

Mislukte aanbestedingen door overspannen markt

Whitepaper over hoe een mislukte aanbesteding
uiteindelijk toch kan slagen

Aanbestedingsprocedures voor werken verlopen moeizaam in de huidige markt. Opdrachtgevers ontvangen geen of te hoge inschrijvingen en kunnen daarom de opdracht niet gunnen, terwijl het project wel verder moet. Wij krijgen veel vragen hierover. Er zijn mogelijkheden om dit op te lossen, maar nog beter is het om te voorkomen dat aanbestedingen mislukken.

Dit probleem doet zich met name voor wanneer aanbestedende diensten een werk op de markt zetten en daarvoor een openbare procedure of een niet-openbare procedure organiseren. De opdracht wordt dan bekend gemaakt via TenderNed en elke geïnteresseerde aannemer kan zich erop inschrijven. Pas na sluiting van de inschrijvingstermijn weet de aanbestedende dienst of er interesse is.

Er ontstaat een probleem bij geen of te hoge inschrijvingen, iets wat de laatste jaren regelmatig gebeurt. De aanbestedende dienst kan de opdracht dan aan niemand gunnen omdat ze binnen het kader van een openbare of een niet-openbare procedure niet mag onderhandelen. De opdracht mag ook niet ongewijzigd heraanbesteed worden.

De wetgever heeft rekening gehouden met deze situatie. Na een mislukte aanbestedingsprocedure kan de aanbestedende dienst overstappen op een onderhandelingsprocedure of een concurrentiegericht dialog. Dit biedt de mogelijkheid om de prijs binnen het budget te krijgen. De keuze voor een van de twee procedures hangt af van de omstandigheden. Beide procedures hebben specifieke voorwaarden.

Bij meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures komen mislukte aanbestedingen minder vaak voor. Daarbij mag de aanbestedende dienst zelf kiezen welke partijen hij uitnodigt. In de regel toetst de dienst dan vooraf of aannemers interesse hebben in de opdracht en of ze over voldoende capaciteit beschikken. De ervaring leert dat als aannemers toezeggen te zullen inschrijven, ze dat ook doen. Dan komen er in ieder geval inschrijvingen binnen. Vanwege de concurrentie lopen de prijzen dan minder hoog op dan bij openbare en niet-openbare procedures.

Komen er helemaal geen aanmeldingen of inschrijvingen? Dan kan de aanbestedende dienst kiezen voor de 'onderhandelingsprocedure zonder aankondiging'. Bij deze procedure kiest de aanbestedende dienst zelf één partij om mee te onderhandelen en de opdracht aan te gunnen. Het voordeel voor de inschrijver is dat hij geen concurrentie heeft. De aanbestedende dienst kan er ook voor kiezen om meerdere

partijen uit te nodigen om mee te onderhandelen. Dan moet er wel een aanbestedingsleidraad worden opgesteld. Deze procedure is gunstig voor de opdrachtgever en voor de aannemer en daarom zal een aanbestedende dienst vaak hiervoor kiezen.

Als er alleen te hoge inschrijvingen binnenkomen, kan de aanbestedende dienst kiezen voor de 'mededingingsprocedure met onderhandeling' of de 'concurrentiegericht dialog'. De hoofdregel is dat deze procedures moeten beginnen met een aankondiging van de opdracht op TenderNed. Daarna volgt een selectiefase en nodigt de aanbestedende dienst de geselecteerde aannemers uit voor een inschrijving of deelname aan de dialoogronde.

Er geldt één uitzondering op de hoofdregel. De aankondiging en selectiefase kunnen achterwege worden gelaten wanneer de aanbestedende dienst voor de nieuwe aanbestedingsprocedure alle inschrijvers uitnodigt die gedurende de voorafgaande (mislukte) aanbestedingsprocedure (a) niet waren uitgesloten op grond van een uitsluitingsgrond en (b) een inschrijving hadden ingediend die aan de formele eisen van die aanbestedingsprocedure voldeed. Het voordeel van deze aanpak is dat aannemers de opdracht tot in detail kennen en de bouwkosten al hebben berekend. Alle informatie zit vers in het geheugen en aannemers kunnen gelijk doorpakken.

De overstap op de 'mededingingsprocedure met onderhandeling' of op de 'concurrentiegericht dialog' is mogelijk wanneer alle ingediende inschrijvingen te hoog zijn. Maar wat is 'te hoog'? Daar kan discussie over ontstaan. De laagste inschrijver (winnaar) heeft een goede uitgangspositie. De aanbestedende dienst zal in principe aan de laagste inschrijver willen gunnen en dat moet dan voor de gevraagde prijs. Stapt de aanbestedende dienst over op een van genoemde procedures? Dan verliest de laagste inschrijver zijn positie. In dat geval moet hij - in concurrentie met andere inschrijvers - onderhandelen over de prijs die daarmee nog lager kan uitvallen. Ook loopt de aannemer het risico dat hij de opdracht niet verwerft. Vanwege deze risico's voor de laagste inschrijver, mag een aanbestedende dienst niet te makkelijk kunnen overstappen op een van de genoemde procedures.

