



Aannemer wint kort geding aanbesteding Opsterland

Gemeente *kan* bieding niet zomaar weigeren

Bouma Sport en Groen heeft met een kort geding voor elkaar gekregen dat de aanbesteding van al het sportveldonderhoud in de Friese gemeente Opsterland opnieuw moet. De bieding van het bedrijf is ten onrechte terzijde gelegd.

Auteur: Bart Mullink

De ontstane juridische touwtrekkerij is een gevolg van onduidelijkheden in de aanbestedingstekst over marktconforme prijzen. 'De uitspraak in dit kort geding is een les voor gemeenten dat ze veel nauwkeuriger moeten zijn in het opschrijven van hun aanbestedingsleidraad', zegt aanbestedingsjurist Anja van den Borne in een reactie op deze zaak. 'Deze gemeente lijkt zichzelf carte blanche te hebben gegeven om partijen buiten te sluiten.'

Wellicht is dat niet gedaan met kwade bedoelingen, overweegt ze, maar de gemeente heeft zichzelf hiermee wel een erg slechte dienst bewezen. 'Het is een kleine fout in de tekst, met grote consequenties. De aanbesteding moet opnieuw en de gemeente plaatst zichzelf ook nog eens in een kwaad daglicht. Want de rechter oordeelt hard. Volgens het vonnis is het verbod op willekeur

geschonden. Dat is dus wat er staat in de uitspraak: de gemeente heeft willekeurig gehandeld.'

Bouma heeft naar eigen zeggen op alle onderdelen wel degelijk marktconforme prijzen gehanteerd. Het onderhoud van sportvelden behoort tot de standaardtaken van de onderneming. De opgegeven tarieven zouden volgens de eigen berekeningen juist zijn en niet onder de kostprijzen liggen. De gemeente had adviesbureau Antea Group laten berekenen wat in dit segment marktconform is en kwam zo uit op specifieke minimum- en maximumprijzen. Inschrijvers werden geacht binnen deze bandbreedte te blijven. Bouma kwam in drie gevallen onder het minimumbedrag uit. Ten onrechte, zo geeft de kortgedingrechter Bouma gelijk, is dit gegeven vervolgens gebruikt als uitsluitingsgrond.

Opgerekkt

In plaats van aan Bouma werd de opdracht gegund aan De Enk Groen & Golf. Deze verzorgt vanuit zijn vestiging in Drachten nu ook al het sportveldonderhoud in de gemeente. Het nieuwe contract zou ingaan in het voorjaar van 2018. Door de aanbestedingsperikelen kan het gebeuren dat de nieuwe opdracht niet gegund zal zijn voor het aflopen van de huidige. In dat geval kan het contract met De Enk worden opgerekkt tot er alsnog een nieuw contract is, licht gemeentewoordvoester Yolanda ledema toe. 'Niemand hoeft daarom te vrezen dat de velden tijdelijk geen onderhoud krijgen.'

De gemeente heeft na ampel beraad alvast besloten dat ze beter niet in hoger beroep kan gaan tegen de uitspraak. Hoewel er volgens de woordvoester wel aanknopingspunten voor zijn gevon-



6 min. leestijd

den, is besloten er vanwege de onontkoombare nadelige praktische gevolgen van af te zien.

Maar zelfs ook als geen van de partijen in hoger beroep gaat en zo een nieuwe draai aan de zaak weet te geven, kan het vlot op de mogelijke contractverlenging uitdraaien, weet Van den Borne. Want met een nieuwe procedure is veel tijd gemoeid. 'Waarschijnlijk moet de gemeente sowieso een half jaar wachten voor er een nieuwe uitvraag voor hetzelfde werk mag worden gedaan. Een alternatief voor deze termijn is het veranderen van de opdracht, maar dat is ook geen gemakkelijke weg. Want de onderhoudswens blijft dezelfde.'

