

JAAN 2018/133, Commissie van Aanbestedingsexperts, 28-02-2018, Advies 428 (annotatie)

Instantie: Commissie van Aanbestedingsexperts
Datum uitspraak: 28-02-2018
Publicatie: JAAN 2018/133 (Sdu Jurisprudentie Aanbestedingsrecht), aflevering 5, 2018
Annotator: • mr. G.L. Weerheim
Zaaknummer: Advies 428
Rechtsgebied: Aanbestedingsrecht
Rubriek: Commissie van Aanbestedingsexperts
Rechters: • mr. Jansen • mr. Fischer-Braams • mr. Chen
Partijen:
Regelgeving: • <u>Aanbestedingswet 2012 - 1.4</u> • <u>Aanbestedingswet 2012 - 2.32</u> • Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts - 1 • Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts - 2

Inhoudsindicatie

Overbruggingsovereenkomst, Enkelvoudig onderhandse gunning, Klachtenmeldpunt

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

Beklaagde heeft op 13 april 2016 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst voor diensten voor het inhuren van materieel ten

behoefte van 'grondbank activiteiten'. Bij brief van 8 december 2016 heeft beklaagde medegedeeld deze aanbestedingsprocedure in te trekken.

In de periode van 29 december 2016 tot 21 september 2017 heeft beklaagde enkelvoudig onderhands een overbruggingsovereenkomst gesloten met de zittende opdrachtnemer, X.

Beklaagde heeft op 21 september 2017 – na indiening van de klacht bij de Commissie – op basis van een meervoudig onderhandse procedure nogmaals een overbruggingsovereenkomst gesloten (niet met X of klager) voor de duur van 5 maanden, met de mogelijkheid die overeenkomst 1 maal te verlengen met een half jaar.

Klachtonderdeel 1

Klager stelt dat beklaagde in strijd met art. 1.4 lid 1 aanhef en sub a en b Aw 2012 de tijdelijke overbruggingsovereenkomst enkelvoudig onderhands met de zittende dienstverlener heeft gesloten. Deze gunning wordt door beklaagde bovendien onvoldoende gemotiveerd conform art. 1.4 lid 3 Aw 2012. Hetgeen partijen verdeeld houdt is de vraag of de motivering het enkelvoudig onderhands sluiten van de overbruggingsovereenkomst met X kan dragen.

De Commissie neemt tot uitgangspunt neemt dat de intrekking rechtmatig was. Na een rechtmatige intrekking van een Europese aanbestedingsprocedure zal de aanbestedende dienst, wanneer hij de opdracht of raamovereenkomst opnieuw in de markt wenst te zetten, een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure moeten starten. Niet gesteld of gebleken is dat er in dit geval geen sprake meer is van een aanbestedingsplichtige raamovereenkomst met een waarde boven de Europese drempelwaarde. Een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure vergt echter enige voorbereidingstijd. In de tussentijd zou er naar het oordeel van de Commissie in een geval als het onderhavige sprake kunnen zijn van dwingende spoed in de zin van art. 2.32 lid 1 aanhef en sub c Aw 2012 waarbinnen geen Europese aanbestedingsprocedure kan worden georganiseerd.

Art. 2.32 lid 1 aanhef en sub c Aw 2012 biedt een uitzonderingsgrond die strikt dient te worden uitgelegd. Beklaagde heeft in dit kader aangevoerd dat het noodzakelijk is de continuïteit van deze dienstverlening te waarborgen, omdat zij dagelijks over kranen, inclusief bediening, moet beschikken om het materiaal dat dagelijks wordt aangevoerd te kunnen verwerken. In dat kader heeft klager onvoldoende gemotiveerd

weersproken dat er sprake was van dwingende spoed.

In het onderhavige geval is de Europese aanbestedingsprocedure rechtmatig ingetrokken en doet zich vervolgens een geval voor van dwingende spoed zoals bedoeld in art. 2.32 lid 1 aanhef en sub c Aw 2012. Naar het oordeel van de Commissie leveren die omstandigheden in onderlinge samenhang bezien op basis van art. 1.4 lid 1 aanhef en sub a Aw 2012 een objectief criterium op voor de keuze voor het enkelvoudig onderhands sluiten van een tijdelijke overbruggingsraamovereenkomst. Die omstandigheden leveren bovendien – in samenhang bezien met het belang van de continuïteit van de dienstverlening in een geval als het onderhavige – op basis van art. 1.4 lid 1 aanhef en sub b Aw 2012 een objectief criterium op om deze overeenkomst met de zittende dienstverlener te sluiten.

