nysingh
advocaten en notarissen

Memo - Intern/vertrouwelijk/niet openbaar

Van : [redacted]
Aan : Gemeente Borne
t.a.v. [redacted]
Kopie : [redacted]
Datum : 22 februari 2023 (definitieve versie)
Betreft : *Afsluiting TO/Bestek+UO, afzien Realisatie Projectdelen 2a/2b 't Wooldrik*
Referentie : 245722/WB

Inleiding en vraagstelling

1.1 De gemeente Borne (hierna te noemen: "***de Gemeente***") heeft Nysingh verzocht haar te adviseren over – de gevolgen van – haar voornemen om de samenwerking met haar contractpartner [redacted] (hierna te noemen: [redacted] te beëindigen, voor zover het gaat om de (verrichte) ontwerpwerkzaamheden van [redacted] en de (beoogde) uitvoeringswerkzaamheden voor de projectdelen 2a en 2b, te weten: (vervangende) nieuwbouw van het sporthallencomplex respectievelijk de nieuwbouw voor een basisschool en een kinderopvangorganisatie, e.e.a. gelegen op het sportpark 't Wooldrik te Borne (hierna te noemen: "***Projectdelen 2a/2b***"). Het ontwerp en de uitvoering van Projectdeel 1, te weten: renovatie en verduurzaming van een zwembadgebouw en een sporthal heeft de Gemeente reeds opgedragen en zijn inmiddels grotendeels voltooid.[1]

1.2 Voorts heeft de Gemeente aan Nysingh verzocht te adviseren over – de inhoud en de wijze van – communicatie door de Gemeente met [redacted] in aanloop naar en na afloop van de beëindiging van de samenwerking met [redacted]

1.3 [redacted] Daarnaast verdient aandacht dat dit memo niet handelt over eventuele aanbestedingsrechtelijke aspecten in geval van c.q. nadat de Gemeente de samenwerking met [redacted] ten aanzien van Projectdelen 2a/2b heeft beëindigd. Desgewenst kan Nysingh daarover nog adviseren.

---

[1] Het gedeelte dat onder Projectdeel 1 nog niet is afgerond ziet onder andere op de aanpak van de (vanwege brandveiligheid kritische) scheidingsmuur tussen Projectdeel 1 en Projectdeel 2a. Er is kennelijk discussie tussen partijen of deze nog uitgevoerd moet worden onder Projectdeel 1 of dient te worden meegenomen in Projectdeel 2a. Dit geschilpunt blijft in dit memo buiten beschouwing. Dat ook op andere bouwkundige en installatietechnische onderwerpen nog raakvlakken, interferenties zowel in ontwerp als uitvoering bestaan tussen Projectdelen 1 en 2a/2b, waarbij discussie gevoerd wordt of deze op integrale wijze beproefd zouden moeten worden (wens Gemeente) of gescheiden zouden moeten worden benaderd (wens [redacted] komt hierna wel aan de orde.

1.4 In het navolgende zullen in de eerste plaats de relevante feiten en omstandigheden worden weergegeven[2], vervolgens zal de beoordeling daarvan in het licht van de vraagstelling van de Gemeente worden uiteengezet, en afsluitend worden conclusies getrokken en aanbevelingen gedaan voor het vervolg.

Relevante feiten en omstandigheden

2.1 Op 20 december 2019 hebben de Gemeente en [redacted] de Overeenkomst Algemeen Deel gesloten voor het ontwerp, de bouw en optioneel het onderhoud en energie-exploitatie in verband met het gehele Project (hierna te noemen: "de ***Overeenkomst Algemeen Deel***"). Op basis van en tegelijkertijd met de Overeenkomst Algemeen Deel hebben partijen, voor zover nu relevant, tevens Addenda 1b en 1c Ontwerpfase Projectdeel 2a en Projectdeel 2b gesloten (hierna te noemen: "de ***Addenda Ontwerpfase Projectdelen 2a/2b***").