Met het gunningscriterium van laagste prijs kwam Bouma duidelijk als winnaar uit de bus. En dit voor een opdracht waar het bedrijf veel zin in heeft, verzekert Sandra Heukers van dit bedrijf uit het Drentse Tynaarlo. Het beoogde contract behelst het onderhoud over een periode van twee jaar van in totaal 250.000 vierkante meter aan sportvelden. Zo veel heeft de gemeente er liggen, in de verschillende kernen die allemaal worden bestuurd vanuit het gemeentehuis in Beetsterzwaag.

Discretionaire bevoegdheid

Zoals gezegd had Bouma zich volgens de gemeente niet gehouden aan de eis dat het voor elk onderdeel van de opdracht een marktconforme

'Als de aanbesteding langer duurt, wordt het huidige contract verlengd'

prijs moest berekenen. Dat was voor de lokale bestuurders reden om zich te beroepen op de zichzelf toegekende discretionaire bevoegdheid, en de groenaannemer uit het Drentse Tynaarlo te diskwalificeren.

Van de argumenten die hiervoor zijn aangevoerd, laat de rechtbank geen spaan heel. Weliswaar is bepaald dat een inschrijver reële marktconforme prijzen moet offeren, maar onduidelijk is welke stappen volgen als hierover gemeentelijke twijfels bestaan. Zo is in de aanbestedingsstukken niet aangegeven dat de genoemde minimumtarieven ook werkelijk de ondergrens vormen voor marktconformiteit. De aanbestedingsjuriste merkt naar aanleiding hiervan op, dat het voor de gemeente wellicht eerder voor de hand had gelegen om na de inschrijving bij de aannemer te informeren hoe die zijn kostprijzen had berekend. Zo had ze kunnen bepalen of deze echt abnormaal laag had ingeschreven.

Proportioneel

Vooral ernstig vindt de rechter het volledig ontbreken van objectieve criteria voor de gevolgen voor inschrijvers bij een vermeend gebrek aan marktconformiteit. De gemeente had gerust kunnen schrijven dat inschrijvers automatisch worden uitgesloten als ze zich niet houden aan de opgegeven minimumtarieven, maar heeft dit niet gedaan. Bewust, omdat ze de mogelijkheid wilde hebben om zonodig proportioneel te reageren. Bij Bouma is sprake van drie prijsopgaven die beneden het gestelde minimum liggen en dan blijkt voor de gemeente te gelden: driemaal is scheepsrecht. Maar dat staat nergens geschreven. Het enige dat in de aanbesteding staat, is dat de gemeente 'kan' overgaan tot uitsluiting als de tarieven onder of boven de gestelde minimum- en maximumprijs

'Dat staat er dus: de gemeente heeft willekeurig gehandeld'

ACTUEEL

zen liggen. Wanneer dat ook daadwerkelijk zou dienen te gebeuren, is volledig in nevelen gehuld. Hierdoor is de indruk gewekt van willekeur.

Hoewel Bouma formeel volledig gelijk heeft gekregen van de rechter, kan de vlag nog niet uit. De hoop van het bedrijf was dat het de opdracht alsnog direct zou krijgen. Dat gebeurt niet, omdat de rechter weliswaar de uitsluiting van Bouma onwettig heeft verklaard, maar ook de aanbesteding op zich heeft afgekeurd. De onduidelijkheden omtrent de vermeende marktconforme prijzen kunnen bovendien ook de overige inschrijvers parten hebben gespeeld. De opdracht alsnog aan Bouma geven zou dus een nieuwe vorm van rechtsongelijkheid scheppen.

Hoger beroep

Behalve de gemeente heeft ook Bouma de juridische mogelijkheid om binnen een maand na de kortgeding uitspraak in hoger beroep gaan. Mocht een uitspraak volgen in zo'n eventuele hoger beroepszaak, dan kan een nieuwe situatie ontstaan. Of de gemeente mag alsnog verder met De Enk, of Bouma moet de opdracht direct alsnog krijgen, of het draait er wederom op uit dat de aanbesteding overnieuw moet. Tot die nieuwe aanbesteding dan daadwerkelijk is afgerond, blijft De Enk sowieso de velden verzorgen.