Anders dan klager stelt, levert het gunningsresultaat van de ingetrokken Europese aanbestedingsprocedure geen objectief criterium op om voor een bepaalde inschrijver te kiezen.

Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 ongegrond.

Klachtonderdeel 2

Een tijdelijke overbruggingsovereenkomst mag niet langer duren dan nodig is om een Europese aanbestedingsprocedure voor te bereiden.

De Commissie heeft de indruk dat het in het onderhavige geval een redelijk eenvoudige raamovereenkomst betreft. In dat licht begrijpt de Commissie de blijkbaar overwogen keuze voor een contractvorm volgens de UAV-GC, die is bedoeld voor complexe overeenkomsten, niet. Maar ook bij wijziging van de gunningsmethodiek en wijziging van de contractvorm naar UAV-GC had beklagde de nieuwe Europese aanbestedingsprocedure na het verlopen van de termijn van 20 dagen na de mededeling van de intrekking van de eerdere Europese aanbestedingsprocedure op 8 december 2016 met spoed moeten voorbereiden. Indien een aanbestedende dienst een beroep op de uitzonderingsgrond van de dwingende spoed doet, zal hij immers zelf ook voortvarend moeten handelen. Niet gesteld of gebleken is dat beklagde een beroep kon doen op een andere uitzonderingsgrond om geen Europese aanbestedingsprocedure te hoeven toepassen. Naar het oordeel van de Commissie is een overbruggingsovereenkomst van bijna negen maanden op basis van de uitzonderingsgrond van art. 2.32 lid 1 aanhef en sub c Aw 2012 niet rechtmatig.

Klachtonderdeel 2 is gegrond.

Klachtonderdeel 3

Volgens klager komt beklaagde, met het uitblijven van de aangekondigde heraanbesteding, en de daarbij genoemde termijnen, haar expliciete toezeggingen jegens klager niet na.

De Commissie stelt voorop dat zij op grond van art. 1 onder c en art. 2 lid 2 onder b van haar Reglement niet bindende adviezen geeft over handelen of nalaten van aanbestedende diensten voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) valt. Dat beklaagde een – onder voorbehoud – gedane toezegging niet nakomt, levert geen strijd op met de Aanbestedingswet 2012.

Daarmee is klachtonderdeel 3 ongegrond.

Klachtonderdeel 4

De Commissie is van oordeel dat de wijze waarop een intern klachtenmeldpunt van een aanbestedende dienst omgaat met een klacht die bij dat meldpunt is ingediend tegen die aanbestedende dienst weliswaar als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst kwalificeert, maar niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.

De Commissie zal dit klachtonderdeel derhalve niet in behandeling nemen.

Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 2 gegrond, de klachtonderdelen 1 en 3 ongegrond en neemt klachtonderdeel 4 niet in behandeling.

Uitspraak

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl

Noot

Aanwijzingen voor het gebruik van overbruggingsovereenkomsten

Inleiding

Deze annotatie gaat over de vraag hoe een aanbestedende dienst moet handelen na een mislukte aanbesteding, terwijl de heraanbesteding niet direct gehouden kan worden (bijvoorbeeld omdat deze voorbereid moet worden) en het doorlopen van die nieuwe aanbestedingsprocedure in elk geval de nodige tijd kost. Mag dan enkelvoudig onderhands een overbruggingsovereenkomst worden gesloten? En dient deze overeenkomst te worden gegund aan de winnende inschrijver van de mislukte, ingetrokken aanbesteding? Voor welke periode mag zo'n overbruggingsovereenkomst worden gesloten? In het hier te bespreken Advies 428 van de CvAE wordt daarop ingegaan, waaruit enkele adequate aanwijzingen zijn te destilleren voor het gebruik van overbruggingsovereenkomsten door aanbestedende diensten.

