

Omvang van opdracht niet van doorslaggevende aard

Aannemers krijgen bij aanbestedingen steeds vaker te horen dat een aanbestedende dienst niet tot gunning van een opdracht overgaat in verband met de slechte financiële positie van de aanbesteder.

Zo is de door de gemeente Rotterdam op 7 juni jl. afgekondigde gunningstap, die duurt tot 2012, bij Bouwend Nederland bijzonder hard aangekomen. Uit een recente uitspraak van de rechtbank Den Haag (zie Rb. Den Haag, 20 mei 2010, LJN BQ531) blijkt dat ook de gemeente Lelidsechendam-Voorburg in mei 2010 door onzekere economische omstandigheden af moest zien van gunning van een opdracht. Het betrof een raamovereenkomst voor onderhoud en herstel van asfaltwerkzaamheden. Bepaald niet geamuseerd zal de winnende inschrijver tien maanden later kennis hebben genomen van het feit dat de gemeente een vooraankondiging deed van een aanbesteding van vrijwel dezelfde opdracht, maar dan in een afgeslankte vorm. De aannemer zag daarmee zijn winnende inschrijving buiten spel worden gezet en meende dat de gemeente zich aldus schuldig maakte aan "leuren".

Afgeslankte opdracht

De vraag die voortligt is of de aanbestedende dienst de afgeslankte opdracht mag heraanbesteden? Vooropgesteld dient te worden dat het de aanbestedende dienst in het algemeen vrijstaat om een aanbesteding af te breken of de opdracht

niet te gunnen. Het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel en de precontractuele goede trouw kunnen er evenwel aan in de weg staan dat na de opening van de biedingen tot heraanbesteding wordt besloten. Dit kan zich voordoen als vervolgens een werk zonder wezenlijke wijziging in de markt wordt gezet. Uit de jurisprudentie van de laatste jaren komt het beeld naar voren dat redelijk vlot wordt aangenomen dat sprake is van een wezenlijke wijziging (zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 23 juni



2009, LJN:BJ1444). Dit geldt eens te meer wanneer sprake is van wijzigingen die zijn ingegeven door (financiële) beperkingen van de opdracht (zie bijv. Rb. Amsterdam 8 december 2010, LJN:BO8420 en Rb. Den Haag 16 juni 2010, LJN:BN4842). Het aantal gevallen waarin werd aangenomen dat heraanbesteding niet toegestaan was omdat geen sprake was van een wezenlijke wijziging van het werk, is aanzienlijk beperkter (zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 10 maart 2009 LJN: BH5386), waarbij ook nog eens geldt dat de klagende inschrijver zich grote moeite moet getroosten om aan te tonen dat feitelijk dezelfde opdracht opnieuw wordt uitgevraagd.

In genoemde recente uitspraak van de rechtbank Den Haag oordeelde de Voorzieningenrechter uiteindelijk dat heraanbesteding niet was toegestaan omdat het geen wezenlijk andere opdracht betrof. De vraag is dan of deze uitspraak aangeeft dat er toch niet zo snel sprake is van een gewijzigd werk. Met de gemeente kan immers worden gesteld dat de twee werken weliswaar gelijksoortig waren maar heel anders van omvang. Het betoog van de gemeente dat dit een wezenlijke wijziging betrof is daarmee - zeker in het licht van eerdere uitspraken - niet onbegrijpelijk. Dat de rechter toch anders oordeelde vloeit mijns inziens vooral voort uit de omstandigheid dat het hier om een raamovereenkomst gaat. De kernoverweging van de rechter is immers dat zowel de eerste als de tweede aanbesteding zag op een feitelijk variabele opdracht nu deze in het kader van een raamovereenkomst werd opgedragen. De omvang van de opdracht werd aldus niet van doorslaggevende aard geacht. Daarmee waren beide opdrachten in de ogen van de rechter wel degelijk vergelijkbaar. Gelet op dit specifieke punt kan niet op voorhand gezegd worden of deze uitspraak het voor aanbesteders moeilijker maakt om tot heraanbesteding over te gaan en of deze uitspraak daarmee een trendbreuk met eerdere uitspraken zou inhouden.

Mr. Joost Haest
Severijn Hulshof advocaten
Rotterdam