2.2 Volgens de Overeenkomst Algemeen Deel geldt binnen Projectdelen 2a en 2b (evenals bij Projectdeel 1) de volgende fasering:

- Fase 1: Ontwerpfase
- Fase 1A Ontwerpvoorbereiding
- Fase 1B Geaccepteerd Voorlopig Ontwerp
- Fase 1C Geaccepteerd Definitief Ontwerp, incl. Omgevingsvergunning
- Fase 1D Geaccepteerd Technisch Ontwerp en Bestek
- Fase 2 Realisatie (Uitvoering en oplevering)
- Fase 3 (optioneel) Onderhoud en de energie-exploitatie (max. 25 jaar)

2.3 De Gemeente geeft steeds per fase op basis van een "go/no beslissing" opdracht aan [redacted] In de Addenda Ontwerpfase Projectdelen 2a/2b (art. 12.5) is telkens een taakstellend bouwkostenbudget vermeld, dat volgens art. 12.4 van de Addenda Ontwerpfase Projectdelen 2a/2b uitgangspunt zal zijn bij het nemen van de "go/no go beslissing" door de Gemeente ten aanzien van het opdragen van de verschillende fasen.[3]

2.4 Volgens de Addenda Ontwerpfase Projectdelen 2a/2b (art. 7.5) heeft de Gemeente het recht om te allen tijde deze Addenda in geval van een "no-go besluit" te beëindigen. In art. 7.5 van de Addenda Ontwerpfase Projectdelen 2a/2b is met zoveel woorden bepaald dat een "go/no go beslissing" in ieder geval afhangt van het al dan niet geven van goedkeuring door de Gemeente aan het Technisch Ontwerp en Bestek, maar ook dat de Gemeente in haar afweging betreffende de "go/no go beslissing" tevens bevindingen uit "*de (parallel) lopende politieke besluitvormingsprocessen*" zal betrekken.

2.5 Volgens de Addenda Ontwerpfase Projectdelen 2a/2b (art. 13.1) kan daarnaast ieder der partijen deze Addenda beëindigen, bijvoorbeeld:

[2] Op basis van de namens de Gemeente verstrekte informatie en stukken..
[3] De taakstellende budgetten waren € 14.100.000 resp. € 3.900.000; samen € 18.000.000 excl. BTW.

- (sub a) indien geen overeenstemming wordt bereikt (of kan worden bereikt) over de aanneemsom en/of de overige inhoud van Addenda 2b en 2c Realisatie (d.i. een aannemingsovereenkomst); of

- (sub e) indien tijdens de ontwerpfasen "*informatie en/of bezwaren*" (waaronder "*eventuele beperkingen uit politieke besluitvormingsprocessen*") bekend worden die het voor één der partijen "*niet verantwoord maakt/maken*" Addenda 2b en 2c Realisatie (d.i. een aannemingsovereenkomst) aan te gaan.

2.6 [redacted] heeft voor Projectdelen 2a/2b (uiteindelijk) het Definitief Ontwerp vervaardigd, alsmede de aanvraag voor de omgevingsvergunning gedaan.[4]

2.7 In afwijking van de Addenda Ontwerpfase Projectdelen 2a/2b heeft de Gemeente niet een "go beslissing" genomen voor de volgende ontwerpfase, maar op 15 juli 2022 een opdracht tot het vervaardigen van het Technisch Ontwerp en Bestek verleend, aangevuld met het Uitvoeringsgereed Ontwerp (hierna te noemen: "de ***Opdracht TO/Bestek en UO***").

2.8 Uit de considerans van de Opdracht TO/Bestek en UO blijkt dat partijen hebben vastgesteld dat de Realisatie van Projectdelen 2a/2b niet meer mogelijk is binnen de in de Addenda Ontwerpfase Projectdelen 2a/2b vermelde taakstellende bouwkostenbudgetten. Voorts blijkt uit de considerans van de Opdracht TO/Bestek en UO dat partijen eventuele verdere prijsstijgingen[5] in verband met de (sancties vanwege) oorlog in Oekraïne gedurende de Opdracht TO/Bestek en UO in beginsel voor rekening van de Gemeente komen.

