich ofwel neer bij het in brede kring bekend maken van het antwoord op de door hem gestelde vraag, ofwel hij trekt zijn vraag terug.

De vertrouwelijkheid van de informatie-uitwisseling in de overlegfase (met uitzondering van het herstel van fouten in de documenten en het verstrekken van generieke documenten), lijkt ons dan ook in veel gevallen onrechtmatig te zijn.

49 Zie onder meer HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98, *Telaustria*; HvJ EG 12 december 2002, zaak C-470/99, *Universale Bau*; HvJ EG 4 december 2003,

zaak C-448/01, *Wienstrom*.

50 Artikel 10 van de Richtlijn en artikel 9 van het Bass.

51 Artikel 5.19.1 ARW 2005.

1.2 Invulling aan de vraag

Kort gezegd heeft dit doel van de overlegfase betrekking op de besteksconformiteit en wenselijkheid van varianten. Volgens Van den Bosch wordt door voorafgaand overleg over eventuele varianten de kans beperkt dat ongediende inschrijvingen worden gedaan en wordt (bovendien) de algehele kans van slagen van de procedure vergroot.

Wij staan achter het uitgangspunt dat vóór het indienen van inschrijvingen zoveel mogelijk duidelijkheid wordt gecreëerd voor inschrijvers over wat van hen wordt verwacht, zowel met betrekking tot de inhoud van het aanbod als tot de administratieve voorwaarden waaronder dient te worden ingeschreven. Het komt die duidelijkheid ten goede wanneer gegadigden al op voorhand (extra) geattendeerd worden op de specifieke eisen voor varianten en de besteksconformiteit van voorgenomen varianten. De praktijk van ProRail is niettemin toch onrechtmatig, omdat zij zich bij het besluit een variant al dan niet te accepteren, laat leiden door vooraf niet bekend gemaakte eisen en criteria.⁵²

Met andere woorden, als een variant voldoet aan de vooraf bekend gemaakte eisen en criteria en op basis van een beoordeling aan die vooraf bekend gemaakte gunningscriteria als meest in aanmerking komende uit de bus komt, dient die variant ook daadwerkelijk te winnen. Inderdaad pleegt ProRail in de praktijk nog een toets uit te voeren op aangedragen varianten, zonder dat daarbij bekend wordt gemaakt op basis van welke criteria die varianten al dan niet worden gehonoreerd. Die handelwijze is strijdig met artikel 33 lid 3 van het Bass en geeft een aanbestedende dienst een ontoelaatbare vrijheid uit te komen bij de inschrijver van zijn keuze.

1.3 Overeenstemming over de voorwaarden

Ten aanzien van het derde doel van de overlegfase worden gegadigden in de gelegenheid gesteld om met ProRail te onderhandelen over het bestek en de daarin opgenomen eisen, met als doel overeenstemming te bereiken over de voorwaarden van de opdracht.⁵³ ProRail stelt gegadigden in dat kader onder meer in staat om in de overlegfase optimalisaties en ver-

52 Zie artikel 33 lid 3 van het Bass, waarin wordt bepaald dat een aanbestedende dienst die varianten toestaat, in het beschrijvend document dient te vermelden aan welke minimeisen deze varianten ten minste moeten voldoen en hoe zij moeten worden ingediend. De aanbestedende dienst mag alleen rekening houden met varianten die aan de gestelde minimeisen voldoen (lid 4). Zie voorts HvJ EG 16 oktober 2003, zaak C-421/01, *Traunfellner*, waarin het Hof met betrekking tot de vermelding van de minimeisen waaraan varianten dienen te voldoen, overwoog (pt. 29): "Alleen een vermelding in het bestek stelt de inschrijvers immers in staat, op gelijke wijze kennis te dragen van de minimeisen waaraan hun varianten moeten voldoen om door de aanbestedende dienst in aanmerking te kunnen worden genomen. Het gaat in feite om een verplichting tot transparantie, die dient te

waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, waaraan iedere door de richtlijn beheerste aanbestedingsprocedure moet voldoen, in acht wordt genomen (zie in die zin, met betrekking tot de gunningscriteria, arrest van 18 oktober 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Jurispr. blz. I-7725, punten 41 en 42)." Voorts overwoog het Hof dat wanneer de aanbestedende dienst niet de in artikel 19 van de richtlijn (in dit geval een voorganger van de Europese Richtlijn 2004/18/EG) gestelde vereisten inzake de vermelding van de minimeisen in acht heeft genomen, een variant niet in aanmerking kan worden genomen, ook niet wanneer varianten in de aankondiging niet ontoelaatbaar zijn verklaard zoals bedoeld in de tweede alinea van voormeld artikel 19 (pt. 33).

