

Rapport

Rapport over een klacht over de gemeente Brunssum.

Datum: 1 juni 2015

Rapportnummer: 2015/083

Klacht

Verzoeker klaagt erover dat de gemeente Brunssum niet eerlijk en niet objectief uitvoering geeft aan haar aanbestedingsbeleid, en op zijn klacht op dit punt onvoldoende heeft gereageerd.

Wat is de basis van het aanbestedingsbeleid van de overheid?

Op grond van een Europese richtlijn dient een overheidsinstantie zich bij het verlenen van opdrachten voor de uitvoering van werkzaamheden (werken, diensten, leveringen) te houden aan de voorschriften voor aanbesteding. Die voorschriften hebben onder meer ten doel een doelmatige besteding van overheidsmiddelen, een eerlijke concurrentie tussen aanbieders mogelijk maken en transparant zijn tegenover inschrijvers op een opdracht. In Nederland is aan die richtlijn in 2005 uitvoering gegeven met het Besluit aanbesteding overheidsopdrachten (Bao) en het Aanbestedingsreglement 2005.

Op grond van dat besluit heeft een overheidsinstantie enige vrijheid om bij de uitvoering van de voorschriften een eigen aanbestedingsbeleid te voeren.

Met ingang van 1 april 2013 zijn de Aanbestedingswet 2012 en het Aanbestedingsbesluit in werking getreden en zijn het Bao en het Aanbestedingsreglement ingetrokken.

Welk aanbestedingsbeleid hanteert de gemeente Brunssum?

De gemeenteraad van Brunssum heeft in 1992 de Nota aanbestedingsbeleid vastgesteld. Die nota is nadien enkele keren gewijzigd en aangepast, onder meer met de Nota Aanbestedingsbeleid 2008, "Bewust aanbesteden", en de Nota Aanbestedingsbeleid 2013. Deze laatste nota betreft een noodzakelijke wijziging van het beleid als gevolg van de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 op 1 april 2013.

Met de Nota "Bewust Aanbesteden" heeft de gemeente beoogd om in aanvulling op de wettelijke voorschriften vorm te geven aan een beleid voor een doelmatige besteding van publieke gelden, het bewaken van de ambtelijke integriteit, het bieden van transparantie aan inschrijvers op een opdracht, het vermijden van willekeur en zorgvuldige, goed gemotiveerde besluiten.

Voor de beoordeling van een offerte zijn er twee gunningscriteria, namelijk de laagste prijs en de economisch voordeligste aanbieding. Van een aanbestedingsprocedure wordt een dossier bijgehouden, dat in beginsel openbaar is.

De gemeente verklaarde het (inmiddels ingetrokken) Aanbestedingsreglement 2005 van toepassing op de aanbesteding van haar werken. Dit reglement bevatte gedetailleerde voorschriften en vereisten voor een kwalitatief voldoende procedure.

Wat is de aanleiding tot verzoekers probleem ?

Verzoeker is directeur van een bouwbedrijf dat in 2012 door de gemeente Brunssum is uitgenodigd om een offerte uit te brengen voor bouwkundige werkzaamheden. De opdracht is echter niet aan verzoekers bedrijf gegund. Verzoeker stelt dat de opdrachtverlening niet eerlijk en niet objectief is verlopen. Hij lichtte dat toe met het volgende:

De offerte van zijn onderneming bevatte de laagste prijs, en daarom had de gemeente dus de opdracht aan zijn bedrijf moeten gunnen. Omdat zijn prijs echter het budget van de gemeente te boven ging was de aanbestedingsprocedure stopgezet. Vervolgens besloot de gemeente en groot deel van de geplande werkzaamheden te schrappen en uit het bestek (dat is de gedetailleerde omschrijving van het uit te voeren bouwwerk) te halen. Daarna is een nieuwe procedure gestart, maar is de opdracht vervolgens aan een andere partij gegund, omdat de offerte van zijn bedrijf dit keer niet de laagste prijs had.

Nadat het bouwwerk in 2013 gereed kwam constateerde verzoeker dat de geschrapte werkzaamheden toch waren uitgevoerd en dat de wijzigingen in het bestek ongedaan waren gemaakt.

Wat deed verzoeker om van de gemeente uitleg te krijgen?

Verzoeker mailde op 7 augustus 2013 de bouwkundig uitvoerder van de gemeente. Hij wees erop, dat het bestek blijkbaar was uitgevoerd conform de aanbesteding in de eerste ronde, en stelde dat volgens het gemeentelijk aanbestedingsbeleid dus zijn bedrijf, als laagste inschrijver, de opdracht had moeten zijn gegund. Volgens verzoeker was de handelwijze van de gemeente niet geoorloofd en hij verzocht om opheldering over de gevolgde procedure en een motivering van de gemaakte keuze.

