

Memorandum

Aan Gemeente Huizen
T.a.v. Geanonimiseerd en dhr. Geanonimiseerd
Van Geanonimiseerd
Datum Definitief d.d. 27 maart 2024
Betreft Juridische analyse positie Gemeente Huizen

1. Achtergrond en vraagstelling

1.1.1. De gemeente Huizen ("**Gemeente**") heeft, na een aanbestedingsprocedure, op 23 september 2022¹ een bouwteamovereenkomst gesloten (de "**Bouwteamovereenkomst**") met BAM Infra B.V. ("**BAM**") ter zake het project Oost-West as Huizen ("**Project**"). Daarbij is een taakstellend budget van € 6,5 miljoen overeengekomen, inhoudende dat de som van de kosten van het bouwteam en de realisatiekosten dat bedrag (in beginsel) niet zal overschrijden.

1.1.2. BAM heeft recent haar concept definitief ontwerp raming d.d. 18 februari jl. gedeeld met de gemeente (dit is nadrukkelijk niet de definitieve prijsaanbieding). Deze concept definitief ontwerpraming ziet op de realisatiefase en sluit op een bedrag van (afgerond) € 10,0 miljoen. De kosten van het bouwteam worden op dit moment geraamd op ca. € 1,4 miljoen. Bij elkaar sluit dit aldus op een bedrag van € 11,4 miljoen. Dit is dus bijna € 5 miljoen meer dan het taakstellend budget van € 6,5 miljoen. Het verschil laat zich op hoofdlijnen verklaren door de volgende omstandigheden²:

- (i) Prijsstijgingen: ca. € 1 miljoen;
- (ii) Vervanging persriool: ca. € 1 miljoen (wel reeds in scope van de bouwteamovereenkomst benoemd, alleen niet geraamd);
- (iii) Bouwteamkosten: ca. € 1,4 miljoen (vertraging, extra onderzoeken en discussies);
- (iv) Voortschrijdend inzicht bij de uitwerking van Voorlopig Ontwerp naar Definitief Ontwerp (dit betreft een saldo van tegenvallers en optimalisaties): ca. € 1,5 miljoen euro.

1.1.3. De Gemeente heeft ons gevraagd te beoordelen of het haar vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt is toegestaan om BAM op basis van deze cijfers de opdracht voor de realisatie

¹ De opdrachtbrief van de Gemeente aan BAM is gedateerd op 20 september 2022, hierin is verwezen naar de Bouwteamovereenkomst. De handtekening voor akkoord van BAM op de opdrachtbrief (b)lijkt per abuis te zijn gedateerd op 23 september 2023. De Bouwteamovereenkomst zelf is door de Gemeente getekend op 11 oktober 2022; we hebben geen door BAM getekend exemplaar beschikbaar.

² Memo geanonimiseerd d.d. 26 februari 2024 aan Houthoff.

te verstrekken. Het korte antwoord luidt dat dit naar onze mening vermoedelijk wel is toegestaan. De onderliggende beoordeling treft u hierna.

2. Documenten en uitgangspunten

- 2.1.1. De Bouwteamovereenkomst bevat een viertal bijlagen³ en daarnaast nog een tweetal contractstukken die tussen partijen van toepassing zijn.⁴
- 2.1.2. De Bouwteamovereenkomst en de inschrijving van BAM gaan beide uit van een taakstellend budget van € 6,5 miljoen. In haar inschrijving geeft BAM aan dat haar "*eerste raming*" uitkomt op € 6,3 miljoen, waarbij BAM overigens uitdrukkelijk opmerkt "*op basis van uw hoeveelhedenstaat in de nota*".⁵
- 2.1.3. De Bouwteamovereenkomst bepaalt specifiek ten aanzien van het bewaken van het taakstellend budget dat partijen de volgende taken hebben:
 - a. de Gemeente als opdrachtgever heeft tot taak "*het verkleinen van de scope om binnen het taakstellend budget te blijven*";⁶ en
 - b. BAM als aannemer heeft tot taak "*het bewaken en beheersen van het taakstellend budget*".⁷

3. Beoordeling

3.1. Juridisch kader

- 3.1.1. Het staat de Gemeente, als aanbestedende dienst, niet zonder meer vrij om af te wijken van de opdracht zoals die is aanbesteed. De hoofdregel luidt weliswaar dat wijzigingen zijn toegestaan, doch behoudens voor zover die wijzigingen niet *wezenlijk* zijn.
- 3.1.2. De toetsingsnorm om te beoordelen of sprake is van een *wezenlijke wijziging*, is neergelegd in artikel 2.163g Aanbestedingswet (Aw 2012). Dit artikel bepaalt dat een wijziging in ieder geval *wezenlijk* is indien één van de volgende vier gevallen zich voordoet:
 - a. de wijziging voorziet in voorwaarden die, als die onderdeel van de oorspronkelijke opdracht waren geweest, toelating of gunning aan andere inschrijvers of gegadigden mogelijk hadden gemaakt of additionele inschrijvers zouden hebben aangetrokken (artikel 2.163g lid 3 sub a Aw 2012);

³ Dit zijn: de begrippenlijst, de vraagspecificatie producteisen, de vraagspecificatie proceseisen en de eisen open begroting.

