

/ Memo

Aan : B&W en GS
 Van : DB ADT
 Datum : 8 februari 2013

Onderwerp : Uitleg toepassing onderhandse fase in aanbesteding
 Luchthaven Twente

Onderwerp memo

In dit memo wordt kort toegelicht waarom ADT de bevoegdheid heeft om een onderhandse fase in de aanbesteding voor de ontwikkeling en exploitatie van Luchthaven Twente kan doorlopen.

Toepassing onderhandse fase in aanbesteding

De eerste fase van aanbesteden met de geprekwalificeerde partijen heeft geen biedingen opgeleverd. Die fase is daarmee afgerond, maar de aanbesteding van het project om te komen tot een concessie voor de ontwikkeling en exploitatie van Luchthaven Twente is daarmee niet geëindigd. Indien er geen biedingen zijn ingediend, geeft het aanbestedingsrecht de aanbestedende dienst de mogelijkheid om de aanbesteding (het inkoopproces) te vervolgen met een volgende fase: die van de onderhandeling zonder voorafgaande bekendmaking¹.

ADT past bij de uitvoering van de aanbesteding de algemene aanbestedingsbeginselen toe want noch de Europese aanbestedingsrichtlijnen, noch het BAO, noch het BASS² zijn van toepassing op de aanbesteding van de ontwikkeling en exploitatie van Luchthaven Twente. Daar waar wat betreft die beginselen houvast kan worden gevonden in de Europese Richtlijnen, handelt ADT binnen de aanbesteding voor Luchthaven Twente (onverplicht) in lijn met de betreffende regel uit de Europese Richtlijnen. Indien zich bijvoorbeeld een ontwikkeling voordoet binnen de aanbesteding voor Luchthaven Twente waarop ADT moet handelen, dan handelt ADT vanuit de algemene aanbestedingsbeginselen. Als de uitleg en toepassing van die algemene beginselen niet direct voor handen ligt, dan hanteert ADT de uitleg en toepassing in lijn met de Europese Richtlijnen (bijvoorbeeld bij de ontwikkeling dat er geen biedingen waren ontvangen en bijvoorbeeld bij de wijze van informatievoorziening gedurende de aanbesteding).

¹ Zie artikel 31 Algemene Richtlijn, artikel 40 lid 3 van de Richtlijn Nutssectoren, artikel 31 lid 1 onder a BAO, zie ook HJEU 29 november 2012, zaken C-182/11 en C-183/11.

² Zie artikel 17 Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (BAO) en artikel 18 Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren (BASS). Deze beide regelingen betreffen de omzetting van de Europese aanbestedingsrichtlijnen in Nederland, totdat de nieuwe Aanbestedingswet in werking is getreden.

ADT bevindt zich als gezegd als aanbestedende partij in een vervolgfase van het aanbestedingstraject, nadat eerder geen biedingen zijn ontvangen. In lijn met de mogelijkheid die de Europese Richtlijnen in die situatie bieden, vervolgt ADT de aanbesteding met een onderhandse fase. In die onderhandse fase mag één op één met een partij worden gesproken over de aanbesteding van de ontwikkeling en exploitatie van de luchthaven en het luchthavengerelateerde bedrijventerrein.

De Tenderboard onderschrijft bovenstaande.

Geen wezenlijke wijzigingen

In het onderhandse traject is het van belang dat er geen (nieuwe) plicht ontstaat tot het doorlopen van een openbare aanbestedingsprocedure. Zo'n plicht ontstaat als er sprake is van een wezenlijke wijziging ten opzichte van de oorspronkelijke opdracht, of dat er voorwaarden worden gesteld in het onderhandse traject waardoor een nieuw soort opdracht ontstaat die op zichzelf al aanbestedingsplichtig is.

Het begrip niet wezenlijk is afkomstig uit de aanbestedingswereld. In de uitwerking kan ongetwijfeld een nuance zitten. Er is jurisprudentie waarin een aantal randvoorwaarden is op te maken. Er is sprake van een wezenlijke wijziging:

- I. wanneer ADT voorwaarden invoert die, als zij in de oorspronkelijke procedure waren genoemd, hadden geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die oorspronkelijk zijn toegelaten (vergroting van de kring van gegadigden);
- II. wanneer zij de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot diensten of werken die oorspronkelijk niet waren opgenomen;
- III. als ADT het economisch evenwicht van de concessieovereenkomst wijzigt in het voordeel van de private partij op een manier die op grond van de voorwaarden uit de oorspronkelijke concessieovereenkomst niet bedoeld.