



JURISPRUDENTIE
ALARM
2023
21

TARIEFWIJZIGING VOOR TOLKENDIENSTEN NIET TOEGESTAAN ZONDER HERAANBESTEDING!



DE ZAAK

Het Ministerie van Justitie en Veiligheid ("Ministerie") houdt een Europese openbare aanbesteding voor tolkdiensten. Inschrijvers dienen in te schrijven met een uurtarief van minimaal € 60,- en maximaal € 120,- exclusief btw. Als een inschrijver de opdracht gegund krijgt, dient hij een uurtarief van minimaal € 43,89 exclusief btw te betalen aan zelfstandig ondernemende tolken, wanneer hij daar gebruik van maakt. De klager in deze procedure schrijft zonder succes in op (een perceel van) deze aanbesteding. De betreffende raamovereenkomst wordt gesloten met een ander bureau voor tolkdiensten.

Enige tijd later informeert de minister van Justitie en Veiligheid de Tweede Kamer dat hij voornemens is het minimumuurtarief voor tolken te verhogen van € 43,89 exclusief btw per uur naar € 55,- exclusief btw per uur. Deze wijziging wordt uiteindelijk ook doorgevoerd in de genoemde raamovereenkomst. De klager in deze procedure raakt hiervan op de hoogte en constateert dat de overeengekomen tarieven daarmee worden gewijzigd tijdens de looptijd van de gegunde raamovereenkomst. Volgens de klager mag dat niet, omdat sprake zou zijn

van een ongeoorloofde wezenlijke wijziging van opdracht. Het Ministerie is het daar niet mee eens. Volgens het Ministerie is sprake zijn van onvoorziene omstandigheden die de wijziging van de gegunde overeenkomst(en) rechtvaardigen. De klager stapt vervolgens naar de Commissie van Aanbestedingsexperts.

De Commissie van Aanbestedingsexperts verklaart de klacht gegrond. Een aanbestedende dienst die een wijziging van een gegunde overeenkomst wil rechtvaardigen met een beroep op onvoorziene omstandigheden, dient aan te tonen dat sprake is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het daarbij moet gaan om externe omstandigheden. Het Ministerie heeft echter zelf besloten tegemoet te komen aan wensen vanuit de markt om de tarieven voor tolkdiensten te verhogen. Dat zijn geen externe omstandigheden, maar interne omstandigheden. Het beroep op onvoorziene omstandigheden gaat in dit geval dan ook niet op. De gesloten raamovereenkomst mag niet gewijzigd worden zonder nieuwe aanbestedingsprocedure.



JURIDISCH KADER

- Hoofdstuk 2.5 van de Aanbestedingswet 2012 ("Aw") (artikelen 2.163a t/m 2.163g Aw) gaat over de wijziging van overheidsopdrachten tijdens de looptijd van een gegunde overeenkomst. Het uitgangspunt is dat een wijziging van de opdracht uitsluitend zonder nieuwe aanbestedingsprocedure kan plaatsvinden in de in de Aw benoemde (uitzonderings)gevallen (artikel 2.163a Aw).
- Artikel 2.163e Aw betreft één van deze uitzonderingen, namelijk wanneer sprake is van 'onvoorziene omstandigheden'. Een overheidsopdracht kan zonder heraanbesteding worden gewijzigd indien (a) de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien, (b) de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht meebrengt, en (c) de verhoging van de prijs niet meer bedraagt dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.
- Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het daarbij moet gaan om onvoorziene omstandigheden die van externe aard zijn. Bovendien moet sprake zijn van een normale zorgvuldige voorbereiding door een aanbestedende dienst, waarbij onder meer moet worden gekeken naar de middelen die een aanbestedende dienst ter beschikking staan, de aard en kenmerken van het specifieke project en de gangbare praktijk.