Feitelijke gang van zaken

De aanbestedingsdocumentatie voor de opdracht voor zogenoemde 'grondbankactiviteiten' werd door de aanbestedende dienst op diverse punten voor meerdere uitleg vatbaar gevonden en bevatte tegenstrijdigheden. Derhalve besloot deze de aanbesteding in te trekken. Na de beëindiging van de Europese openbare procedure heeft de aanbestedende dienst enkelvoudig onderhands een overbruggingsovereenkomst gesloten met de zittende opdrachtnemer voor de periode van 29 december 2016 tot en met 21 september 2017. Op 21 september 2017 heeft de aanbestedende dienst op basis van een meervoudige onderhandse procedure nogmaals een overbruggingsovereenkomst gesloten met een andere partij dan klager of de zittende opdrachtnemer voor de duur van vijf maanden, met een eenmalige verlengingsmogelijkheid van een half jaar.

Tegen het onderhands gunnen van de (eerste) overbruggingsovereenkomst aan de zittende dienstverlener heeft klager geklaagd bij de CvAE. Ten eerste is klager van mening dat de aanbestedende dienst in strijd met art. 1.4 lid 1 aanhef en sub a en b Aw 2012 de tijdelijke overbruggingsovereenkomst enkelvoudig onderhands heeft

gesloten met de zittende dienstverlener. Klager meent dat enkel hij voor gunning in aanmerking zou komen, geredeneerd vanuit het gunningsresultaat van de ingetrokken procedure. In de tweede plaats vindt de klager dat de beklaagde niet tijdig de door haar aangekondigde heraanbesteding heeft gepubliceerd.

Toelaatbaarheid

Uitgangspunt is dat voor zover sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht een overbruggingsovereenkomst dient te worden aanbesteed.¹ Daarbij dient de keuze voor een aanbestedingsprocedure gemotiveerd te worden op grond van art. 1.4 lid 1 aanhef en sub a Aw 2012.² In casu is gekozen voor een enkelvoudig onderhandse procedure. Als er sprake is van dwingende spoed kan er op basis van art. 2.32 lid 1 aanhef sub c Aw 2012 een uitzondering op de aanbestedingsplicht worden gemaakt.³ Ook die keuze moet kunnen worden gemotiveerd op grond van art. 1.4 lid 1 Aw 2012. De CvAE beoordeelt in haar advies of het in dit geval toelaatbaar is om enkelvoudig onderhands een overbruggingsovereenkomst te sluiten.

In haar advies neemt de CvAE tot uitgangspunt dat de intrekking van de (mislukte) Europese openbare aanbestedingsprocedure rechtmatig was. Ik laat dit punt verder rusten. Een nieuwe aanbestedingsprocedure vergt echter voorbereidingstijd, aldus de CvAE. Volgens de CvAE kan er in de tussentijd sprake zijn van dwingende spoed in de zin van art. 2.32 lid 1 aanhef en sub c Aw 2012. De CvAE toetst of dat het geval is en betreft daarbij terecht dat op grond van vaste jurisprudentie uitzonderingen op de aanbestedingsplicht strikt moeten worden uitgelegd.⁴ Om een beroep te kunnen doen op de onderhavige uitzondering dient er sprake te zijn van dwingende spoed waardoor een reguliere procedure niet kan worden uitgevoerd. Ook dient sprake te zijn van onvoorziene gebeurtenissen, die niet aan de aanbestedende dienst te wijten zijn.⁵ De dwingende spoed dient het gevolg te zijn van die onvoorziene gebeurtenissen. De CvAE vindt in dit geval voldoende aannemelijk dat aan de voorwaarden is voldaan: 'Van dwingende spoed kan sprake zijn bij aflopende duurovereenkomsten waarbij onderbreking zou betekenen dat de publieke dienstverlening in gevaar komt.' Volgens de CvAE staat in casu voldoende vast dat de publieke dienstverlening in gevaar zou komen.

De klager voerde in de zaak verder nog aan dat de beklaagde in dit geval geen beroep mocht doen op de uitzonderingsgrond van de dwingende spoed, omdat de aanbestedende dienst zelf fouten had gemaakt als gevolg waarvan de aanbesteding moest worden ingetrokken. Volgens de CvAE gaat het echter te ver om daaruit de conclusie te trekken dat de dwingende spoed daarmee door de aanbestedende dienst kon worden voorzien of aan hem te wijten is. De CvAE trekt in haar advies wel een grens: de uitzondering mag niet worden aangewend indien de aanbestedende dienst opzettelijk fouten heeft gemaakt in de Europese aanbestedingsprocedure met het oogmerk de aanbestedingsplicht te ontwijken. In het onderhavige geval heeft de beklaagde de fouten volgens de CvAE niet opzettelijk gemaakt. Dit lijkt mij een terechte redenering.

