



mr. Edwin van Dijk

“ Slechts als er sprake is van gereede twijfel of de inschrijver wel voldoet aan de gestelde eisen, is een aanbestedende dienst gehouden daar nader onderzoek naar te verrichten

Kijken in de toekomst?

Circulair bouwen vraagt om creativiteit en innovatie. Sprekend over innovatie beschikken inschrijvers niet altijd over bewezen middelen. Hoe gaan aanbesteders daar mee om? Dat het niet altijd goed gaat, bleek wel uit een van de hierna te bespreken uitspraken. Maar er is een oplossing.

Al in 2013 oordeelde de rechtbank Den Haag over een aanbesteding waarbij inschrijvers een MKI-waarde moesten opgeven. Bij deze MKI-waarde – waarbij MKI staat milieukostenindicator – hoefden inschrijvers geen toelichting te geven. Wel namen zij de verplichting op zich om bij gunning van de opdracht de opgegeven waarde te realiseren. Hoe lager de opgegeven MKI-waarde, hoe hoger de fictieve aftrek was waarop aanspraak kon worden gemaakt. De winnende inschrijver incasseerde destijds de maximale aftrek die voor de opgegeven MKI-waarde gegeven kon worden doordat hij inschreef met een ‘nog te ontwikkelen’ betonzuil. De opvolgend inschrijver maakte bezwaar. Hij stelde dat het onmogelijk is om een betonzuil met een dergelijke lage MKI-waarde te produceren. De rechter zag hierin echter geen bezwaar. De aanbestedende dienst mocht ervan uitgaan dat inschrijvers de waarheid spreken en hoefde niet op voorhand te twijfelen aan de juistheid van de inschrijving van de winnaar. Bovendien, zo oordeelde de rechter, was het niet aannemelijk dat de winnaar bij de uitvoering van de opdracht tekort zou schieten in de uitvoering van de overeenkomst. Het gevorderde verbod om de opdracht te gunnen aan de winnaar werd daarom afgewezen.

Realistische inschrijving

Een inschrijving moet binnen de kaders van de aanbesteding realistisch zijn. Die eis geldt ook als bij een aanbesteding wordt gevraagd een MKI-waarde op te geven. Een aanbestedende dienst mag – zoals de rechter hierboven ook oordeelde – in beginsel uitgaan van de juistheid van een inschrijving. Slechts als er sprake is van gereede twijfel of de inschrijver wel voldoet aan de gestelde eisen, is een aanbestedende dienst gehouden daar nader onderzoek naar te verrichten. Een partij die vindt dat de winnende inschrijver een irreële aanbieding heeft gedaan moet wel voldoende feiten op tafel leggen om die gereede twijfel bij de aanbestedende dienst te wekken. Daarvan is niet snel sprake, zo blijkt wel uit de hierboven kort beschreven casus.

In de hierna te bespreken casus deed die gereede twijfel zich wel voor en had de aanbestedende dienst op onderzoek uit moeten gaan. Wat was er aan de hand? Een gemeente had een aanbesteding uitgeschreven voor asfaltonderhoud. Na gunning zou er een raamovereenkomst gesloten worden met een looptijd van een jaar. De mogelijkheid bestond om de overeenkomst drie keer met één jaar te verlengen.

Onderworpen aan inspecties

In de aanbestedingsleidraad stond dat bij asfalt de milieukostenindicator (MKI) zou worden gebruikt als instrument om verschillende asfaltmengsels op het aspect duurzaamheid met elkaar te kunnen vergelijken. In de nota van inlichtingen was aangegeven dat de bij de inschrijving aangeboden MKI-waarde niet zou worden gecontroleerd. Daarentegen werd de winnende partij in het vooruitzicht gesteld dat zij na gunning onderworpen zou worden aan inspecties en audits waaruit zou moeten

blijken dat de ingediende MKI-waarden gehaald worden. Zo niet dan zou de bonus/malusregeling in werking treden. Bovendien hing dan de opdrachtnemer een (forse) boete boven het hoofd.

De inschrijver met de laagste MKI won, maar de opvolgend inschrijver trok de uitslag in twijfel. Die twijfel bleek uit het volgende. De winnende inschrijver zo werd gesteld, zou gebruik gaan maken van een biomassagestookte asfaltcentrale waar ‘slechts’ een ontwerpvergunning voor was afgegeven. Betoogd werd daarom dat in het gunstigste geval de asfaltcentrale pas op 1 maart 2022 geopend zou kunnen worden. Dus kon de winnende inschrijver zijn MKI-waarden niet op de productie van deze asfaltcentrale hebben gebaseerd. Dat vond ook de voorzieningenrechter. Voldoende aannemelijk was dat de winnende inschrijver iets heeft aangeboden dat (nu nog) onmogelijk is, althans niet haalbaar. Daarmee was er terecht gereede twijfel dat de inschrijver zou voldoen aan de gestelde eisen. In het bijzonder omdat de aanbesteding tot doel had om met ingang van 1 januari 2020 opdracht te verlenen.

Voldoende en onderbouwde twijfel

Waar de gemeente in de veronderstelling verkeerde dat zij uit mocht gaan van de juistheid van de inschrijving van de winnende inschrijver en zij zich gedekt veronderstelde met een boete en een bonus/malusregeling voor het geval de inschrijver de MKI toch niet zou halen, keek de rechter hier anders naar. Waarom? Omdat de opvolgend inschrijver erin geslaagd was, voldoende – en bovendien onderbouwde – twijfel te zaaien. Twijfel waar de gemeente iets mee had moeten doen. Als er zo’n duidelijk signaal is dat de MKI-waarde weleens op drijfzand zou kunnen berusten, dan is het in strijd met het gelijkheidsbeginsel om dit als gemeente niet eerst te onderzoeken.

Dat is niet het einde van de zaak want de rechter deed nog een suggestie. De rechter gaf namelijk aan dat deze uitkomst grotendeels het gevolg is van het feit dat in de aanbestedingsprocedure is nagelaten een regeling in te bouwen voor de toetsing van de berekeningen die aan de opgeven MKI-waarden ten grondslag lagen, waarbij, zo voegt de rechter eraan toe, denkbaar is dat een regeling wordt getroffen waarbij geheimhouding van de ondernemersbelangen van elke aanbieder in voldoende mate wordt gewaarborgd.

Onafhankelijke toetsing

Die geste heeft BouwCirculair opgepakt. De modelregeling voor aanbesteden met een MKI voorziet er nu in dat de winnende inschrijver binnen twee weken na voorlopige gunning de tijd krijgt in opdracht van de opdrachtgever een onafhankelijke deskundige te laten toetsen dat de opgegeven MKI – kort gezegd – correct is. Die beoordeling vindt dan plaats door een deskundige die daarvoor geaccrediteerd is en geregistreerd staat bij de Stichting Bouwkwiteit (SBK). Daarbij toetst de deskundige aan de criteria die zijn vastgelegd in de Bepalingsmethode Milieuprestatie Bouwwerken, een uitgave van de Stichting Nationale Milieudatabase.

Gunnen op milieuprestaties blijft uitdagend, maar er zijn juridisch houdbare mogelijkheden. En als zelfs de rechter meedenkt...

“ De modelregeling voor aanbesteden met een MKI voorziet nu – kort gezegd – in toetsing door een onafhankelijke deskundige dat de opgegeven MKI van de winnende inschrijver correct is

mr. E.W.J. van Dijk
Advocaat bij Construct Advocaten
www.constructadvocaten.nl
e.dijk@constructadvocaten.nl
(06) 22449612