Omdat hij van de uitvoerder geen reactie kreeg diende hij per aangetekende brief van 5 september 2013 bij de gemeente een klacht in, en verzocht hij om hem spoedig een antwoord op zijn vragen te geven.

De gemeente reageerde op 26 september 2013 met een verzoek om de klacht nader te onderbouwen. Verder wees de gemeente erop dat verzoeker had nagelaten om tijdig bij de gemeente melding te maken van zijn constatering.

In zijn reactie van 11 november 2013 wees verzoeker de gemeente op de onderdelen die uit het oorspronkelijke bestek waren geschrapt zoals de staalconstructie en beplating, maar toch bleken te zijn uitgevoerd. Hij stelde dat dit uit de aard der zaak pas na de uitvoering kon worden geconstateerd en bij de gemeente gemeld, zodat het verwijt van een late melding niet terecht was. Bovendien was dat volgens hem ook niet meer van belang omdat zowel de gunning als een eventuele ontbinding van de overeenkomst met het uitvoerende bouwbedrijf inmiddels een gepasseerd station waren. Tot slot benadrukte hij nog eens, dat het niet is toegestaan om een werk opnieuw aan te besteden tenzij er

wezenlijke wijzigingen in het werk zijn aangebracht, maar dat laatste was volgens hem echter niet aantoonbaar.

Wat ondernam de gemeente naar aanleiding van de klacht?

De gemeente nodigde verzoeker eerst uit voor een gesprek met de bedoeling om de kwestie in der minne te kunnen oplossen.

Uit het verslag van dat op 4 april 2014 gehouden gesprek blijkt dat verzoeker onder meer naar voren bracht dat zijn klacht niet is gericht op medewerkers van de gemeente, maar op zijn constatering dat het bij aanbestedingen vaker mis gaat bij de gemeente en dat niet de laagste inschrijver de opdracht wordt gegund. Hij gaf daarvan twee voorbeelden, waar zijn bedrijf bij betrokken was.

In één geval waren alle inschrijvingen boven het budget en in de regel wordt dan óf met de laagste inschrijver onder hen overlegd om tot overeenstemming te komen óf een nieuw plan, met wezenlijke wijzigingen en in een nieuwe procedure aanbesteed.

Verzoeker wenste daarom een uitleg op de gang van zaken en een motivering van de beslissing om daar in zijn geval van af te wijken.

Een medewerker van de gemeente verklaarde dat indien bij een aanbesteding blijkt dat alle inschrijvers beduidend boven het budget zitten er niet met de laagste inschrijver gesproken hoeft te worden. Vanwege een overschrijding van het budget was er geknipt en was de te bouwen loods uit het bestek gehaald. Verzoeker wees erop dat die loods wel is gebouwd, ondanks dat die uit het bestek was geschrapt.

Een tweede medewerker van de gemeente deelde mee dat de eerste aanbestedingsronde was afgesloten omdat geen der inschrijvers binnen de daarvoor geldende termijn bezwaar heeft gemaakt of heeft betwist dat zijn inschrijving onaanvaardbaar hoog was. Na aanpassing van het bestek, waarbij de staalbouwoords om budgettaire redenen uit het bestek was gehaald, volgde een tweede aanbesteding. De vervolgens gerealiseerde loods is niet van staalbouw, maar is een goedkopere prefab-uitvoering, waarvoor onderhands door de gemeente opdracht is gegeven. Verzoeker had volgens de medewerker uit het bestek ook kunnen opmaken dat er een loods zou worden geplaatst, en als hem dat aanleiding tot vragen had gegeven had hij dat bij de gemeente kunnen aangeven.

Het verslag is afgesloten met de conclusie dat een minnelijke oplossing van de klacht niet kon slagen omdat het verschil van mening is blijven bestaan.

Wat is het standpunt van het college ?

Het college van burgemeester en wethouders besloot op 1 oktober 2014 om de klacht niet gegrond te verklaren. Het college volgde daarmee het advies van de klachtadviescommissie, die onder meer het volgende overwoog:

Op grond van de Algemene wet bestuursrecht en de Klachtenverordening van de gemeente Brunssum is een overheidsinstantie niet verplicht een klacht te behandelen die

betrekking heeft op een gedraging die door het instellen van een procedure aan het oordeel van een andere rechterlijke instantie dan de administratieve rechter onderworpen is dan wel onderworpen is geweest.

