

MEMO



AAN Gemeente Heusden
Debby Bruurmijn

VAN mr. R.M.Th.M. Jaspers en mr. I. Harms
Advocaten
TELEFOON +31 88 253 5058
FAX +31 88 253 5050
E-MAIL rjaspers@akd.eu

DATUM 8 maart 2017

ONS KENMERK

KOPIE AAN

ONDERWERP Aanbesteding Voorste Venne: advies n.a.v. memo van adviesbureau M3V d.d. 6 maart 2017

Inleiding

1. Aan AKD is gevraagd om een kort memo te schrijven over de vraag of de gemeente Heusden (hierna ook: '**de Gemeente**') de meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor de transformatie van het complex De Voorste Venne kan voortzetten door middel van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging. Wij beoordelen deze vraag op basis van de feiten zoals deze zijn gesteld in het memo van adviesbureau M3V d.d. 6 maart 2017.
2. Kort samengevat: de Gemeente heeft een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure georganiseerd. De Gemeente heeft hiervoor een plafondbudget van €4,8 miljoen vastgesteld. Dit plafondbudget in combinatie met de eisen van de Gemeente is voor de gegadigden een obstakel gebleken. Enkel BMV B.V. heeft een inschrijving gedaan.
3. Tijdens de interviews die een integraal onderdeel vormden van de inschrijving bij deze aanbesteding volgens de Best Value Procurement methodiek zijn door de heer Kuis van BMV B.V. voorwaarden verbonden aan de inschrijving. De inschrijving is daarom ongeldig volgens het van toepassing zijnde Aanbestedingsreglement Werken 2016 (hierna ook: '**ARW 2016**'). Nu geen geschikte inschrijvingen zijn ontvangen stelt de Gemeente zich de vraag hoe de procedure dient te worden gecontinueerd. Een van de mogelijkheden voor voortzetting van de procedure is volgens het advies van M3V de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Wij beschrijven hieronder of deze procedure tot de mogelijkheden behoort en in hoeverre een heraanbesteding van de opdracht mogelijk is. Wij sluiten dit memo af met een conclusie.

Onderhandelingsprocedure zonder aankondiging mogelijk?

4. De onderhandelingsprocedure zonder aankondiging is mogelijk in specifieke gevallen die in de Aanbestedingswet zijn opgesomd. Ook het ARW 2016 dat van toepassing is op deze aanbesteding stelt nadere regels voor het toepassen van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging.

AKD B.V.B.A., RPR Brussel, BTW nr. BE 0463.349.796. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD B.V.B.A. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden van toepassing waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op www.akd.eu.

AKD B.V.B.A. is ISO 9001 Quality Management gecertificeerd.

AKD: #10134723v3

DATUM 8 maart 2017

ONS KENMERK

PAGINA 2 van 3

5. Volgens artikel 6.1.3. ARW 2016 kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging volgen op een nationale procedure. Een nationale aanbesteding is volgens artikel 1.1.1. onder t) ARW 2016 een aanbesteding voor het verlenen van opdrachten met een geraamde waarde beneden de in afdeling 2.1.1 van de Aanbestedingswet bedoelde waarden (de drempelwaarden voor Europees aanbesteden). De onderhandelingsprocedure zou dus kunnen worden toegepast door de Gemeente na een meervoudig onderhandse procedure.
6. Tijdens de meervoudig onderhandse procedure dienen geen of geen geschikte inschrijvingen te zijn gedaan. In casu is een inschrijving gedaan door BMV B.V. Deze bleek echter, zoals wij begrijpen uit het memo van M3V, ongeldig en dus ongeschikt. Aan dit criterium wordt dus voldaan.
7. Het is ook van belang dat tijdens de onderhandelingsprocedure geen wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht plaatsvindt. Een wezenlijke wijziging is volgens de regels in het ARW 2016 niet toegestaan tijdens de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging (zie onder 6.1.3. ARW 2016).
8. Bij een wezenlijke wijziging kan worden gedacht aan een wijziging die ertoe zou hebben geleid dat sprake zou zijn van een andere kring van inschrijvers of tot toelating van andere inschrijvingen. Van een wezenlijke wijziging zou ook sprake zijn indien het economisch evenwicht van de te sluiten overeenkomst wijzigt op een wijze zoals de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld. Ook indien de aard van de overeenkomst zou wijzigen is sprake van een wezenlijke wijziging.
9. Wij hebben van de Gemeente begrepen dat optimalisaties binnen de oorspronkelijke opdracht mogelijk zijn die niet tot een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke opdracht leiden. Wij kunnen dit niet inhoudelijk beoordelen maar baseren onze stellingen in dit memo op de aanname dat een wezenlijke wijziging niet noodzakelijk is. Wij verwijzen in dit kader naar de hiervoor genoemde criteria ter beoordeling of sprake is van een wezenlijke wijziging.
10. Wij wijzen nadrukkelijk op de risico's die met name ontstaan indien het plafondbudget wordt verhoogd tot een bedrag waarvoor ook de eerder uitgenodigden en andere gegadigden interesse zouden tonen in het doen van een inschrijving. Een verhoging van het plafondbudget achten wij dus bijzonder risicovol. Bij een verhoging van het plafondbudget van € 4,8 miljoen met 10% zit men in ieder geval boven de drempelwaarden voor Europees aanbesteden en zou men tot heraanbesteding moeten overgaan. Hetzelfde geldt voor grotere wijzigingen van de eisen die aan de opdracht worden gesteld. Met name de andere vier eerder uitgenodigde gegadigden zullen hier mogelijk juridische stappen tegen willen

DATUM 8 maart 2017

ONS KENMERK

PAGINA 3 van 3

ondernemen, indien zij tegen de gewijzigde voorwaarden wel hadden willen inschrijven.

11. Een voortzetting van de aanbesteding door middel van een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging behoort dus tot de mogelijkheden, indien geen wezenlijke wijziging van de opdracht plaatsvindt. Indien een wezenlijke wijziging van de opdracht wel noodzakelijk wordt tijdens de onderhandelingen, dient de onderhandelingsprocedure gestaakt te worden. In het geval van een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de opdracht is een heraanbesteding de enige optie.
12. Wij wijzen tevens erop dat bij een verhoging van het plafondbudget boven de drempel voor Europees aanbesteden van € 5,225 miljoen in ieder geval dient te worden heraanbesteed onder gebruikmaking van een Europese aanbestedingsprocedure.

Conclusie

13. Een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging is in casu onder de voorwaarden zoals beschreven mogelijk. Indien een wezenlijke wijziging van de opdracht noodzakelijk wordt, dient de onderhandelingsprocedure te worden gestaakt en dient te worden overgegaan tot heraanbesteding.