openbare procedure
of
niet-openbare procedure

geen aanmeldingen/inschrijvingen
of
geen geschikte
aanmeldingen/inschrijvingen

onregelmatige inschrijvingen = onder meer inschrijvingen:

- die niet voldoen aan de vereisten in de aanbestedingsstukken
- die te laat zijn binnengekomen
- waarbij sprake is van ongeoorloofde afspraken of corruptie
- die abnormaal laag zijn (prijs te laag)

of

onaanvaardbare inschrijvingen = onder meer inschrijvingen:

- die niet aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen
- waarvan de prijs hoger ligt dan tevoren opgestelde zorgvuldige raming (prijs te hoog)

**Onderhandelingsprocedure zonder
aankondiging**
(2.32 lid 1 sub a Aw / 6.1.2 sub a ARW)

Indien:

- bij openbare of niet-openbare procedure geen of geen geschikte aanmeldingen/inschrijvingen zijn ingediend
- geen wezenlijke wijziging

Mededingingsprocedure met onderhandeling (2.30 Aw/5.1.2 sub b ARW) of Concurrentiegerichte dialoog (2.28 Aw / 4.1.1 ARW)

Eisen:

- overleggen van begroting inclusief alle onderliggende posten
- geen wezenlijke wijziging

Hoofdregel:

- aankondiging van opdracht op TenderNed
- doorlopen selectieprocedure
- dialooffase/onderhandelen met geselecteerden

Uitzondering:

- uitnodigen van alle inschrijvers waarop geen uitsluitingsgrond van toepassing is én die bij voorafgaande procedure een inschrijving hebben ingediend die aan de formele eisen van de aanbestedingsprocedure voldoet
- dialooffase/onderhandelen met geselecteerden

Als een aanbestedende dienst zelf mag bepalen of de inschrijving te hoog is, zonder dit te hoeven onderbouwen, dan kan er misbruik van de situatie worden gemaakt. Het aanbestedingsrecht stelt daarom dat de laagste inschrijver gelegenheid moet hebben om aan te tonen dat de raming van de aanbestedende dienst (waarop het budget is gebaseerd) niet klopt en dat zijn inschrijving helemaal niet te hoog is. Op die manier kan hij proberen te voorkomen dat hij zijn gunstige positie kwijt raakt.

Over deze situatie zijn veel procedures gevoerd en daarom is het duidelijk welke eisen op dit punt gelden. De 'zorgvuldige raming' moet tevoren (vóór publicatie of uitnodiging tot inschrijving) zijn opgesteld. Deze mag niet achteraf worden 'geconstrueerd'. Een raming die tevoren is opgesteld door een professionele onafhankelijke partij volstaat. De aanbestedende dienst kan niet volstaan met het verstrekken van een uittreksel uit (de hoofdposten van) de raming: de raming moet integraal worden overgelegd aan de laagste inschrijver. De laagste inschrijver moet alle deelposten kunnen controleren en bekritisieren. Kan de laagste inschrijver aantonen dat de raming van de aanbestedende dienst niet deugt (en zijn prijs dus niet te hoog was), dan mag de aanbestedende dienst niet overstappen op een van genoemde procedures.

Voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure is het dus van belang vooruit te denken en een zorgvuldige raming op te stellen, vooral in de huidige markt. Een deugdelijke raming is van groot belang als de aanbestedingsprocedure mislukt en de dienst wil overstappen op de 'mededingingsprocedure met onderhandeling' of op de 'concurrentiegerichte dialoog'. Sommige aanbestedende diensten realiseren zich dit onvoldoende en komen in de problemen als zij te hoge inschrijvingen ontvangen.

Ontbreekt een deugdelijke raming, dan kan een aanbestedende dienst niet overstappen op de 'mededingingsprocedure met onderhandeling' of op de 'concurrentiegerichte dialoog'. De redmiddelen die de wetgever voor deze situatie heeft bedacht, staan dan niet voor hem open. In dat geval heeft de aanbestedende dienst weinig goede opties. Hij moet dan ofwel toch gunnen tegen de hoge prijs, ofwel helemaal niet gunnen (en dan komt het project niet van de grond), ofwel de opdracht wezenlijk wijzigen en dan opnieuw aanbesteden.

Na een mislukte aanbesteding is het van belang de procedure goed af te sluiten. Soms treedt een aanbestedende dienst die heeft gehoord over de 'overstappen op een onderhandelingsprocedure', gelijk in onderhandeling met één van de inschrijvers.

In dat geval onderhandelt hij in het kader van de oude mislukte aanbestedingsprocedure en dat is niet toegestaan. De aanbestedende dienst moet eerst de mislukte aanbestedingsprocedure formeel beëindigen door alle inschrijvers te berichten en dit op TenderNed te vermelden. Daarna is de weg vrij om een nieuwe procedure te starten.