Om deze reden achtte de commissie zich niet bevoegd om een inhoudelijk oordeel te geven over verzoekers vragen met betrekking tot de aanbesteding. Verzoeker had zich tot de rechter kunnen wenden indien hij van mening was dat de aanbesteding niet juist was verlopen. De commissie oordeelde verder dat de gemeente, mede onder verwijzing naar de Nota aanbestedingsbeleid 2008, desgevraagd adequate informatie had dienen te verstrekken over de gang van zaken en de keuzes die zij heeft gemaakt.

Over de communicatie en het niet reageren op vragen over de aanbesteding stelde de commissie vast dat daarvoor schriftelijk en mondeling excuses zijn aangeboden. De commissie adviseerde tevens om voortaan sneller te reageren om klachten als deze te voorkomen.

Wat betreft de brief van 26 september 2013 merkte de commissie op zeer verbaasd te zijn over de toonzetting en de daarin aan verzoeker gemaakte verwijten. De commissie verwees in dit verband naar de Nota aanbestedingsbeleid en de daarin opgenomen normen die gemeente zich stelt met betrekking tot transparantie, openheid, controleerbaarheid en andere. Als de gemeente zichzelf die normen oplegt dient zij daar ook naar te handelen, en dat is gelet op de brief van 26 september 2013 hier niet gebeurd.

De commissie heeft op basis van de stukken en de hoorzitting de indruk gekregen dat voor verzoeker het gemeentelijke aanbestedingsbeleid niet helder is. Het is aan de gemeente om hierover voldoende en op behoorlijke wijze te communiceren, met name voorafgaande en tijdens aanbestedingen. Bij een aanbesteding zoals in dit geval paste naar het oordeel van de commissie ook het doen van een evaluatie.

Al met al achtte de commissie de klacht echter ongegrond en adviseerde het college om de klacht ongegrond te verklaren.

Wat was de nadere reactie van het college ?

Het college stelde in zijn reactie op de opening van het onderzoek voorop, dat verzoeker al tweemaal excuses zijn aangeboden en het college dus ook vindt dat er te laks is gereageerd.

Wat betreft de gevolgde wijze van aanbesteden merkte het college op dat zijn handelwijze geoorloofd was, omdat alle vijf inschrijvingen op de eerste aanbesteding ruimschoots boven het beschikbare budget lagen en vervolgens een nieuwe, gewijzigde aanbesteding was gestart. Volgens de jurisprudentie hoeft een aanbestedende dienst niet persé tot gunning van een opdracht over te gaan. Het opnieuw aanbesteden is toegestaan mits er sprake is van een wezenlijk gewijzigde opdracht.

Conform het gemeentelijk aanbestedingsbeleid is in dit geval besloten tot een meervoudige onderhandse aanbesteding. Vijf ondernemingen hebben op de uitnodiging gereageerd met een offerte. Verzoekers offerte was weliswaar de laagste inschrijving, maar ook deze lag ruim boven het door de gemeenteraad beschikbaar gestelde budget.

Om die reden is besloten tot een aanpassing van het bestek en opdracht te geven voor een nieuwe aanbesteding. Alle vijf inschrijvers hebben een nieuwe uitnodiging ontvangen, met als bijlage het aangepaste bestek, waarin uitdrukkelijk is vermeld dat "de opdracht voorziet in het realiseren (ruwbouw) van een handboogschietaccommodatie exclusief de levering en plaatsing van de loods".

De levering en de plaatsing van de staalbouwoods is buiten het bestek gelaten om zo de opdracht alsnog binnen het beschikbare budget te kunnen laten uitvoeren.

Wat betreft de geplaatste loods is niet meer gekozen voor een staalbouwoods, maar voor een veel goedkopere prefab-loods, die na een afzonderlijke opdracht door een gespecialiseerd bedrijf is geleverd. Uit de bestektekening en de meegestuurde begroting had verzoeker overigens kunnen opmaken dat er een loods zou worden gebouwd.

Als verzoeker dat niet duidelijk was geweest had hij dat bij het college aan de orde kunnen stellen. Het is dus niet juist dat het bestek is uitgevoerd conform de aanbesteding in de eerste ronde.

Tot slot stelde het college het niet eens te zijn met het standpunt van verzoeker dat het college met hem, als laagste inschrijver, in gesprek had moeten gaan. Dat is hem ook meegedeeld in een minnelijk gesprek op 4 april 2014 en tijdens de hoorzitting van de klachtencommissie op 19 augustus 2014.

Wat is het oordeel van de Nationale ombudsman?