Aldus bieden de rechtmatige intrekking en de dwingende spoed een objectief criterium, zoals bedoeld in art. 1.4 lid 1 aanhef en sub a Aw 2012. De keuze voor een enkelvoudig onderhandse overbruggingsovereenkomst acht ik daarmee (met de CvAE) voldoende gemotiveerd.

Met wie?

Klager heeft zich op het standpunt gesteld dat op de aanbestedende dienst op basis van art. 1.4 lid 1 aanhef en sub b Aw 2012 gehouden was de overbruggingsovereenkomst te sluiten met klager. Klager was immers als winnende inschrijver uit de bus gekomen in de mislukte aanbesteding. Dat levert volgens klager een objectief criterium op om voor gunning aan hem te kiezen. Volgens de CvAE levert het gunningsresultaat van een ingetrokken aanbestedingsprocedure juist geen objectief criterium op om aan een bepaalde inschrijver te gunnen. De aanbestedingsprocedure is immers juist ingetrokken omdat de aanbestedingsvoorwaarden en -stukken onduidelijkheden en tegenstrijdigheden bevatten. Deze zijn als gevolg daarvan door verschillende inschrijvers anders geïnterpreteerd.

Vanuit het oogpunt van de continuïteit is het volgens de CvAE juist voor de hand liggend om de overbruggingsovereenkomst te sluiten met de zittende dienstverlener.

Het belang van continuïteit levert volgens de CvAE wel een objectief criterium op. Deze redenering lijkt mij terecht. Bij de keuze voor een specifieke partij noemt de wetgever onder meer 'ervaring' als objectief criterium.⁶ Ik kan daar aan toevoegen: bekendheid met de opdracht en/of omstandigheden omdat deze een vervolg is op eerdere werkzaamheden en het voorkomen van inwerktijd en overgangskosten enzovoort.⁷

Duur

De overbruggingsperiode mag volgens de CvAE niet langer duren dan nodig is om een Europese aanbestedingsprocedure voor te bereiden. In dit geval concludeert de CvAE dat het een eenvoudige raamovereenkomst betreft en dat de beklaagde na de intrekking met spoed een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure had moeten voorbereiden. Daarbij dient de aanbestedende dienst voortvarend te handelen. Een overbruggingsovereenkomst met een duur van bijna negen maanden die is gebaseerd op de uitzonderingsgrond van art. 2.32 lid 1 aanhef en sub c Aw 2012 acht de CvAE niet rechtmatig. Dit, omdat het hier om een 'redelijk eenvoudige raamovereenkomst' gaat. De beklaagde heeft daarmee in strijd gehandeld met haar Europese aanbestedingsplicht, aldus de CvAE. De beklaagde heeft te traag gehandeld.

Daarbij merkt de CvAE 'ten overvloede' over de tweede overbruggingsovereenkomst nog op dat wanneer een beroep wordt gedaan op de uitzonderingsgrond van dwingende spoed, een overbruggingsovereenkomst alleen enkelvoudig onderhands gegund kan worden. Een meervoudige onderhandse gunning kan niet onder de uitzonderingsgrond worden geschoven. Indien een meervoudige onderhandse gunning mogelijk zou zijn geweest dan had volgens de CvAE een versnelde Europese aanbestedingsprocedure meer op de weg gelegen. Dit punt kan ik niet zonder meer volgen. Uit de wet volgt niet dat niet met twee (of meer) partijen – bijvoorbeeld in dit geval de winnende inschrijver en de zittende aanbieder – zou mogen worden onderhandeld in een geval van dwingende spoed.

Uit het voorgaande kunnen we concluderen dat de CvAE voor relatief eenvoudige

overeenkomsten een overbruggingsovereenkomst met een duur van negen maanden te lang vindt. De CvAE geeft geen concrete aanwijzing of stelt verder niet wat zij wel een redelijke termijn acht. De looptijd mag in elk geval niet langer zijn dan nodig is om een Europese aanbestedingsprocedure voor te bereiden. Ook weidt de CvAE niet uit over de vraag wat een redelijk eenvoudige raamovereenkomst betreft. In de praktijk zal echter naar mijn inschatting steeds aan de hand van de concrete omstandigheden getoetst kunnen worden wat een redelijke termijn is om een aanbestedingsprocedure voor te bereiden. Het is goed om te zien dat de CvAE in dit concrete geval een duidelijke grens trekt.