53 Van den Bosch beschrijft dit in zijn artikel op p. 429-430.

zoeken tot wijziging ("VTW's") in te dienen. Optimalisaties en VTW's hebben tot doel de voorwaarden van de opdracht aan te passen (bestekswijzigingen te bewerkstelligen), waarbij de aanpassingen niet noodzakelijkerwijs bekend worden gemaakt aan alle gegadigden. Wordt een optimalisatie of VTW door ProRail geaccepteerd, dan geldt de wijziging van het bestek die daarvan het gevolg is in de meeste gevallen alleen voor de gegadigde die de optimalisatie had voorgesteld of het VTW had ingediend. Op die manier ontstaan voor alle gegadigden verschillende aanbestedingsdossiers.

Ons lijkt een dergelijke handelwijze in te druisen tegen de wezenlijke beginselen van het aanbestedingsrecht, met name het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Het transparantiebeginsel wordt geschaad doordat in het geval van verschillende aanbestedingsdossiers de door ProRail gehanteerde eisen en voorwaarden niet langer door alle gegadigden op eenduidige wijze te interpreteren zijn.⁵⁴ Bovendien stelt ProRail van tevoren geen kaders vast waarbinnen de optimalisaties en VTW's worden beoordeeld; de acceptatie daarvan lijkt dan ook willekeurig te zijn. En volstrekt oncontroleerbaar.

Het gelijkheidsbeginsel komt daarnaast in het gedrang doordat in het geval van verschillende aanbestedingsdossiers de gegadigden niet meer onder gelijke voorwaarden kans maken op de opdracht. Wanneer voor iedere gegadigde andere eisen en voorwaarden gelden, zijn de in te dienen inschrijvingen ook niet meer objectief vergelijkbaar. De selectie van de economisch

meest voordelige inschrijving in de zin van de subgunningscriteria lijkt ons voor ProRail dan ook niet goed mogelijk te zijn.⁵⁵

Ter rechtvaardiging van het creëren van verschillende aanbestedingsdossiers kan ProRail ons inziens niet verwijzen naar de hiervoor besproken regelingen uit de Richtlijn 93/37/EEG, het UAR-EG 1991, het ARW 2004 en het ARW 2005, al was het maar nu in al die gevallen sprake is van een onderhandelingsprocedure die – anders dan onder het Bass – slechts in hoge uitzonderingen mag worden toegepast.

ProRail beschouwt de potentiële strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel kennelijk als een "gevoelig punt". Echter, het gelijkheidsbeginsel zou voldoende worden gerespecteerd doordat ProRail als uitgangspunt hanteert dat het uiteindelijk te bereiken doel (de uit te voeren opdracht) hetzelfde dient te blijven. Dat betekent dat een voorgeschreven techniek kan worden vervangen door een functionele eis. Zo'n wijziging lijkt ons te zijn toegestaan, maar dan dient die wijziging vervolgens wel aan alle gegadigden bekend te worden gemaakt, zodat alle gegadigden daarmee in hun inschrijving rekening kunnen houden. Pas dan wordt de gelijkheid tussen gegadigden gewaarborgd. ProRail houdt een dergelijke bestekswijziging echter geheim en verklaart die wijziging alleen van toepassing op de gegadigde die het wijzigingsvoorstel heeft gedaan. En dan blijft het door ProRail zelf onderkende probleem met het gelijkheids- en transparantiebeginsel onverkort bestaan.

⁵⁴ HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 P, *Succhi di Frutta*.

⁵⁵ In dit verband kan worden verwezen naar het arrest van het HvJ EG 22 juni 1993, zaak C-243/89, *Storebaelt*, waarin het HvJ EG oordeelde dat het gelijkheids-

beginsel vereist "dat alle offertes beantwoorden aan de voorschriften van het bestek, teneinde een objectieve vergelijking van de door de verschillende inschrijvers ingediende offertes te waarborgen" (pt. 37).

