

## Aanbestedingsplicht bij unieke producten, werken en diensten

*Welke oplossingsrichtingen zijn er als een opdracht slechts door een bepaalde partij kan worden verleend en hoe zit dit binnen raamovereenkomsten?*

### 1. Juridische onduidelijkheid

Het is van belang om op te merken dat er juridische onduidelijkheid bestaat op het gebied van de rechten en plichten bij het sluiten van nadere overeenkomsten voortvloeiend uit een raamovereenkomst. Het aanbestedingsrecht brengt strikte voorschriften met zich mee, nadere opdrachten zijn echter aanzienlijk minder gedetailleerd ingekaderd.

### 2. Juridisch kader en oplossingsrichtingen

#### De eerste oplossingsrichting

Een mogelijkheid zou kunnen zijn om een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging conform art. 2.32 lid 1 sub b Aw<sup>1</sup> te hanteren. Het is van belang dat de opdracht alleen door een bepaalde ondernemer kan worden volbracht. Allereerst dient er gekeken te worden op welke van de drie gronden men zich baseert.

1°. de aanbesteding als doel heeft het vervaardigen of verwerven van een uniek kunstwerk of een unieke artistieke prestatie,

2°. mededinging om technische redenen ontbreekt, of

3°. uitsluitende rechten, met inbegrip van intellectuele-eigendomsrechten, moeten worden beschermd en geen redelijk alternatief of substituuft bestaat.

<sup>1</sup> Artikel 2.32 lid 1 sub b Aanbestedingswet

Ten aanzien technische of artistieke redenen dient de aanbestedende dienst te bewijzen dat er redenen zijn in de zin van die bepaling, maar ook dat die redenen het volstrekt noodzakelijk maken het in geding zijnde werk aan de onderneming in kwestie te gunnen<sup>2</sup>. Tevens moeten alle voorwaarden worden vervuld die aan de uitzondering worden gesteld waarop de aanbestedende dienst zich beroept<sup>3</sup>.

Ten aanzien van de uitzondering voor uitsluitende rechten is naar aanleiding van de rechterlijke uitspraak van het Hof<sup>4</sup> duidelijk geworden dat het onvoldoende is dat de betrokken levering of de betrokken dienst door een uitsluitend recht, zoals een octrooi wordt beschermd, maar dat de aanbestedende dienst ook dient te bewijzen dat de betrokken levering of dienst slechts door een bepaalde leverancier kan worden vervaardigd of geleverd, respectievelijk slechts door een bepaalde dienstverlener kan worden verleend.

#### De tweede oplossingsrichting

*“alleen een octrooi niet is niet genoeg, de aanbestedende dienst moet ook bewijzen dat de betrokken levering, werk of dienst slechts door een bepaalde leverancier kan worden vervaardigd of geleverd, respectievelijk slechts door een bepaalde dienstverlener kan worden verleend”*

MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32440, 3, p. 65

De aanbestedende dienst dient zich te beroepen op artikel 2.76 lid 5 Aw<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> HvJEG van 18 mei 1995, Commissie/Italië, zaak C-57/94, Jur. 1995, blz. I-01249

<sup>3</sup> HvJEG van 28 maart 1996, Commissie/Duitsland, zaak C-318/94, Jur. 1996, blz. I-01949

<sup>4</sup> HvJEG van 3 mei 1994, Commissie/Spanje, zaak C-328/92, Jur. 1994, blz. I-01569

<sup>5</sup> Artikel 2.76 lid 5 Aanbestedingswet

Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

*In dit lid wordt als uitgangspunt genomen dat indien de verwijzing naar het fabricaat, de herkomst, etc. bepaalde ondernemingen of producten bevoordeelt of uitsluit, is verboden. De enige uitzondering hierop is dat het voorwerp van de opdracht de verwijzing rechtvaardigt. Indien dit het geval is, kan er worden voorgeschreven, mits nauwkeurig en begrijpelijk wordt beschreven waarom dit noodzakelijk is en toegevoegd wordt "of gelijkwaardig", zo is bepaald in lid 2 van het artikel.*

#### De derde oplossingsrichting

Deze oplossingsrichting brengt geen specifieke eisen met zich mee. Wel dient in de raamovereenkomst te worden opgenomen dat ook andere gecontracteerde partijen ervan gebruik kunnen maken. Op die manier is de opdracht voldoende bepaald en bestaat er de mogelijkheid zaken voor te schrijven of de aannemers de ruimte te geven ervan gebruik te maken.

### **3. Conclusies**

Er zijn drie oplossingsrichtingen om technologie of leveranciers voor te schrijven aan de raamcontractanten:

- ▼ Ten eerste de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging, dit kan van toepassing zijn ingeval van een unieke technologie.

- ▼ Ten tweede het opnemen van het merk als technische specificatie of soortgelijk.
- ▼ Ten derde het opnemen van het product of de dienst in een andere raamovereenkomst welke afzonderlijk is aanbesteed.

Voor oplossingsrichting 1 en 2 geldt dat de aanbestedende dienst kan aantonen waarom toepassing van deze technologie gerechtvaardigd is op basis van de overheidsopdracht en dat er geen redelijk alternatief of substituuut is.

De eerste oplossingsrichting, waarbij de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging gehanteerd dient te worden is een oplossing waarbij er dient te worden vastgesteld dat er geen redelijk alternatief of substituuut bestaat.

- ▼ Deze optie valt naar mijn zienswijze onder de categorie "Beste oplossingsinrichting". Het is transparant en biedt de meeste zekerheid.

De tweede oplossingsinrichting, is het per nadere opdracht voorschrijven. In dit geval dient er worden aanbesteed met de toevoeging 'of gelijkwaardig' hierbij voldoet de aanbestedende dienst ook bij analoge toepassing van de aanbestedingsbeginselen aan haar wettelijke plichten.

- ▼ Deze optie valt naar mijn zienswijze onder de categorie "minder transparant"

De derde oplossingsinrichting, leidt ertoe dat relevante toeleveringen zijn aanbesteed en ondergebracht in raamovereenkomsten waar de aannemers verplicht of vrij gebruik van kunnen maken.

- ▼ Deze optie valt naar mijn zienswijze onder de categorie "zuiver". Deze optie is goed te verantwoorden en biedt keuzevrijheid.