

E-mail: gemeente@heerlen.nl
Gemeente Heerlen
College B&W
Postbus 1
6400 AA Heerlen

Zilverstraat 69
Postbus 461
2700 AL Zoetermeer

T 079 3 252 246
F 079 3 252 297

info@aanbestedingsinstituut.nl
www.aanbestedingsinstituut.nl

Datum: 28 maart 2018
Uw kenmerk: 31.010 / I&A 7473
Dossiernr.: A18-020
Behandeld door: J.F.M. van Alphen
Doorkiesnummer: +31 (0)79 32 52 122
E-mail: j.vanalphen@aanbestedingsinstituut.nl
Betreft: Aanbesteding Aannemer Brede Maatschappelijke Voorziening Hoensbroek-Zuid

Geacht College,

De Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw & Infra, kortweg het Aanbestedingsinstituut, is een onafhankelijk instituut, in het leven geroepen door de grootste bedrijfstakorganisatie in de Bouw & Infra, dat de kwaliteit van aanbestedingen van werken bewaakt. Wij zijn bevoegd namens de sector vragen om inlichtingen te stellen en waar nodig een klacht in te dienen.

Klacht: De opdracht Aannemer Brede Maatschappelijke Voorziening Hoensbroek-Zuid wordt niet in concurrentie aanbesteed

Gevraagd resultaat: heroverwegen of motiveren van uw beslissing

Op 14 maart 2017 heeft uw gemeente een aankondiging gepubliceerd van bovengenoemd werk. Dit heeft geresulteerd in de ontvangst van enkele aanmeldingen van geïnteresseerde bedrijven. De aanbesteding heeft geen aannemer opgeleverd. Er was maar één aannemer die ingeschreven heeft en die kwam kennelijk ver boven de vastgestelde bouwkosten uit. Derhalve is besloten deze aanbesteding stop te zetten. Wij hebben begrip voor dit besluit, zoals dat is verwoord in een informatiepagina op uw website: <https://www.heerlen.nl/bmv-hoensbroek-zuid.html>. Deze webpagina sluit af met de mededeling: "We zijn inmiddels een nieuwe weg ingeslagen en bezig met een nieuwe aanbestedingsprocedure".

Wij ontvingen een melding dat uw gemeente een intentieovereenkomst is aangegaan voor dit werk met een bedrijf. Artikel 1 van deze overeenkomst stelt dat dit bedrijf is gerechtigd om als eerste en enige een prijsaanbieding te doen voor het op te dragen werk, hetgeen er op neer lijkt te komen dat uw gemeente voornemens is de opdracht in kwestie te gunnen zonder enige vorm van concurrentie.

In uw aanbestedingsbeleid is vastgelegd dat alle opdrachten van werken met een geraamde waarde van meer dan € 1.500.000 openbaar zullen worden aanbesteed. Dit beleid sluit aan op de tabel in de Gids Proportionaliteit ten aanzien van het voorschrift inzake het kiezen van een juiste procedure. Wij merken op dat geen openbare aankondiging is geplaatst waarmee bedrijven in de gelegenheid zijn gesteld te reageren op uw wens de bouw van de BMV Hoensbroek-Zuid alsnog te doen realiseren. Volgens uw beleid kunnen uitsluitend opdrachten van werken beneden € 150.000 buiten mededinging worden geplaatst. Dit beleid is in lijn met de Gids Proportionaliteit. Echter, uit de intentieovereenkomst, die onder onze aandacht is gebracht, blijkt dat één bedrijf is gevraagd als eerste en enige een prijsaanbieding te doen voor deze miljoenenopdracht.

Het is toegestaan om af te wijken van de Gids Proportionaliteit. Daarbij geldt als voorwaarde dat de afwijking deugdelijk moet worden gemotiveerd. Het spreekt voor zich dat de verplichtingen ten aanzien van het motiveren zwaarder worden naarmate de afwijking groter is. In meer algemene zin verplicht artikel 1.4.1 van de Aanbestedingswet

a. de keuze voor de wijze waarop de aanbestedende dienst voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen;

b. en de keuze voor de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure;

op basis van objectieve criteria te bepalen.

Artikel 1.4.3 van de Aanbestedingswet verplicht tot motivering van de in het eerste lid, onderdelen a en b, bedoelde keuze, indien een ondernemer daarom verzoekt. Wij wensen gebruik te maken van dit recht en vragen u ons op de hoogte te stellen van de reden om de opdracht te plaatsen zonder enige vorm van mededinging op te roepen. De motivering van de keuze van de ondernemer hoeft u ons niet te verstrekken. Het gaat ons niet om de persoon van de ondernemer, maar om het beginsel dat opdrachten van aanzienlijke omvang voorwerp zijn van mededinging. Volledigheidshalve doen wij tevens een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur.