⁴ Artikel 2-1 van de Bouwteamovereenkomst. Dit zijn: de nota's en het plan van aanpak van BAM als onderdeel van de aanbidding.

⁵ Plan van aanpak bij de inschrijving van 26 juli 2022, p. 3.

⁶ Artikel 6-1 sub K van de Bouwteamovereenkomst.

⁷ Artikel 7-1 sub K van de Bouwteamovereenkomst.

- b. de wijziging verandert het economisch evenwicht ten gunste van de opdrachtnemer (op een wijze niet voorzien in de oorspronkelijke opdracht) (artikel 2.163g lid 3 sub b Aw 2012);
 - c. de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het oorspronkelijke toepassingsgebied van de opdracht (artikel 2.163g lid 3 sub c Aw 2012); óf
 - d. een nieuwe opdrachtnemer is in de plaats gekomen van de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende dienst de overheidsopdracht oorspronkelijk had gegund (artikel 2.163g lid 3 sub d Aw 2012).
- 3.1.3. Als één van de in artikel 2.163g Aw 2012 genoemde gevallen zich in casu voordoet, dan dient de opdracht in beginsel opnieuw te worden aanbesteed. Wij menen dat dit slechts anders is indien de Gemeente een geslaagd beroep zou toekomen op één of meer van de uitzonderingsgronden als bedoeld in de artikelen 2.163b – 2.163f Aw 2012.
- 3.2. Analyse
- 3.2.1. Allereerst is de vraag relevant of de Gemeente überhaupt een opdracht tot realisatie mag verstrekken met een waarde die uitkomt boven het taakstellend budget van € 6,5 miljoen.
- 3.2.2. Wij menen van wel. Uit het samenstel der bepalingen, maar ook gelet op de aard van een bouwteamovereenkomst⁸ en het gewoonlijk gebruik van het begrip 'taakstellend budget' in dat verband, menen wij dat dit budget niet kan worden begrepen als een contractueel gegarandeerd maximum. Dit budget is bovendien gebaseerd op de (toenmalige) contractraming voor het project, gebaseerd op verschillende uitgangspunten, die na verloop van tijd anders kunnen blijken te liggen. Een en ander maakt dat de realisatiesom naar onze mening in beginsel hoger zou kunnen uitkomen dan het taakstellend budget.
- 3.2.3. Dit zo zijnde, is de vraag of in dat geval überhaupt sprake zou zijn van een *wijziging* (nog afgezien van de vraag of die *wezenlijk* zou zijn). Gesteld zou immers kunnen worden dat de contractuele regelingen rondom het taakstellend budget niet meer behelzen dan een (zware) inspanningsverplichting om de daadwerkelijke kosten daarbinnen te houden en dat om die reden het enkele feit dat de daadwerkelijke kosten hoger blijken te liggen, niet maakt dat het taakstellend budget als zodanig is verhoogd.
- 3.2.4. Zou niettemin wel sprake zijn van een wijziging, dan is vervolgens de vraag of die wezenlijk is. Kijkend naar de toetsingsnorm zoals opgenomen in randnr. 3.1.2 dan komen wij tot het volgende oordeel:
- a. Wij achten de kans gering dan andere inschrijvers/gegadigden zouden zijn toegelaten of een andere partij de opdracht zou hebben verworven. Vermoedelijk zou iedere

⁸ Dat wil zeggen: het ontwerp wordt pas in bouwteamverband vervaardigd, waarna de opdrachtnemer op basis daarvan een prijsaanbieding doet; de prijs kan nog niet eerder worden bepaald.

zorgvuldig geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver hebben moeten begrijpen dat het taakstellend budget niet als een contractueel gegarandeerd maximum moest worden begrepen en dat onder omstandigheden de daadwerkelijke kosten daarbovenuit zouden kunnen stijgen.

- b. Wij menen dat het economisch evenwicht van de opdracht niet wijzigt in het voordeel van BAM. De aanneemsom zal weliswaar hoger zijn dan het taakstellend budget, maar daar staan navenante inspanningen tegenover. Dit zou onzes inziens slechts anders zijn indien geen sprake zou zijn van een marktconforme prijs en/of indien BAM hogere opslag percentages zou hanteren (voor onder andere winst, risico en algemene kosten) dan zij in haar inschrijving had aangeboden. Wij gaan ervan uit dat geen van beide aan de orde is.
- c. De scope van de opdracht blijft nagenoeg gelijk; dat de kosten van de realisatie daarvan veel hoger uitvallen dan aanvankelijk gedacht, maakt dit niet anders.
- d. De opdrachtnemer blijft dezelfde, dus deze situatie is sowieso niet aan de orde.

4. Conclusie

- 4.1.1. Al met al achten wij goed tot zeer goed verdedigbaar dat geen sprake is van een wezenlijke wijziging en dat de Gemeente niet in strijd zal handelen met het aanbestedingsrecht indien zij de opdracht tot realisatie van het Project op basis van de thans bekende bedragen aan BAM zou verstrekken.

* * *