Daarnaast zou ProRail aan het gelijkheidsbeginsel invulling geven door "alle gegadigden gelijkkelijk in de gelegenheid te stellen voorstellen te doen".⁵⁶ Zoals wij hiervoor met betrekking tot het eerste doel van de overlegfase al op vergelijkbare wijze aangaven, ziet de waarborging van gelijkheid echter niet zozeer op het bieden van gelijke mogelijkheden tot het doen van voorstellen, maar op de wijze hoe de aanbestedende dienst vervolgens met die voorstellen omgaat. Wij menen dat wanneer wijzigingsverzoeken van inschrijvers door de aanbestedende dienst worden gehonoreerd, de aanpassingen die daarvan het gevolg zijn, aan alle inschrijvers moeten worden gecommuniceerd. Dat daarmee wellicht inzicht wordt verkregen in een oplossingsrichting van één van de inschrijvers, weegt niet op tegen het belang bij het respecteren van het gelijkheidsbeginsel.

Voorts zou ProRail beschikken over mogelijkheden om scopeverschillen recht te zetten met toepassing van subgunningscriteria zoals fictieve verhogingen en/of verlagingen van de inschrijfsom.⁵⁷ Hiermee miskent ProRail dat het na inschrijving aanpassen van de criteria niet is toegestaan en ook dergelijke verhogingen en/of verlagingen oncontroleerbaar zijn en niets afdoen aan de ruimte voor willekeur.⁵⁸

Ten slotte merken wij over dit derde doel van de overlegfase (het bereiken van overeenstemming over de voorwaarden van de opdracht) nog het volgende op. ProRail onderhandelt kennelijk al in de overlegfase, terwijl deze fase – althans volgens haar naam – niet zozeer bedoeld is om te onderhandelen, als wel om te overleggen. Volgens versie 1.02 ARN 2006 is de overlegfase bedoeld om "in globale zin inzicht te krijgen in

aspecten van de aanbidding", tenzij daarover iets anders is bepaald in de aanbestedingsdocumentatie. Van daadwerkelijke onderhandelingen is volgens het ARN 2006 pas sprake nadat gegadigden hun inschrijvingen hebben ingediend. Dat lijkt ons ook de meest logische en aanvaardbare volgorde. Op die manier krijgt iedere gegadigde daadwerkelijk dezelfde kans op de opdracht door middel van het doen van een inschrijving aan de hand van dezelfde voorwaarden. Aan de hand van de ingediende inschrijvingen kan vervolgens pas worden onderhandeld en is er dus wat (zij het beperkte) speelruimte voor partijen. Door de onderhandelingen naar voren te schuiven (naar de fase vóór inschrijving), verdwijnt iedere mate van controleerbaarheid, gelijkheid en transparantie.

Gelet op het voorgaande lijkt ons een herziening van de door ProRail toegepaste (overlegfase in de) onderhandelingsprocedure dan ook dringend op zijn plaats.

2. Inschrijving

De gegadigden en ProRail komen aan het einde van de overlegfase expliciet tot overeenstemming over de inschrijving. Wordt geen overeenstemming bereikt, dan kan ProRail alsnog criteria opnemen in de leidraad (die door Van den Bosch als objectief worden bestempeld, maar ons inziens juist volledig subjectief zijn) die haar in staat stellen de betreffende gegadigde(n) niet te hoeven uitnodigen tot het doen van een inschrijving, aldus Van den Bosch. ProRail voelt zich dus kennelijk vrij om gedurende de onderhandelingsprocedure nieuwe criteria op te nemen die het haar mogelijk maken gegadigden al na de overlegfase af te wijzen. Het toevoegen van dergelijke criteria in een lopende procedure

⁵⁶ Aldus Van den Bosch op p. 430.

⁵⁷ Aldus voetnoot 20 van het artikel van Van den Bosch op p. 429.

⁵⁸ Zie HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 P, *Sacchi di Frutta* en HvJ EG 24 november 2005, zaak C-331/04, *ATI EAC*.

is echter niet in overeenstemming met het transparantiebeginsel.⁵⁹

Vanaf het moment van ontvangst van de uitnodiging tot inschrijving kan niet meer met ProRail worden onderhandeld over de voorwaarden van de aanbesteding. Wel kunnen vragen worden gesteld die door middel van een Nota van Inlichtingen door ProRail worden beantwoord. Op basis van de verschillende aanbestedingsdossiers dienen de gegadigden hun inschrijving in. De ingediende inschrijvingen worden aan de hand van de gunningscriteria beoordeeld en gerangschikt. Zoals wij hiervoor al opmerkten, kan naar onze mening geen reële vergelijking van inschrijvingen plaatsvinden wanneer de voorwaarden waaronder die inschrijvingen tot stand zijn gekomen, niet voor alle gegadigden gelijk zijn geweest. De rangorde die ProRail in deze fase vaststelt, is wat ons betreft dan ook niet aanvaardbaar en biedt in ieder geval geen rechtmatige uitgangssituatie voor de onderhandelingsfase.

