

Advies inzake verlenging overeenkomst RNH en de recreatieschappen in het kader van het aanbestedingsrecht.

*Aanvulling januari 2020; Aan de hand van het hieronder staande stellen wij dat de mogelijkheid tot verlenging in de initiële raamovereenkomst dient te zijn opgenomen. Omdat in deze situatie hiervan sprake is, vergezeld met het feit dat er (zoals wij hebben aangenomen in ons eerder advies) geen wijzigingen hebben plaatsgevonden in de situatie zoals die is overeen gekomen in de initiële overeenkomst, is het mogelijk om de raamovereenkomst stilzwijgend met een jaar te verlengen.*

*Concluderend stellen wij dat, ervan uitgaande dat de feiten en omstandigheden zo zijn zoals hieronder gesteld, de verlenging van een jaar van de overeenkomst er niet toe zal leiden dat een externe partij een beroep instelt tegen het niet aanbesteden.*

Op 18 december 2013 zijn de raamovereenkomsten gesloten tussen de Recreatieschappen en Recreatie Noord-Holland (hierna: "RNH") In de raamovereenkomsten is de duur van vijf jaar opgenomen, te weten van 1 januari 2014 tot 1 januari 2019. Hierbij is opgenomen in artikel 13 van de raamovereenkomsten dat dit met de duur van vijf jaar kan worden verlengd.

Zoals aangegeven door RNH is de overeenkomst in 2017 met de duur van twee jaar verlengd. Hierbij is afgeweken van de in de raamovereenkomst gestelde verlengingstermijn. Dit is mogelijk maar dan dient er tussen partijen een gewijzigde overeenkomst te zijn overeengekomen. Wij gaan ervan uit, gelet op de contractrelatie, dat dit toentertijd tussen partijen is besproken en is vastgelegd in een gewijzigde overeenkomst. Ervan uitgaande dat er geen wijzigingen hebben plaats gevonden in de situatie zoals die is overeengekomen in 2017 zijn wij van mening dat de contracten met een jaar kunnen worden verlengd in afwachting van het besluit eind 2020.

Nu wij van mening zijn dat de overeenkomst kan worden verlengd met de duur van een jaar komen wij toe aan de vraag of een externe partij een beroep kan instellen in verband met het niet aanbesteden.

Allereerst is het van belang om onderscheid te maken tussen "uitgezonderde opdrachten" en "aanbesteding".

Alvorens men bij de toets van het wel of niet aanbesteden komt wordt beoordeeld of sprake is van een uitgezonderde opdracht waardoor hetgeen niet onderhevig is aan de Aanbestedingswet.

In de opgemaakte raamovereenkomst wordt verwezen naar artikel 2.24 Aanbestedingswet en wordt vermeld dat gelet op de contractrelatie tussen RNH en de Provincie de Aanbestedingswet is uitgezonderd. Hier wordt gesproken over een zogenaamde uitgezonderde opdracht.

Ervan uitgaande dat dit besluit toentertijd is geformaliseerd en op de juiste gronden is genomen kunnen wij ervan uitgaan dat bij een verlenging van de overeenkomst dezelfde grond aanwezig is en sprake is van een uitgezonderde opdracht. Naar onze mening ligt het voor de hand dat toentertijd de betreffende grond gelegen was in artikel 2.24 lid a Aanbestedingswet. Hierin wordt een dienst gegund aan een partij op basis van zogenaamd alleenrecht.

Nu een beroep op artikel 2.24 Aanbestedingswet succesvol is en ervan uitgaande dat in de contractrelatie tussen partijen geen wijzigingen hebben plaats gevonden kan worden geconcludeerd dat bij een verlenging van de overeenkomst de Aanbestedingswet niet van toepassing is.

Hierdoor komt men niet toe aan de toets of de opdracht moet worden aanbesteed. Nu door het geslaagde beroep op artikel 2.24 Aanbestedingswet, de laatst genoemde wet niet van toepassing is verklaard, is daarmee ook het antwoord of sprake is van aanbesteding niet aan de orde. Een externe partij heeft zeggenschap bij een uitgezonderde opdracht geen grondslag voor een beroep op aanbesteding.

Indien het beroep op artikel 2.24 Aanbestedingswet niet succesvol blijkt dient te worden gekeken of de opdracht moet worden aanbesteed.

Uitgangspunt bij het vraagstuk rondom aanbesteden is dat indien een dienst zelf kan worden uitgevoerd dit niet hoeft te worden aanbesteed. RNH betreft een uitvoeringsorgaan van de Provincie Noord Holland (hierna: de Provincie) in de vorm van een N.V. en een 100% dochter.

In overweging 5 van Richtlijn 2014/24/EU staat het volgende:

“Er zij op gewezen dat geen enkele bepaling in deze richtlijn de lidstaten verplicht de dienstverlening waarvoor zij zelf zorg wensen te dragen of die zij willen organiseren met andere middelen dan overheidsopdrachten in de zin van deze richtlijn, uit te besteden of te outsourcen.”

Het bovengenoemde betreft het zogenaamde inbesteden. Nu in de Europese richtlijn wordt vermeld dat indien kan worden inbesteed er geen aanbesteding van toepassing is, wordt dit in de Aanbestedingswet ook niet vermeld.

Gelet op de constructie waarbij RNH een volwaardig onderdeel is van de Provincie is sprake van zuiver inbesteden. Ook in het geval dat een beroep op artikel 2.24 Aanbestedingswet niet slaagt kan een externe partij op grond van het feit dat er sprake is van inbesteding geen beroep instellen tegen het niet aanbesteden.