2.9 Op grond van art. 1.5 van de Opdracht TO/Bestek en UO heeft de Gemeente uitsluitend opdracht gegeven aan [redacted] voor het vervaardigen van het Technisch Ontwerp en het Bestek, aangevuld met het Uitvoeringsgereed Ontwerp. Tevens bepaalt art. 1.5 van de Opdracht TO/Bestek en UO dat [redacted] niet het recht heeft op een opdracht tot Realisatie van Projectdelen 2a/2b en dat [redacted] niet verplicht is een dergelijke opdracht te aanvaarden zolang er geen overeenstemming over de aanneemsom is bereikt, met dien verstande dat partijen wel met elkaar in onderhandeling treden over de inhoud van Addenda 2b en 2c Realisatie (d.i. een aannemingsovereenkomst). Deze laatste verplichting van partijen volgde al uit art. 12.3 van de Addenda Ontwerpfase Projectdelen 2a/2b, maar is gepreciseerd in art. 2.4 van de Opdracht TO/Bestek en UO door de bepaling dat partijen weliswaar over de inhoud van een concept-aannemingsovereenkomst overeenstemming proberen te bereiken, maar dan (nog) zonder de aanneemsom.

---

[4] Bij brief van 19 maart 2021 heeft de Gemeente op basis van projectinhoudelijke toetsing aan [redacted] meegedeeld om de opdracht voor de DO-fase van Projectdelen 2a en 2b niet op te dragen en de samenwerking te beëindigen. Vervolgens hebben diverse gesprekken en herstel-/voorbereidingshandelingen aan de zijde van [redacted] plaatsgevonden teneinde alsnog aan alle verplichtingen te voldoen. Uiteindelijk hebben de gesprekken er toe geleid dat de Gemeente de DO-fase van Projectdelen 2a en 2b toch aan [redacted] heeft opgedragen.

[5] T.o.v. de bij de Opdracht TO/Bestek en UO gevoegde raming met prijspeil februari 2022.

2.10 In aansluiting op, maar wel in afwijking van, art. 12.4 en art. 12.5 van de Addenda Ontwerpfase Projectdelen 2a/2b bepalen art. 2.1 en art. 7.1 van de Opdracht TO/Bestek en UO dat de toetsing van het TO en Bestek door de Gemeente weliswaar plaatsvindt op basis van de zg. GROTIK-elementen[6], echter zonder het G(eld)-element. Dat het TO en Bestek niet uitvoerbaar zullen zijn binnen de eerder overeengekomen taakstellende bouwkostenbudgetten van de Gemeente zal geen reden tot afkeuring van het TO en Bestek mogen zijn, aldus art. 2.1 en art. 7.1 van de Opdracht TO/Bestek en UO. Ofschoon in voornoemd art. 7.1 een aantal eisen aan het TO en Bestek is opgesomd, blijven de in art. 1.3 van de Opdracht TO/Bestek en UO genoemde contractdocumenten en de overige GROTIK-elementen (behalve het element Geld) de toetsingsmaatstaven.

2.11 Overigens bepaalt art. 2.2 van de Opdracht TO/Bestek en UO dat de daarbij gevoegde raming (met prijspeil februari 2022) slechts als uitgangspunt voor het TO en Bestek wordt beschouwd, maar niet heeft te gelden als "*definitieve begroting*" voor Projectdelen 2a/2b.[7] Daaruit kan worden afgeleid dat partijen een overschrijding van bedoelde raming op haar beurt niet als reden zullen beschouwen voor afkeuring van het TO en Bestek.