Uit de informatie die wij hebben ontvangen komt naar voren dat is besloten om aan te besteden op basis van onderhandeling met voorselectie. Kenbaar is gemaakt dat de opdracht wezenlijk is gewijzigd. De Aanbestedingswet en het ARW 2016 kennen twee procedures waarin onderhandelen is toegestaan: de mededingingsprocedure met onderhandeling en de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Beide procedures zijn aan restricties onderworpen die ons reden geven om de rechtmatigheid van de gemaakte keuze in twijfel te trekken. De mededingingsprocedure met onderhandeling voorziet in de mogelijkheid tot het houden van een voorselectie, maar dient door middel van een openbare aankondiging te worden aangevangen. De onderhandelingsprocedure zonder aankondiging hanteert als uitgangspunt dat meerdere ondernemingen gelijktijdig worden uitgenodigd en een inschrijving indienen waarover kan worden onderhandeld. De procedure kent geen voorselectie. Er mag uitsluitend met een enkele onderneming worden onderhandeld als het gaat om een unieke artistieke of bijzondere technische prestatie of uitsluitende rechten. Daar is hier geen sprake van. De opdracht is niet uitzonderlijk van aard. In het verlengde van ons gedane verzoek tot motivering van de gekozen procedure, wensen wij te vernemen welke procedure nu precies is gekozen en op grond van welk artikel in de Aanbestedingswet of ARW 2016 deze keuze is gebaseerd.

De beginselen van transparantie en non-discriminatie, die aan de aanbestedingsvoorschriften zijn gekoppeld, dienen een wederzijds belang. Ze beogen een functionele marktwerking te stimuleren waarin bedrijven kansen krijgen zich te onderscheiden en gemeenschapsgeld optimaal besteed kan worden. Afwijken van de gebaande paden ten faveure van een enkele onderneming brengt diverse risico's met zich mee. Het grootste risico, dat dit project door deze handelwijze boven het hoofd hangt, is vernietiging van de overeenkomst. Op grond van art. 4.15 lid 1 sub a Aw 2012 kan een reeds gesloten overeenkomst worden vernietigd in geval er niet voldaan is aan de Europese publicatievoorschriften. Een dergelijke vordering kan tot 6 maanden na het sluiten van de overeenkomst worden ingesteld door elke ondernemer die zich benadeeld acht. Weliswaar geldt deze regel in beginsel alleen voor opdrachten boven het Europese drempelbedrag, maar de vraag is in hoeverre dat relevant is, nu een Europese publicatieplicht óók geldt voor opdrachten waarvoor een aanmerkelijk grensoverschrijdend belang kan worden aangenomen. Artikel 3.4 van uw gemeentelijk inkoop- en aanbestedingsbeleid ziet daarop toe en stelt dat uw gemeente in voorkomende gevallen een aankondiging zal plaatsen op de gebruikelijke platforms. Het lijkt ons zeer aannemelijk dat buiten Nederland gevestigde ondernemers (met name Duitsland of België) interesse kunnen hebben in deze opdracht. Overigens is ons niet bekend of uw redelijke raming van de opdracht, inclusief de waarde van het in het vooruitzicht gestelde onderhoudscontract, beneden of boven de Europese drempelwaarde uitkomt.

Ook na de hiervoor genoemde 6 maanden, of wanneer vernietiging anderszins niet mogelijk is, kan een klacht van een onderneming, die zich benadeeld acht, leiden tot het oordeel dat een onrechtmatige daad is gepleegd. Niet alleen de Nederlandse rechter is bevoegd tot een dergelijk oordeel te komen, maar ook de Europese Commissie, die op eigen initiatief of naar aanleiding van een (anonieme) klacht een onderzoek kan instellen. Dat kan resulteren in een vordering tot schadevergoeding, maar wellicht ook imagoschade veroorzaken. Voorts kan dit het vermoeden van integriteitsschending oproepen.

Tot slot is denkbaar dat uw accountant te zijner tijd kan weigeren een rechtmatigheidsverklaring af te geven als in zijn beleving de aanbestedingsregels niet juist zijn nageleefd.

Dit alles geeft ons reden u nadrukkelijk te waarschuwen dat uw beslissing om een andere aanpak te kiezen weloverwogen en goed onderbouwd dient te zijn. Wij roepen u op om de lopende gang van zaken nog eens kritisch na te gaan. Heeft u zich ervan vergewist dat het allemaal door de beugel kan, dan kunt u ons daarover informeren. Deelt u onze twijfels over de rechtmatigheid van de gekozen opzet, dan is het raadzaam pas op de plaats te maken. Hoe vervelend dat ook is voor de direct betrokkenen.

Wij ontvangen uw schriftelijke reactie graag uiterlijk op woensdag 11 april aanstaande. Dit in verband met ons voornemen de Commissie van Aanbestedingsexperts te raadplegen als wij geen overtuigende antwoorden krijgen.

Met vriendelijke groet,
Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw & Infra



J.F.M. van Alphen
Adviseur Aanbestedingen