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

Uit dit advies valt af te leiden dat na een mislukte aanbestedingsprocedure in beginsel op grond van dwingende spoed enkelvoudig onderhands een overbruggingsovereenkomst mag worden gesloten, indien bij onderbreking van de opdracht de publieke dienstverlening in gevaar komt. In casu lag het voor de hand die overbruggingsovereenkomst te sluiten met de zittende dienstverlener. Het belang van continuïteit levert een objectief criterium op om voor die dienstverlener te kiezen. Het resultaat van de mislukte aanbesteding levert een dergelijk criterium juist niet op. In andere situaties zou dat anders kunnen liggen. Indien er na een (vooralsnog) wel gelukte aanbesteding een kort geding wordt opgestart door een afgewezen inschrijver zou een overbruggingsovereenkomst met de winnende inschrijver bijvoorbeeld wel voor de hand liggen.⁸ De CvAE overweegt ten slotte dat een overbruggingsperiode niet langer mag duren dan noodzakelijk voor het voorbereiden van de heraanbesteding. Een periode van negen maanden acht de CvAE bij een relatief eenvoudige overeenkomst in elk geval te lang. Dit lijken mij heldere en adequate aanwijzingen voor het gebruik van overbruggingsovereenkomsten.

mr. G.L. Weerheim, Advocaat bij HabrakenRutten

Voetnoten

1

Zie voor een voorbeeld uit de praktijk: Vزر. Rb. Rotterdam 30 december 2016, **ECLI:NL:RBROT:2016:10108**, r.o. 3.2.

2

Zie in dit verband ook: A.J. van Heeswijk, 'Enige beschouwingen over de keuze van de procedure en de selectie van ondernemers voor deelname aan de procedure', TBR 2014, 75.

3

Zie Gerecht 6 juli 2004, T-148/04, «JAAN» 2007, 39. Zie ook Hof Amsterdam 27 september 2016, [ECLI:NL:GHAMS:2016:3927](#), r.o. 3.4.2.

4

Zie in algemene zin HvJ EU 18 mei 1995, C-57/94 (Commissie/Italië) en met betrekking tot dwingende spoed HvJ EU 28 maart 1996, C-318/94 (Commissie/Duitsland). De strikte uitleg vloeide overigens reeds voort uit de oude richtlijnen (zie Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht, art. 2.32, aantek. C.1.3). Uit deze jurisprudentie volgt ook de aanbestedende dienst die zich op de uitzondering wil beroepen de bewijslast draagt dat aan alle voorwaarden is voldaan. Zie daarover ook: Gerecht 15 januari 2013, T-54/11 (Spanje/Commissie).

5

Zie voor voorbeelden van toepassing van deze voorwaarden: Vزر. Rb. Den Haag, 26 januari 2007, [ECLI:NL:RBSGR:2007:AZ7141](#), «JAAN» 2007, 19 en Vزر. Rb. Rotterdam, 9 maart 2015, [ECLI:NL:RBROT:2015:1679](#), «JAAN» 2015, 105 m.nt. C. Visser en S.C. Brackmann.

6

Kamerstukken II 2010-2011, 32 440, nr. 11 (Nota van Wijziging), p. 15.

7

Deze 'ervaring van de inschrijver' moet worden onderscheiden van het criterium 'goede ervaringen met een bepaalde inschrijver', hetwelk mijns inziens juist geen objectief criterium is. Zie in dit verband de annotaties P.H.L.M. Kuypers, 'Wat is de echte waarde van advocatendiensten', «JAAN» 2017, 276 en B.J.H. Blaisse-Verkooyen en J.V. Dijkman, 'Motivering enkelvoudig onderhandse gunning van een specifieke dienst', «JAAN» 2018. 52.

8

Zie in dit verband Hof Amsterdam 27 september 2016, [ECLI:NL:GHAMS:2016:3927](#), «JAAN» 2016, 226.