



DANISH DELIGHT: KOPPELING INSCHRIJFPRIJZEN PERCELEN TOEGESTAAN



DE ZAAK

SKI, een Deense inkoopcentrale, schrijft een aanbesteding uit voor de levering van bibliotheekmateriaal en bijbehorende diensten. De eerste twee percelen zien op Deense boeken en bladmuziek en hebben een waarde van respectievelijk 63 miljoen euro (voor de regio West-Denemarken) en 34 miljoen (voor de regio Oost-Denemarken). Gunning vindt plaats op laagste prijs. Wanneer een marktpartij inschrijft op één van deze percelen is dat automatisch ook een inschrijving op het andere perceel. De inschrijver die de laagste prijs biedt, krijgt het grootste perceel toegewezen (voor de regio West-Denemarken). Het uitgangspunt is dat, in geval van meerdere geldige inschrijvingen, het tweede perceel met een waarde van 34 miljoen (voor de regio Oost-Denemarken) wordt gegund aan de als tweede in rangorde geëindigde inschrijver, onder de voorwaarde dat dat deze inschrijver de tarieven matcht die worden geoffreerd door de winnaar op het grootste perceel. Dit betekent dat deze tarieven door de als tweede in rangorde geëindigde marktpartij moeten worden overgenomen met als doel gelijke tarieven voor bibliotheekmateriaal in zowel Oost als West-Denemarken.

BibMedia biedt de laagste prijs op beide percelen en Audio Visionary Music A/S (AVM) biedt de op één na laagste prijs op beide percelen. SKI gunt het grootste perceel (voor de regio Oost-Denemarken) dan ook aan BibMedia en het tweede perceel (voor de regio West-Denemarken) aan AVM, mits AVM ermee instemt dat dit gebeurt tegen de prijzen van BibMedia. AVM maakt vervolgens bezwaar en de commissie van

beroep (de Deense commissie voor aanbestedingsgeschillen) oordeelt dat SKI het onderhandelingsverbod na inschrijving heeft geschonden, omdat na inschrijving de tarieven van AVM worden gewijzigd. SKI gaat in beroep bij de rechter in eerste en tweede aanleg die vervolgens deze kwestie voorlegt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (het 'Hof') door middel van het stellen van een prejudiciële vraag.

Het Hof oordeelt dat het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel niet in de weg staan aan deze aanbestedingsstrategie. Het Hof overweegt dat het gelijkheidsbeginsel inhoudt dat de inschrijvers zich zowel in de fases waarin biedingen worden opgesteld als tijdens de beoordeling daarvan, zich in een gelijke positie bevinden. Zo verzet dit beginsel zich tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver en mag een inschrijving niet aangepast worden. Het Hof overweegt echter dat van onderhandeling geen sprake is in dit geval. De voorwaarden zijn van tevoren bekend. Bovendien kon de aanbestedende dienst in dit geval niet afwijken van de gunningsmethodiek 'laagste prijs'. AVM mag na inschrijving zelf kiezen om het perceel al dan niet uit te voeren tegen de prijs van BibMedia. Zo niet, dan wordt het voorstel aan de inschrijver die als derde in rangorde is geëindigd voorgelegd en zo verder. Deze voorwaarden, die onderdeel zijn van de aanbesteding, zijn helder en ondubbelzinnig opgenomen in de aanbestedingsstukken en zijn niet in strijd met de beginselen van het aanbestedingsrecht.



JURIDISCH KADER

- Artikel 18 van de Europese aanbestedingsrichtlijn 2014/24 en artikel 1.8 van de Aanbestedingswet 2012 bepalen dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen.
- Uit artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012 volgt dat een aanbestedende dienst opdrachten niet onnodig samenvoegt (clusterverbod). Hierbij dient rekening gehouden te worden met:
 - o De samenstelling van de markt en de toegang tot de opdracht van mkb-partijen;
 - o De organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging voor de aanbestedende dienst;
 - o De mate van samenhang van de opdrachten.
- Daarnaast moet samenvoeging gemotiveerd worden en in percelen opgedeeld worden indien passend.
- Artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 verplicht een aanbestedende dienst te vermelden of inschrijvers voor één of meer percelen kunnen inschrijven en of er één of meerdere percelen aan dezelfde inschrijver kunnen worden gegund. Dit dient op een objectieve en niet-discriminerende wijze toegepast te worden.
- Artikel 2.14 Aanbestedingswet 2012 bevat het splitsingsverbod. Ondanks het uitgangspunt dat een aanbestedende dienst een opdracht niet onnodig mag samenvoegen, mag een aanbestedende dienst geen opdrachten splitsen om onder de geldende regelgeving uit te komen. In principe mogen soortgelijke producten of diensten niet gesplitst worden. Vervolgens moet gekeken worden of de verschillende producten of diensten in (geografische) percelen opgedeeld kunnen worden.
- Artikel 2.18 en 2.19 Aanbestedingswet 2012 bevatten de zogenaamde 'percelenregeling'. Dit geeft de mogelijkheid om onder voorwaarden individuele percelen, wanneer deze niet groter in omvang zijn dan 20% van de totale waarde van alle percelen, via een meervoudig of enkelvoudig onderhandse procedure aan te besteden. Per perceel is deze mogelijkheid wel begrensd tot:
 - o Maximaal € 1.000.000,- excl. btw voor overheidsopdrachten voor werken;
 - o Maximaal € 80.000,- excl. btw voor overheidsopdracht voor diensten.