RECHTERS/ARBITERS AAN HET WOORD

- In de praktijk en in de rechtspraak is veel discussie over de vraag of prijsstijgingen en leveringsproblemen ten gevolge van de COVID-19-pandemie en de Oekraïne-oorlog kwalificeren als onvoorziene omstandigheden (en een wijziging van een reeds gegunde opdracht rechtvaardigen). In de (met name lagere) rechtspraak is erkend dat de gevolgen van de COVID-19-pandemie en de gevolgen van de Oekraïne-oorlog kwalificeren als onvoorziene omstandigheden.
- Zo oordeelde **de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland** dat het uitbreken van de Oekraïne-oorlog en de gevolgen daarvan voor (onder meer) de bouwsector, waardoor onder meer de prijzen van bouwproducten in korte tijd enorm zijn gestegen en leveringen onzeker zijn geworden, als van buiten komende omstandigheden moeten worden aangemerkt, die bij het doen van de inschrijvingen op de aanbesteding onvoorzienbaar waren.
- **De Raad van Arbitrage** voor de Bouw oordeelde dat de oorlog in Oekraïne naar zijn oordeel kwalificeert als een onvoorziene omstandigheid en dat partijen om de tafel moeten gaan zitten om een eventuele aanpassing van de overeenkomst in redelijkheid te bezien.
- **De kantonrechter van de rechtbank Overijssel** oordeelde dat de uitbraak van het coronavirus kwalificeert als een onvoorziene omstandigheid. Gelet op de omvang van de pandemie, kan de pandemie naar het oordeel van de kantonrechter niet als ondernemersrisico worden gekwalificeerd. Omdat geen van de betrokken partijen een verwijt kan worden gemaakt aan het ontstaan van deze onvoorziene omstandigheid, vond de kantonrechter het redelijk de vertraging die daarvan het gevolg is evenredig tussen partijen te verdelen.
- **Het Hof Den Haag** heeft zich eveneens uitgesproken over de gevolgen van de Covid-pandemie bij de uitvoering van een (aanbestede) opdracht. Volgens het Hof komen de gevolgen van de Covid-pandemie niet voor rekening van een opdrachtgever wanneer in de risicoverdeling een specifiek risico bij een opdrachtnemer is neergelegd. Wanneer een bepaalde situatie (in de risicoverdeling) is voorzien en die situatie doet zich voor, betreft het dus geen onvoorziene omstandigheid.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Krijg je als aanbestedende dienst te maken met (claims ten gevolge van) onvoorziene omstandigheden? Dan mag je een gegunde opdracht wijzigen, mits je voldoet aan alle (cumulatieve) criteria uit artikel 2.163e Aw. Je hoeft de opdracht dan niet opnieuw aan te besteden. Het moet daarbij wel gaan om externe omstandigheden die je als aanbestedende dienst niet kon voorzien. Interne omstandigheden (zoals in deze zaak: een beleidskeuze van het Ministerie om tarieven voor tolkdiensten te verhogen) kwalificeren niet als onvoorziene omstandigheden in de zin van artikel 2.163e Aw.
- Voldeed je inderdaad aan alle cumulatieve criteria uit artikel 2.163e Aw en doe je als aanbestedende dienst een beroep op deze uitzonderingsgrond ('onvoorziene omstandigheden')? Dan moet je dat publiceren op TenderNed. Dit volgt uit artikel 2.163e in samenhang met artikel 2.163d lid 5-6 Aw.
- Wees er wel op bedacht dat het daarbij moet gaan om omstandigheden die je als aanbestedende dienst niet kon voorzien. De ontstane prijsstijgingen en/of leveringsproblemen waar de markt op dit moment mee te maken heeft (ten gevolge van de Oekraïne-oorlog/en de COVID-19-pandemie) zijn op dit moment niet meer onvoorzien(baar). In nieuwe aanbestedingsprocedures dienen aanbestedende diensten hier dus rekening mee te houden. En inschrijvers dienen deze omstandigheden te verdisconteren in (de prijs van) hun biedingen.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP



VANDOORNE[⊕]

Het NIC.

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com