2.12 Omdat partijen in art. 5.3 van de Opdracht TO/Bestek en UO nieuwe uiterste opleverdata voor Projectdelen 2a en 2b waren overeengekomen, hebben zij in art. 5.4 sub (vi) en art. 5.6 bepaald dat [redacted] direct na gereedkomen van het TO (dus vóór goedkeuring) materialen mag inkopen en onderaannemers/leveranciers mag contracteren, onder de voorwaarde dat als de Gemeente besluit Projectdelen 2a/2b niet te realiseren ("no go"), de Gemeente de schade aan [redacted] zal vergoeden bestaande uit afkoopsommen wegens beëindiging van de voorinkoop.[8] Onbekend is of [redacted] hiervan gebruik heeft gemaakt.

2.13 Art. 6.3 van de Opdracht TO/Bestek en UO bepaalt dat [redacted] jegens de Gemeente niet verantwoordelijk is voor het (tijdig) verleend krijgen van de benodigde omgevingsvergunning en, indien verleend, (tijdig) onherroepelijk worden van deze omgevingsvergunning (tenzij sprake is van een gebrek in de vergunningaanvraag die [redacted] kan worden toegerekend).[9]

2.14 Art. 8 van de Opdracht TO/Bestek en UO bepaalt dat ieder der partijen de Opdracht TO/Bestek en UO tussentijds kan beëindigen in de gevallen als opgesomd in art. 13.1 van de Addenda Ontwerpfase Projectdelen 2a/2b.

2.15 Op 26 september 2022 heeft [redacted] gemeld dat het TO(/Bestek) is gereedgekomen. Uit de toetsing die daarna door de Gemeente is uitgevoerd bleek echter dat het TO/Bestek nog niet aan het door Gemeente gestelde kwaliteitsniveau voldeed en nog de nodige onduidelijkheden bevatte. Partijen hebben daarom afgesproken dat [redacted] de rest van het jaar 2022 gebruikt voor het afronden van het TO/Bestek.

---

[6] Zie ook art. 1.1 van de Raamovereenkomst.

[7] Verder is daar bepaald dat deze raming de taakstellende budgetten overschrijdt; deze raming sloot op € 17.220.208 (Projectdeel 2a) resp. € 5.224673 (Projectdeel 2b); samen € 22.444.881 excl. BTW.

[8] Tot in beginsel maximaal € 650.000 excl. BTW.

[9] Dit in afwijking van (eerder overeengekomen) art. 6.1 Addenda Ontwerpfase Projectdelen 2a/2b.

2.16 Verder hebben partijen afgesproken dat [redacted] op 1 november 2022 een "*financiële tussenstand*" (voorlopige raming) zou geven ten aanzien van haar prijsaanbieding voor de bouwkosten van Projectdelen 2a/2b.[10] Partijen hebben een overigens gewijzigde marsroute vastgesteld, aldus:

- 1 november 2022 Financiële 'tussenstand' [redacted]
- 23 december 2022 Technisch Ontwerp en Bestek gereed
- 20 januari 2023 Afgifte definitieve prijsaanbieding [redacted]
- 3 februari 2023 Realisatieovereenkomst Projectdelen 2a/2b getekend
- 1 juni 2024 Oplevering Projectdeel 2b (was december 2023)
- 5 juli 2024 Oplevering Projectdeel 2a (was mei 2024)

2.17 [redacted] heeft op 1 november 2022 die "*financiële tussenstand*" verstrekt aan de Gemeente, te weten een bedrag aan bouwkosten van ongeveer € 30,5 miljoen incl. BTW.[11] Op dat moment hebben partijen (mondeling) afgesproken om optimalisaties in het TO door te voeren, teneinde de geraamde bouwkosten te doen dalen.[12] Daarbij is zijdens de Gemeente (mondeling) meegedeeld aan [redacted] dat de "*financiële tussenstand*" betekent dat het college burgemeester en wethouders van de Gemeente aan de gemeenteraad extra budget zal moeten vragen voor Projectdelen 2a/2b. Op 8 november 2022 heeft gemeenteraad de begroting voor 2023 vastgesteld en daarin wat betreft de totale investeringskosten[13] voor Projectdelen 2a/2b gerekend met € 33.885.000 incl. BTW. Zodoende heeft de gemeenteraad aanvullend budget (krediet) beschikbaar gesteld voor de investeringskosten van Projectdelen 2a/2b. Dit is het mandaat voor het college van B en W.