RECHTERS/ARBITERS AAN HET WOORD

- Op grond van het arrest **Succhi di Frutta** impliceert het transparantiebeginsel dat alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure in de aanbestedingsstukken worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren. Het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht vereisen dat gunningsvoorwaarden van overheidsopdrachten vanaf het begin van de aanbestedingsprocedure duidelijk worden omschreven (**HvJEU Commissie/Frankrijk**).
- Uit het arrest **Spanje v. EC** en een uitspraak van de **Rechtbank Den Haag** blijkt dat er wel grenzen zijn aan het opzetten van prijsconstructies in de gunningsmethodiek. De berekeningsmethode waarbij een gemiddelde prijs wordt gehanteerd werd als onverenigbaar gezien met de toepassing van het beoordelen volgens de "economisch meest voordelig inschrijving" en tast de mededinging aan.

Er wordt niet vaak geprocedeerd over de inrichting van percelen, wel zijn er recent twee adviezen gepubliceerd van de Com-

missie van Aanbestedingsexperts (de Commissie):

- **In advies 701** gaat de Commissie in op de motivering die een aanbestedende dienst moet geven om een opdracht niet op te delen in percelen. De aanbestedende dienst had slecht enkele aspecten uit artikel 1.5 Aanbestedingswet benoemd waardoor de klacht gegrond is verklaard. De Commissie geeft hierbij ook handvatten waar een motivering uit kan bestaan zoals de meerkosten en complexiteit van de verdeelde opdracht of de noodzaak tot coördinatie tussen verschillende aannemers.
- **In advies 705** verklaart de Commissie een klacht gegrond omdat er volgens haar sprake is van het kunstmatig samenvoegen van opdrachten, door gebruik te maken van de percelenregeling uit artikel 2.18 Aanbestedingswet 2012, met als doel om onder de aanbestedingsplicht uit te komen. Ook was de grondslag van de aanbestedingsprocedure ten onrechte bekend gemaakt middels een aankondiging van een gegunde opdracht op basis van een onderhandelingsprocedure. Geen van de in artikel 2.32 Aanbestedingswet 2012 opgesomde gronden waren namelijk van toepassing.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Wanneer een aanbestedende dienst een opdracht onderverdeelt in meerdere geografische percelen en gunt op laagste prijs, is het toegestaan deze 'Danish-delight'-constructie toe te passen. Wanneer een marktpartij inschrijft op één van de betreffende percelen is dat automatisch ook een inschrijving op het andere perceel.
- Als aanbestedende dienst ben je verplicht op een duidelijke en transparante wijze te beschrijven hoe inschrijving en gunning plaatsvinden wanneer een opdracht wordt onderverdeeld in meerdere percelen. Vervolgens dien je je ook te houden aan deze spelregels en kan daar in beginsel niet van afgeweken worden door middel van onderhandeling of het wijzigen van een (onderdeel van) de inschrijving.
- Als aanbestedende dienst heb je ruime vrijheid om spelregels omtrent percelen zelf vorm te geven, als je ze maar duidelijk opschrijft en kunt motiveren. Overwegingen die hierbij meespelen zijn bijvoorbeeld schaalvoordelen, de

samenstelling van de markt, regionale spreiding, kansen bieden aan mkb-partijen en de organisatorische gevolgen voor de aanbestedende dienst.

- Daarnaast is er de mogelijkheid om, onder specifieke voorwaarden, op basis van artikel 2.18 en 2.19 van de Aanbestedingswet 2012 gebruik te maken van de percelen regeling. Deze regeling kan gebruikt worden om sociale ondernemingen of mkb-partijen meer kans te bieden, innovatieve oplossingen eenvoudig in te kopen of een bepaalde kwalitatief unieke leverancier te contracteren.
- Let er als inschrijver op aanbestedingen goed op hoe de gunning van percelen is ingericht en welke voorwaarden daaraan verbonden zijn. Maak in een zo vroeg mogelijk stadium bekend, bijvoorbeeld bij een marktconsultatie of een schriftelijke vragenronde, wanneer u het niet eens bent met de wijze van gunnen of de gestelde voorwaarden.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP