

Advies inzake onderhoud parkeermeters

Feiten

Hilversum heeft twee type parkeerautomaten van twee leveranciers. Deze automaten kunnen nog een behoorlijk aantal jaren mee. De huidige betaalwijze strookt echter niet met het beleid van de banken. Per 1 januari 2020 kan bij de parkeerautomaten alleen nog contactloos betaald worden met een pinpas. Om dit mogelijk te maken moeten de huidige parkeermeters omgebouwd worden. Dit kan en mag alleen door de huidige leveranciers (daar is bewijs van).

Het huidig aantal parkeermeters is in de loop der jaren zo gegroeid en nooit aanbesteed. Het ombouwen kost ruim € 300.000. Het vervangen van de parkeermeters en het opnieuw aanbesteden van nieuwe parkeermeters kost ongeveer € 2 miljoen. Het ombouwen aan de huidige leverancier gunnen, zonder aanbestedingsprocedure is onrechtmatig op grond van de Aanbestedingswet.

Vraag

Wat is het risico dat een andere ondernemer claimt dat we hadden moeten aanbesteden en wat is het gevolg (omvang) daarvan?

Antwoord

Er zijn twee manieren om de opdracht te verlenen:

1. De opdracht 1 op 1 gunnen aan de huidige leverancier zonder enige vorm van aanbesteden.
2. De opdracht via de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging gunnen aan de huidige leverancier.

Ad 1

Het 1 op 1 gunnen zonder enige vorm van aanbesteden brengt risico's met zich mee. Op grond van artikel 4.15, eerste lid onder a Aanbestedingswet 2012 kan een ondernemer vernietiging van de overeenkomst aan de rechter vragen, wanneer een aanbestedende dienst in strijd met de wet de overeenkomst heeft gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van de aankondiging van de opdracht. De ondernemer kan deze vordering instellen tot zes maanden na de dag dat de overeenkomst is gesloten.

De rechter kan de overeenkomst vernietigen (dit kan overigens niet in kort geding, maar moet in een bodemprocedure). Argument zou kunnen zijn dat in plaats van het ombouwen van de apparatuur gekozen had kunnen worden voor een geheel nieuwe aanbesteding, waarbij de huidige apparatuur vervangen wordt. Echter, de rechter toetst marginaal en zal zich waarschijnlijk niet bemoeien met de keuzes die de gemeente maakt. Bovendien is het naar mijn mening een disproportionele investering (kapitaalvernietiging en een verschil van 1,7 miljoen).

Naast vernietiging kan een ondernemer een vordering tot schadevergoeding instellen. Indien hij naar de rechter stapt als de overeenkomst al is uitgevoerd (maar binnen die zes maanden), dan is schadevergoeding de enige mogelijke vordering). De schadevergoeding kan worden gevorderd voor de gemaakte onkosten en/of de gederfde winst. In het laatste geval moet de betrokken ondernemer aantonen dat de opdracht aan hem zou zijn gegund als de opdracht conform de geldende voorschriften zou zijn aanbesteed. Dit is vrij lastig aan te tonen, bovendien is er maar één leverancier die dit ombouwen op deze apparatuur kan.

Ad 2

In plaats van 1 op 1 gunnen zonder enige vorm van aanbesteden zou ook gekozen kunnen worden voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Dit is een aanbestedingsprocedure op grond van de Aanbestedingswet 2012.

Op grond van artikel 2.32 lid 1 onder b sub 2° Aanbestedingswet 2012 kan een aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging toepassen indien de overheidsopdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht omdat mededinging om technische redenen ontbreekt.

Op grond van jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie moet deze bepaling strikt worden uitgelegd en moet de aanbestedende dienst bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die afwijking rechtvaardigen daadwerkelijk bestaan.

Op grond van artikel 2.33 onder b sub 1° Aanbestedingswet 2012 kan een aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging toepassen voor door de oorspronkelijke leverancier verrichte aanvullende leveringen die bestemd zijn voor gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties. Deze uitzondering is misschien wat minder geschikt dan die uit artikel 2.32, omdat de initiële levering niet Europees is aanbesteed.

Bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging moet wel achteraf een aankondiging van de gegunde opdracht bekend worden gemaakt.

Ook hier bestaat het risico dat een ondernemer naar de rechter stapt als hij van mening is dat de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking niet gesloten had mogen worden. In dat geval kan de betreffende ondernemer de vordering echter nog maar instellen tot 30 dagen na de dag waarop de aanbestedende dienst de gunning van de opdracht heeft aangekondigd. Ook hier kan vernietiging en/of schadevergoeding worden gevraagd. Als echter aan de voorwaarden van de onderhandelingsprocedure wordt voldaan, is het risico dat de rechter de vordering toewijst kleiner dan bij het 1 op 1 gunnen zonder enige aanbestedingsprocedure.

Bij twijfel of er echt sprake is van één leverancier die de opdracht kan uitvoeren en of de onderhandelingsprocedure dan wel kan worden toegepast kan ook worden gekozen om een voorafgaande bekendmaking van de voorgenomen gunning te doen. Dit kan op grond van artikel 4.16, eerste lid Aanbestedingswet 2012. Er moet dan een termijn van 20 dagen in acht worden genomen voordat de overeenkomst wordt gesloten. Ondernemers kunnen binnen die 20 dagen bezwaar maken tegen de voorgenomen gunning. Wordt er geen bezwaar gemaakt, dan kan de overeenkomst niet meer worden vernietigd. Althans dat staat in de Aanbestedingswet. Er is echter wel nieuwe jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie op grond waarvan een ondernemer alsnog naar de rechter zou kunnen, waarbij de rechter dan moet onderzoeken of de aanbestedende dienst op zorgvuldige wijze tot de beslissing heeft kunnen komen. Er is nog geen jurisprudentie van Nederlandse rechters bekend op dit punt. De rechter toetst marginaal, dus het wordt een lastige toets. Bovendien als er maar een leverancier is die het ombouwen kan, dan zal het beroep van een andere ondernemer heel moeilijk worden.

Conclusie

De opdracht kan of 1 op 1 gegund worden aan de huidige leverancier zonder voorafgaande aankondiging en zonder bekendmaking van de gegunde opdracht. Risico is dat een andere ondernemer naar de rechter gaat. De kans hierop lijkt niet groot, als echt alleen de huidige leverancier de aanpassing kan uitvoeren. De vordering van een andere ondernemer kan worden ingesteld tot zes maanden na de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten.

De opdracht kan ook worden gegund via de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking en dan zou ik kiezen voor artikel 2.32 lid 1 onder b sub 2°. Dit is een procedure uit de Aanbestedingswet 2012 zodat de gunning dan niet onrechtmatig zal zijn, mits wordt voldaan aan de voorwaarden voor deze procedure. Bewezen moet worden dat alleen de huidige leverancier de opdracht op deze apparatuur kan uitvoeren en dat dus de opdracht om technische redenen alleen door deze leverancier kan worden uitgevoerd. Dat kan, naar ik begreep, met een certificaat worden aangetoond. De opdracht moet wel achteraf worden gepubliceerd. Een andere ondernemer kan dan binnen 30 dagen alsnog naar de rechter. Het is, naar mijn mening, niet nodig om voorafgaande publicatie toe te passen. Dit levert een tijdwinst op van 10 dagen (immers er moet 20 dagen gewacht worden voor de overeenkomst gesloten kan worden en de beroepstermijn in het normale geval is 30 dagen). Bovendien is de zekerheid die daarmee gecreëerd wordt minder geworden sinds de uitspraak van het Europese Hof van Justitie. En het is de vraag wat we moeten doen als er ondernemers zijn die bezwaar maken.

Caroline van der Werff
Concern Inkoop
2 juli 2018