2.18 Daarna hebben partijen (mondeling) afgesproken om 'extra wensen' van de beoogd gebruikers van Projectdelen 2a/2b door te voeren (t.o.v. het programma van eisen).[14] De behoefte aan deze 'extra wensen' was reeds vóór 1 november 2022 bij zowel de Gemeente als [redacted] bekend, maar de financiële impact was niet bekend omdat [redacted] deze wensen nog niet in haar prijscalculatie van 1 november 2022 had meegenomen. [redacted] was namelijk op dat moment nog niet bereid of in staat om een offerteprijs af te geven ten aanzien van deze wensen.

2.19 Sindsdien hebben partijen reeds gewerkt aan een concept-aannemingsovereenkomst voor Realisatie Projectdelen 2a/2b. Hierover zijn diverse besprekingen tussen de Gemeente en [redacted] gevoerd over de juridische inhoud van een dergelijke overeenkomst (derhalve geen overleg over de prijs). Deze werkzaamheden zijn reeds voorzien in art. 2.4 van de Opdracht TO/Bestek en UO, waarin is bepaald dat partijen zich inspannen om op het moment dat het TO en Bestek gereed zijn overeenstemming te hebben bereikt over de inhoud van een concept-aannemingsovereenkomst, uitgezonderd de aanneemsom.

---

[10] Afwijkend van art. 12.1 Addenda Ontwerpfase Projectdelen 2a/2b; daarin is bepaald dat [redacted] pas ná goedkeuring TO en Bestek een prijsaanbieding mag doen voor Realisatie Projectdelen 2a/2b.
[11] Deze raming bedroeg volgens [redacted] € 26.347.449 excl. BTW, steeds excl. bijkomende kosten.
[12] Optimalisaties in het TO zoals bijv. vereenvoudigen fundatie, betonvloeren en vloerafwerkingen, een kleinere lift en optimalisatie van akoestische materialen.
[13] T.w. bouwkosten en bijkomende kosten (zoals inrichting, toezicht, leges, energieaansluiting, enz.).
[14] Zoals klimaatvriendelijk schoolplein, extra verduurzaming, PV-panelen, extra WCD, aansluitingen scorebord, voorzieningen digiborden, extra ventilatievoorzieningen en ondergrondse afvalinzameling.

2.20 Op 23 december 2022 is door [redacted] het definitieve TO en Bestek gereed gemeld.[15]

2.21 Op 20 januari 2023 heeft [redacted] de definitieve prijsaanbieding aan de Gemeente verstrekt. Volgens die aanbieding bedragen de prijs van Realisatie van Projectdelen 2a en 2b ongeveer € 26.677.579 excl. BTW, maar bedraagt de "*totale bouwsom*" € 28.863.000 excl. BTW. Volgens [redacted] is de oorzaak van het verschil tussen de prijsaanbieding en de voornoemde "*totale bouwsom*" gelegen in (1) "*wensen in verduurzaming, verduidelijking in afwerking en details, functionaliteit, etc.*"[16] en (2) "*de brandweer voorwaarden gesteld aan het verlenen van de omgevingsvergunning*"[17]. Deze prijsaanbieding resp. "*totale bouwsom*" betreffen dus de bouwkosten ná het doorvoeren van de afgesproken optimalisaties, en ook zonder bijkomende kosten. Inclusief bijkomende kosten en inclusief BTW bedragen de totale (investerings)kosten voor Projectdelen 2a/2b volgens de Gemeente ongeveer € 35.877.000.