Het vereiste van transparantie houdt in, dat de overheid open en voorspelbaar is in haar handelen, zodat het voor de burger duidelijk is waarom de overheid bepaalde dingen doet. Dat betekent onder meer dat de overheid de burger informeert over wat hij van de overheid mag verwachten en dat hij op zijn vragen om uitleg over een standpunt van de overheid een passende en afdoende reactie krijgt.

In dit geval gaat het om een klacht over de wijze waarop de gemeente Brunssum uitvoering heeft gegeven aan het door haar vastgestelde aanbestedingsbeleid. Verzoeker heeft deze klacht aan het college van burgemeester en wethouders voorgelegd, maar het college verklaarde zich, conform het advies van de gemeentelijke klachtadviescommissie, niet bevoegd om daar over te oordelen.

Het college baseerde zich daarbij op de bepaling in het hoofdstuk over klachtrecht in de Algemene wet bestuursrecht dat inhoudt dat een overheidsinstantie niet verplicht is om een klacht te behandelen over een kwestie die door het instellen van een procedure aan het oordeel van een andere rechter dan de administratieve rechter onderworpen is of is geweest.

De Nationale ombudsman kan het college daarin echter niet volgen. Op grond van dat artikel is het college namelijk wel bevoegd, maar niet verplicht om een onderzoek naar een kwestie als deze te doen. In dit geval was het voor verzoeker weliswaar mogelijk om de kwestie aan de hier bevoegde burgerlijke rechter voor te leggen, maar van die mogelijkheid heeft hij geen gebruik willen maken. De kwestie is dus niet aan het oordeel

van de rechter onderworpen of onderworpen geweest en het college had zich dan ook bevoegd kunnen verklaren om de klacht te behandelen.

Dit zou overigens niet wezenlijk anders zijn geweest, indien verzoeker de kwestie wel in een civiele procedure aanhangig had gemaakt. Ook in dat geval bleef het college immers bevoegd tot het behandelen van de klacht.

De Nationale ombudsman pleegt in voorkomend geval van een samenloop tussen een bij hem ingediende klacht en het onderwerp van een civiele procedure pas te beslissen over een eventueel onderzoek, nadat de rechter een uitspraak heeft gedaan die onherroepelijk is geworden. De reden daarvan is, dat de Nationale ombudsman bij zijn oordeel over een klacht een uitspraak van de rechter in acht dient te nemen.

De klachtadviescommissie overwoog verder dat de gemeente verzoeker adequaat had moeten informeren over de gang van zaken en de gemaakte keuzes en dat haar was gebleken dat het bij verzoeker ontbrak aan helderheid over het gevoerde beleid. Ook overwoog de commissie dat het aan de gemeente is om voorafgaande en tijdens de aanbestedingsprocedure daar op een behoorlijke wijze over te communiceren en dat in dit geval een evaluatie op zijn plaats was. Het college bood verzoeker excuses aan voor de in zijn geval gemaakte fouten, maar oordeelde tevens dat de klacht niet gegrond was.

Ook in dit oordeel kan de Nationale ombudsman het college niet volgen.

Indien het onderzoek naar de feiten en omstandigheden met betrekking tot de klacht aanleiding geeft tot de conclusie dat het bestuursorgaan niet juist heeft gehandeld, moet dat leiden tot het oordeel dat de klacht gegrond is. Het aanbieden van excuses kan daaraan niet afdoen.

Mede gelet op het advies van de klachtencommissie heeft verzoeker van het college niet de informatie over de gang van zaken gekregen waar hij om had gevraagd. De informatie in een dossier over een aanbestedingsprocedure is in beginsel openbaar, binnen de grenzen van de Wet openbaarheid van bestuur. Het college nam voorts de overwegingen van de klachtencommissie over, ook die met betrekking tot het doen van een evaluatie van het verloop van de gevolgde procedure. Het was passend geweest als het college in de brief waarmee het verzoeker over zijn standpunt over de klacht heeft geïnformeerd ook had toegezegd om hem op de hoogte te zullen houden van de uitkomst van de evaluatie. Dat is echter niet gebeurd.

Dit geeft de Nationale ombudsman aanleiding om het college een aanbeveling te doen.

De onderzochte gedraging van het college van burgemeester en wethouders van Brunssum is niet behoorlijk.

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van het college van burgemeester en wethouders van Brunssum is grond, wegens strijd met het vereiste van transparantie.

Aanbeveling

De Nationale ombudsman geeft het college van burgemeester en wethouders van Brunssum in overweging om verzoeker op de hoogte te stellen van de resultaten van de evaluatie en de eventueel daaraan verbonden conclusies.

De Nationale ombudsman,

Reinier van Zutphen