



ROOD LICHT VOOR "RODE SCOPE"



DE ZAAK

De Provincie Fryslân publiceert een zogenaamde 'vrijwillige aankondiging vooraf' als bedoeld in artikel 4.16 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012). Hierin kondigt zij aan voornemens te zijn om de opdracht 'Vervanging verkeersbruggen' in de vorm van een 2-fasencontract (hierna: bouwteammodel) onderhands te gunnen aan de VOF IJsselmeerwerken (hierna: IJsselmeerwerken) met als vennoten Van Oord en BAM. Volgens de Provincie kan de opdracht om technische redenen alleen door IJsselmeerwerken worden verricht: Van Oord en BAM - als uitvoerende aannemers van de vertraagde DBFM-overeenkomst met het Rijk voor werkzaamheden aan de Afsluitdijk - beschikken over cruciale kennis en informatie waartoe de Provincie geen toegang heeft zo lang dit Rijkscontract in uitvoering is.

Daarom ziet de Provincie zich genoodzaakt om een beperkt deel (te weten de "rode scope") van het werk met betrekking tot vervanging van de verkeersbruggen, op basis van de onderhandelingsprocedure van artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012, te gunnen aan IJsselmeerwerken.

Na lezing van de vrijwillige aankondiging vooraf vraagt VHB aan de Provincie inzicht in en toelichting op waaruit de "rode scope" en de "groene scope" bestaan. De Provincie geeft aan dat deze verdeling niet op voorhand te geven is, aangezien deze verdeling nog nader gedefinieerd en onderbouwd wordt met Van Oord en BAM. Volgens VHB is het vanwege de onduidelijke scope voor geïnteresseerde partijen onmogelijk om te toetsen of er door de Provincie een gerechtvaardigd beroep op artikel 2.32 Aw 2012 is gedaan. VHB start een kort geding en vordert een verbod om uitvoering te geven aan het door de Provincie gepubliceerde voornemen.

De voorzieningenrechter stelt allereerst vast dat de Provincie de opdracht tot het bepalen van de "rode scope" (de eerste

fase van de bouwteamovereenkomst) al heeft gegund aan IJsselmeerwerken. Hij leest de vorderingen van VHB daarom zo dat wordt gevorderd de Provincie te verbieden ook de uitvoering van de nog te bepalen rode scope te gunnen.

De voorzieningenrechter wijst de aldus gelezen vordering toe. Daarbij stelt de voorzieningenrechter voorop dat de redenen die de aanbestedende dienst ertoe hebben gebracht de procedure van gunning door onderhandelingen te volgen, duidelijk en ondubbelzinnig in de vrijwillige vooraankondiging tot uitdrukking moeten zijn gebracht. De voorzieningenrechter dient zijn toetsing te verrichten aan de hand van enkel de informatie in de vooraankondiging.

De door de Provincie geplaatste vooraankondiging doorstaat die toetsing niet. Door te kiezen voor een opdracht in de vorm van een bouwteammodel, terwijl in de vooraankondiging niet eens bij benadering is aangegeven welke werkzaamheden met betrekking tot de vervanging van de verkeersbruggen onder de rode scope vallen, heeft de Provincie het voor de belanghebbenden en de voorzieningenrechter onmogelijk gemaakt om te toetsen of het deel van de opdracht dat ziet op de uitvoering van de nog nader te bepalen "rode scope" om technische redenen enkel door IJsselmeerwerken kan worden gedaan. Doordat niet getoetst kan worden of aan de voorwaarden van artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012 is voldaan en de bewijslast dat aan die voorwaarden is voldaan op de Provincie rust, heeft de Provincie onvoldoende aannemelijk gemaakt dat aan die voorwaarden is voldaan. Dit maakt dat de gunning door de Provincie van de in de vooraankondiging bedoelde opdracht door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht strijdig is met de Aw 2012.



JURIDISCH KADER

- Op grond van artikel 4.15 lid 1 aanhef en sub a Aw 2012, is een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst in rechte vernietigbaar als de aanbestedende dienst de overeenkomst heeft gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie.
- Artikel 4.16 lid 1 verklaart dat artikel 4.15 lid 1 aanhef en sub a niet van toepassing is als de aanbestedende dienst (a) van mening is dat de gunning van een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking is toegestaan, (b) zijn voornemen tot gunning vooraf aankondigt, en (c) de overeenkomst niet sluit binnen een termijn van ten minste twintig kalenderdagen na de aankondiging.
- Artikel 2.32 Aw 2012 beschrijft een aantal situaties waarin

de aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging mag toepassen, te weten:

- er zijn geen of geen geschikte inschrijvingen ontvangen (lid 1 onderdeel a);
- de overheidsopdracht kan slechts door een bepaalde ondernemer worden verricht ((lid 1 onderdeel b), omdat:
 1. de aanbesteding als doel heeft het vervaardigen of verwerven van een uniek kunstwerk of een unieke artistieke prestatie;
 2. de mededinging ontbreekt wegens technische redenen;
 3. uitsluitende rechten (zoals intellectuele eigen-

domsrechten) moeten worden beschermd en er geen redelijk alternatief of substituut bestaat;

- er is sprake van dwingende spoed als gevolg van ge-

beurtenissen die door de aanbestedende dienst niet konden worden voorzien en niet aan de aanbestedende dienst zijn te wijten (lid 1 onderdeel c, sub 3).