3. Onderhandeling

Na de inschrijvingsfase voert ProRail (in principe) met de twee hoogst gerankte inschrijvers onderhandelingen. In de onderhandelingsfase worden de belangrijkste verschillen tussen de inschrijvingen en de vooraf door ProRail gemaakte inschatting van de kosten besproken. In tegenstelling tot wat Van den Bosch hierover eerder in zijn artikel opmerkt, lijkt het dus wel de-
gelijk om de financiële kant van de inschrijving te gaan tijdens deze onderhandelingen. Voorts komen verdere mogelijkheden tot (individuele) optimalisatie van het bestek aan de orde. Dit lijkt ons niet te zijn toegestaan; er zou naar onze mening hooguit kunnen worden onder-

handeld over optimalisaties van de inschrijving (bijvoorbeeld door middel van het doorvoeren van bezuinigingen). Door het bestek (derhalve de eisen en voorwaarden) te wijzigen voor één van de inschrijvers, wordt echter wederom het gelijkheidsbeginsel geschonden.

Ook ProRail is zich ervan bewust dat de wijzigingen niet van dien aard mogen zijn dat, wanneer de afgefallen inschrijvers dezelfde mogelijkheden hadden gehad, zij alsnog zodanig waren geeindigd dat zij in aanmerking waren gekomen voor een uitnodiging tot de onderhandelingsfase. Van den Bosch lijkt te suggereren dat ProRail daarop goed acht slaat en dat ook zelf goed kan beoordelen. Nog los echter van de omstandigheid dat ons inziens al snel van een dergelijke – onrechtmatige – wijziging plaats zal zijn, is in ieder geval voor de afgefallen inschrijvers oncontroleerbaar of dergelijke wijzigingen zich hebben voorgedaan. Bovendien is het naar onze mening niet aan ProRail om te beoordelen of al dan niet sprake is van een wezenlijke wijziging. Alles bij elkaar genomen lijkt ons ook in deze fase sprake te zijn van diverse handelingen in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.

4. Gunning

Op basis van de "best and final offer" die de inschrijvers aan het einde van de onderhandelingsfase indienen, stelt ProRail uiteindelijk de economisch meest voordelige inschrijving vast. Gelet op het voorgaande behoeft het geen nadere toelichting dat wij de uitkomst van een door ProRail georganiseerde onderhandelingsprocedure onrechtmatig achten, omdat een dergelijke onderhandelingsprocedure in onze ogen niet in overeenstemming is met (de alge-

⁵⁹ Zie wederom HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 P, *Suechi di Frutta* en HvJ EG 24 november 2005, zaak C-331/04, *ATI EAC*.

mene beginselen van) het aanbestedingsrecht. Er bestaat dan ook geen enkele waarborg dat daadwerkelijk de economisch meest voordelige inschrijving in de zin van de gunningscriteria wordt geselecteerd.

Conclusie

ProRail maakt op grote schaal gebruik van de onderhandelingsprocedure conform het ARN 2006, welke regeling is gebaseerd op de Richtlijn en het Bass. Zowel ProRail als de marktpartijen zouden goede ervaringen hebben met de wijze waarop dit tot nu toe gaat.

Wij menen dat de wijze waarop ProRail de

onderhandelingsprocedure vormgeeft, aanvechtbaar is en geen recht doet aan de Europese Richtlijn. Waar Van den Bosch inperking van de vrijheid van de aanbestedende dienst vreest, denken wij dat de komst van de nieuwe Aanbestedingswet voor aanbestedende diensten in de speciale sectoren juist een goede aanleiding kan zijn het eigen beleid kritisch tegen het licht te houden. Een open communicatie met deelnemers aan de onderhandelingsprocedure zal wellicht tot het inzicht leiden dat van enig (gedeeld) enthousiasme maar in beperkte mate sprake is. Indien de zelfreflectie niet tijdig plaatsvindt, is het wachten op de eerste procedures.