Het is spijtig voor Bouma, onderstreept Van den Borne. 'Die heeft het nakijken en krijgt niet waarop het uit was, wat ook de uitslag is van de aanbesteding, in elk geval zonder de verboden uitsluitingswillekeur. Het bedrijf heeft zelf geen fout gemaakt, maar ondervindt de gevolgen van een fout die bij de gemeente is gemaakt.' Ze erkent dat dit in feite ook geldt voor de andere inschrijvers, die zich evenzeer hebben laten leiden door een aanbestedingstekst die naar nu is gebleken niet voldoet.

Maatschappelijk verantwoord

Het is ook voor haar evident dat er opdrachtgevers bestaan die de randen van de wetgeving opzoeken om de gunning te sturen. Maar de vraag om reële prijzen is volgens haar op zichzelf legitiem. De gemeente Opsterland voert aan dat ze niet wil dat door prijsduiken bedrijven elkaar kapot concurreren of proberen kosten op maatschappelijk



Anja van den Borne



Sandra Heukers

onverantwoorde manieren omlaag te krijgen. Van den Borne suggereert echter dat een aanbesteding puur op de laagste prijs daarvoor wellicht niet het ideale instrument is.

'Het is volstrekt onduidelijk wat de betekenis is van het woordje kan'

'De gemeente wil blijkbaar niet alleen de laagste prijs hebben voor helder omschreven werkzaamheden, maar ook in andere opzichten een beetje kunnen bijsturen. Maar laagste prijs is laagste prijs. Door tegelijk minimumprijzen te hanteren, is het enige dat je misschien bereikt dat de prijs hoger wordt. Als je meer wilt, kun je beter andere, kwalitatieve criteria aan de aanbesteding toevoegen en dan gunnen op de beste PKV.' 'Beste PKV' staat voor 'beste prijs-kwaliteitverhouding' en is een nieuwe naam voor een aanbestedingsvorm die al langer bekend staat als emvi (economisch meest voordelige inschrijving).

Zorgvuldig

Dat zich zo veel juridische problemen voordoen bij aanbestedingen, is geen goed teken, meent ze. 'Ik zie veel gekke dingen langskomen. Maar vaak gaat het ook om heel kleine dingen, die evengoed grote gevolgen kunnen hebben. Deze zaak zou ik onder die noemer willen scharen. Het is trouwens bijna onmogelijk een tekst te vinden waaraan helemaal niets mankeert.' Ze hoopt dat opdrachtgevers zich daarom vooral realiseren hoe belangrijk het is 'om heel zorgvuldig te zijn'.

Alleen al over kwesties als deze, op het gebied van marktconformiteit en reële prijzen, ziet ze met regelmaat gerechtelijke uitspraken passeren. 'Meestal gaan die erover dat een opdrachtgever nog een keer beter moet kijken of daadwerkelijk

sprake is van realistische marktconforme inschrijvingen. Dat de rechter in plaats daarvan oordeelt dat sprake is van onzorgvuldig handelen en dat daarom de hele aanbesteding opnieuw moet, komt veel minder vaak voor.'

Hoewel een glazen bol ontbreekt, lijkt haar de meest waarschijnlijke uitkomst van een eventueel hoger beroep gelijk aan de huidige uitspraak. 'Niet ideaal, want een nieuwe aanbesteding kost veel tijd en geld en de vraag is of de inschrijvingen er beter door zullen worden.' Maar de perfecte uitkomst zit er sowieso niet in, ook niet als Bouma de opdracht alsnog krijgt. 'Dan heb je weer het probleem van rechtsongelijkheid voor andere inschrijvers, doordat het gelijke speelveld niet heeft gefunctioneerd.'

'De goedkoopste heeft geen fout gemaakt, maar verliest toch'



Be social

Scan of ga naar:

www.Fieldmanager.nl/artikel.asp?id=17-6908