RECHTERS AAN HET WOORD

- In het [arrest Fastweb](#) uit 2014 oordeelde het HvJ EU dat een belanghebbende die de 20-dagen-termijn van artikel 4.16 lid 1 aanhef onder c Aw 2012 ongebruikt heeft laten verstrijken, op grond van artikel 4.15 lid 1 aanhef en sub a Aw 2012, toch vernietiging van een gesloten overeenkomst kan vorderen na het verstrijken van die termijn. De aankondiging moet een duidelijke en ondubbelzinnige rechtvaardiging bevatten van de beslissing van de aanbestedende dienst om de opdracht onderhands te gunnen, zodat belanghebbenden met volledige kennis van zaken kunnen bepalen of zij het nuttig achten om een zaak aanhangig te maken bij de rechter. De rechter dient vervolgens te beoordelen of de aanbestedende dienst zorgvuldig handelde en van mening kon zijn dat daadwerkelijk aan de voorwaarden uit de genoemde artikelen is voldaan. Als de rechter vaststelt dat daaraan niet is voldaan, dan zal hij de overeenkomst vernietigen, ook als partijen geen kort geding aanhangig hebben gemaakt gedurende de 20-dagen-termijn die de aanbestedende dienst in acht nam bij de aankondiging. Overigens kan in Nederland vernietiging alleen worden gevorderd in een bodemprocedure, niet in kort geding.
- De [rechtbank Midden-Nederland](#) oordeelde in 2017 dat de voorgenomen verlenging van de looptijd van een reeds gesloten raamovereenkomst met een jaar – die werd gepubliceerd door middel van een ‘vrijwillige aankondiging vooraf’ - onrechtmatig was. De voorzieningenrechter oordeelde dat de looptijd van de raamovereenkomst moest worden aangemerkt als een essentieel deel van de overeenkomst, nu de raamovereenkomst in de kern voorzorg in een beperking van de markt tot de ondernemingen die partij waren bij de raamovereenkomst. Een dergelijke verlenging van de looptijd van de raamovereenkomst moest daarom worden beschouwd als een wezenlijke, materiële wijziging als bedoeld in artikel 2.163g lid 1 en 2 Aw 2012. De aanbestedende dienst werd verboden de raamovereenkomst te verlengen op grond van de feiten en omstandigheden zoals zij die aan haar gepubliceerde voornemen tot verlenging van de raamovereenkomst ten grondslag had gelegd.
- Het [hof Amsterdam](#) oordeelde in 2019 dat artikel 2.32 lid 3 Aw 2012 niet uitsluit dat de hoogte van de transitiekosten bij contractwissel mee kan wegen bij de beoordeling van het bestaan van een technische uitzondering. Onder bijzondere omstandigheden kan de hoogte van de transitiekosten met zich meebrengen dat van een redelijk alternatief of substituut geen sprake is. Het UWV had gesteld dat de transitie van het archief naar een nieuwe aanbieder vanwege de technische, logistieke en operationele complexiteit van het archief zodanig hoge (uitslag)kosten met zich brengt dat de mededinging ontbreekt. Het hof wees het beroep op de technische uitzondering af omdat niet was voldaan aan de daaraan minimaal te stellen voorwaarden van een transparante berekening waaruit de juistheid, redelijkheid en marktconformiteit van die kosten blijkt.
- Eerder schreven wij een [jurisprudentiealarm](#) over een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland, waarin een aanbestedende dienst door middel van vrijwillige aankondiging vooraf liet weten dat hij voornemens was een overeenkomst te sluiten zonder voorafgaande aanbesteding, omdat hij meende dat het een (van de aanbestedingsplicht uitgezonderde) huurovereenkomst van een onroerende zaak betrof. Het [hof Arnhem-Leeuwarden](#) oordeelde in hoger beroep dat de overeenkomst ook veel opdrachteleveringen bevatte en dat dus geen sprake was van kale huur.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Zorg er als aanbestedende dienst voor dat je alle relevante feiten en omstandigheden benoemt in een vrijwillige aankondiging vooraf. De rechter toetst op basis van die publicatie of de voor onderhandse gunning aangevoerde argumenten stand houden. Als er aspecten niet worden genoemd, of als aspecten niet concreet genoeg worden uitgewerkt, kan dat ertoe leiden dat de rechter oordeelt dat het voornemen tot onderhandse gunning onvoldoende is onderbouwd.
- Let erop dat in geval van een beroep op een van de uitzonderingen, de redenen het volstrekt noodzakelijk moeten maken het betreffende werk, dienst of levering aan de onderneming in kwestie te gunnen. Een rechter zal niet snel aannemen dat dit het geval is.
- Een reden voor het gebruik van een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging is niet legitiem als diezelfde reden is veroorzaakt of ontstaan door de aanbestedende dienst zelf. Blijf daarom altijd de vraag stellen of er geen redelijk alternatief is en of de mededinging niet kunstmatig wordt beperkt.
- Als onderhandse gunning echt noodzakelijk is, let er dan op dat de omvang van de onderhandse opdracht (qua tijd en werkzaamheden) niet groter is dan noodzakelijk. Zo zal het in geval van dwingende spoed niet snel gerechtvaardigd zijn onderhands een opdracht te gunnen met een lange looptijd.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

**Aeves
Benefit** 

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com