De hierboven beschreven procedures na een mislukte aanbesteding mogen slechts worden toegepast indien de opdracht niet wezenlijk wordt gewijzigd. Het simpelweg schrappen van een deel van de opdracht of het verlagen van de gevraagde kwaliteit om minder te hoeven betalen, kan betekenen dat de opdracht wezenlijk wijzigt, waardoor die procedures niet meer mogen worden toegepast. De wezenlijke wijziging werkt in die zin beperkend.

De 'wezenlijke wijziging' biedt aan de andere kant ook mogelijkheden. Het aanbestedingsrecht bepaalt dat een aanbestedende dienst nooit verplicht is om te gunnen. De wet bepaalt ook dat een opdracht die wezenlijk is gewijzigd, mag worden heraanbesteed. Zijn er alleen te hoge inschrijvingen binnengekomen? Dan kan een aanbestedende dienst besluiten de opdracht niet te gunnen en de mislukte aanbestedingsprocedure te beëindigen of de opdracht wezenlijk te wijzigen en een nieuwe openbare of niet-openbare procedure te starten.

Dit kan ook een strategie zijn om uit de lastige situatie te komen. Dat deze route meestal niet wordt gekozen, komt omdat de nieuw op te starten openbare procedure of niet-openbare procedure veel meer tijd vergt dan een overstap op een onderhandelingsprocedure of de concurrentie-gerichte dialoog. Een ander nadeel van deze aanpak is dat de opdracht dan wel wezenlijk moet worden gewijzigd. Dit terwijl de opdracht bij de aanvankelijke aanbestedingsprocedure – naar we moeten aannemen – in de meest optimale vorm in de markt is gezet en het wijzigen van de opdracht daarom betekent dat de nieuwe opdracht niet de meest optimale vorm zal hebben.

Het voorgaande laat de mogelijkheden zien na een mislukte aanbesteding. Voorkomen is beter dan genezen. Het is mogelijk om de kans op een mislukte aanbesteding enigszins te verkleinen.

Voordat de aanbestedingsprocedure begint, is het essentieel een deugdelijke kostenraming op te stellen. Dit voorkomt dat het budget te laag wordt vastgesteld. De raming kan later ook nodig zijn bij een overstap op de 'mededingingsprocedure met onderhandeling' of de 'concurrentiegerichte dialoog'.

Door vroegtijdig een aannemer bij het project te betrekken kan een aanbestedende dienst de kans op fouten in de kostenraming verkleinen. Een bouwteamaanpak is een goede keuze. Een bouwteamovereenkomst is moeilijk aan te besteden door middel van een openbare procedure of niet-openbare procedure, maar het is wel mogelijk.

Andere overeenkomsten waarbij de aannemer vroegtijdig wordt betrokken zijn:

- de ontwerpteam- & aannemingsovereenkomst.
- de engineer- & aannemingsovereenkomst.

De laatste tijd speelt het bovenstaande bij alle aanbestedingsprocedures voor werken die wij organiseren. De centrale vraag is steeds hoe de prijs binnen budget kan worden gebracht. Bouwkosten spelen een hoofdrol hierbij.

Om uit de moeilijke situatie te komen is kennis nodig van de techniek, bouwkosten en het aanbestedingsrecht. bbn adviseurs heeft alle disciplines in huis. Bij een mislukte aanbestedingsprocedure kunnen wij een team samenstellen dat de stappen formuleert om toch tot gunning te komen.

Vragen?

Interesse of wilt u meer weten over deze whitepaper? Neem dan contact op met:



mr. ing. J.W.A. (Josja) Geel

jurist aanbestedingsrecht en bouwrecht

E JWA.Geel@bbn.nl

T 06 30 15 57 26

geef je plannen de ruimte.

De bouw- en vastgoedwereld is vol van ambitie. Projectontwikkelaars, gemeenten, de zorg, het onderwijs... overal worden mooie toekomstplannen gemaakt voor de omgeving waarin wij wonen en werken. Plannen die antwoord geven op klimaatverandering, verstedelijking, vergrijzing, digitalisering. Plannen die vragen om denken in mogelijkheden in plaats van beperkingen.

bbn geeft je de ruimte om je plannen wáár te maken. Dit doen wij door elk project met een open blik te benaderen. Door verder te kijken dan wat voor de hand ligt. En door met grensverleggende oplossingen te komen. Hoe groter je uitdaging, hoe gemotiveerder wij zijn om er een succes van te maken. Of je nu circulair wilt bouwen, een architectonisch statement wilt maken of een bestaand gebouw wilt transformeren naar een nieuwe bestemming.

Met 120 specialisten op het gebied van strategie voor gebouw en gebied, vastgoedmanagement, directievoering en toezicht, bouwkostenmanagement en proces- en projectmanagement biedt bbn je in elke fase van het bouwproces de juiste expertise en ondersteuning. Zo creëren we condities waarin jij je ambities de vrije loop kunt laten. Geef je plannen de ruimte.