2.22 Daarna zijn het TO en Bestek en de definitieve prijsaanbieding door de Gemeente getoetst. De bevindingen van deze toets zijn tot op heden nog niet in detail met [redacted] gedeeld en besproken, maar in algemene zin heeft de Gemeente in een bespreking eind januari 2023 aan [redacted] meegedeeld dat naar aanleiding van de toets dusdanig veel vragen en risico's zijn opgekomen dat geplande ondertekening van de realisatieovereenkomst op 3 februari 2023 vanuit de Gemeente bezien een onverantwoorde beslissing zou zijn.

2.23 Daarbij heeft de Gemeente eind januari 2023 aan [redacted] medegedeeld dat:

1) de "*aangeboden aanneemsom*" substantieel hoger ligt dan het bedrag waarvoor het college van B en W door de gemeenteraad is gemandateerd.
2) er ernstige twijfels aan de zijde van de Gemeente zijn over de marktconformiteit van de onderliggende begrotingen van [redacted] (in vergelijking met normbedragen zijn extreem hoge kosten opgevoerd).
3) de begrotingen van [redacted] onvoldoende inzicht geven in de onderliggende offertes/eenheidsprijzen en roepen veel vragen op (enkele posten zijn vooralsnog onverklaarbaar en/of lijken zelfs overbodig).
4) daar waar [redacted] onderliggende offertes wel heeft bijgevoegd wordt soms een onverklaarbare delta gezien tussen begroting en onderliggende offertes.
5) er hiaten lijken te zijn tussen Bestek en TO en begroting met betrekking tot integraliteit.
6) [redacted] vrij forse opslagen heeft gehanteerd om de prijsvastheid te kunnen garanderen, terwijl onduidelijk is in hoeverre [redacted] gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid (als geboden in artt. 5.4 en 5.6 van de Opdracht TO/Bestek en UO) om tot voorinkoop over te gaan om prijsrisico's af te dekken.
7) er diverse exoneraties met betrekking tot prijsvastheid opgenomen zijn (bijv. verrekening op basis van CAO-lonen).
8) er nog grote risico's bestaan die de Gemeente zou moeten dragen, die maken dat (ondanks prijsvastheid) de aanneemsom uiteindelijk vele malen hoger kan uitvallen

[15] Met het opstellen van het UO is reeds begonnen door [redacted] maar het is nog niet gereed.
[16] Volgens [redacted] bedragen deze ca. € 1.504.826 excl. BTW.
[17] Volgens [redacted] bedragen deze ca. € 681.436 excl. BTW.

(voorbeelden zijn: gevolgen van asbest, brandveiligheidstechnische uitwerking, integratierisico's en nog uit te voeren werkzaamheden Projectdeel 1).

Beoordeling

3.1. [redacted]

3.2. [redacted]

3.3. [redacted]

3.3.1. [redacted]

3.3.2. [redacted]

[redacted]

[redacted]

3.4. [redacted]

3.5. [redacted]

[redacted]

[redacted]

3.5.3. [redacted]

3.5.4. [redacted]

3.5.5. [redacted]

[redacted]

3.6. [redacted]

3.6.1. [redacted]

[redacted]

(1) [redacted]

(2) [redacted]

Ad (2)

[redacted]

[redacted]

3.6.2. [redacted]

[redacted]

3.6.3. [redacted]

- [redacted]
- [redacted]
- [redacted]
- [redacted]
- [redacted]

[redacted]

[redacted]

3.7. [redacted]

[redacted]

3.7.1. [redacted]

3.7.2. [redacted]

[redacted]

3.7.3. [redacted]

[redacted]

[redacted]

3.8. [redacted]

3.9. [redacted]

3.10. [redacted]

3.11. [redacted]

Conclusies

4.1 [redacted]

[redacted]

[redacted]

4.2 [redacted]

[redacted]

Aanbevelingen

5.1 [redacted]

5.2 [redacted]

5.3 [redacted]

5.4 [redacted]