



Risico's van vervlechten "de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure"

Breda, januari 2010

**Afstudeerder: Angela Emmen
Studentnummer: 2002231
Eerste afstudeerdocent: Tamara Wielders
Tweede afstudeerdocent: Peter van Harten
Opdrachtgever: Roel van der Woude**

Risico's van vervlechten

''De Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure''

Breda, januari 2010

Afstudeerder: Angela Emmen
Studentennummer: 2002231
Afstudeerrichting: HBO-Recht, februari instroom
Onderwijsinstelling: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Afstudeerorganisatie: BAM Infraconsult
Afdeling: Vergunningen en Omgevingsmanagement
Opdrachtgever: Roel van der Woude
Eerste afstudeerdocent: Tamara Wielders
Tweede afstudeerdocent: Peter van Harten
Afstudeerperiode: September 2009 – januari 2010
Publicatie: Januari 2010

Voorwoord

Dit rapport heb ik geschreven in het kader van het afstuderen aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys voor de opleiding HBO-Rechten. Mijn onderzoek heb ik bij BAM Infraconsult bv, afdeling Vergunningen en Omgevingsmanagement mogen uitvoeren. Ik heb een onderzoek verricht naar de risico's die ontstaan bij de vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure bij infrastructurele projecten.

Mijn onderzoek heeft 17 weken geduurd, waarvan 14 weken bij het afstudeeradres. Ik vond mijn afstudeerperiode een leerzame periode en kijk er goed op terug. Door het schrijven van dit rapport en door het afstuderen bij BAM Infraconsult bv heb ik voor mezelf een bevestiging gekregen dat ik me verder wil specialiseren in het bouwrecht. Ik ga om meer kennis op te doen nog de Master Rechtsgeleerdheid, accent Privaatrecht (specialisatie Bouwrecht) volgen aan de Universiteit van Tilburg.

Graag wil ik iedereen bedanken die mij heeft geholpen met schrijven van mijn rapport. In het bijzonder wil ik Roel van der Woude, mijn afstudeerbegeleider, bedanken voor zijn begeleiding en Tamara Wielders, mijn eerste afstudeerdocent van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys, voor haar begeleiding en kritische reacties.

Angela Emmen
Breda, Januari 2010

Inhoudsopgave

Samenvatting	1
Verklarende woordenlijst	2
1 Inleiding	7
1.1 Normale procedure en de vervlechtingsprocedure	7
1.2 De A4 Steenbergen en de A2 Maastricht	8
1.3 Doelstelling	9
1.4 Vraagstelling en deelvragen	9
1.5 Methode van onderzoek	9
1.6 Leeswijzer	10
1.7 Randvoorwaarden	10
2 Vervlechting	11
2.1 Wat is vervlechting?	11
2.2 Gewenste kenmerken van vervlechting	12
2.3 Aanbestedingsprocedure - concurrentiegericht dialog	13
2.4 Hoe gaat vervlechting in zijn werk	13
2.5 Fases vervlechtingproces	14
2.5.1 De startfase	14
2.5.2 De definitiefase	14
2.5.3 De onderzoeksfase	14
2.5.4 De uitwerkingsfase	14
2.5.5 De realisatiefase	14
3 De aanbestedingsprocedure	15
3.1 Het aanbestedingsrecht	15
3.2 Soorten aanbestedingsprocedures	16
3.3 Concurrentiegericht dialog	16
3.4 Selectie- en gunningcriteria	17
3.5 Rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht	18
3.6 Verloop procedure concurrentiegericht dialog	18
4 De Tracéwet	20
4.1 Reikwijdte Tracéwet	20
4.2 Milieueffectrapportage (m.e.r.)	21
4.3 Uitgebreide en verkorte procedure	22
5 Startfase – Risico's bij vervlechting	23
5.1 Start van de aanbestedingsprocedure en de Tracéwetprocedure	23
5.2 Bestuursovereenkomst/marktconsultatie	23
5.2.1 Risico: Slechte afspraken met de bestuurlijke omgeving	24
5.3 Aankondiging aanbestedingsprocedure/indienen concept oplossing	24
5.3.1 Risico: Schending gelijkheidsbeginsel/Non-discriminatie	25
5.3.2 Risico: Waarborgen objectiviteit en transparantie bij gunningcriteria	25
5.3.3 Risico: Disproportionaliteit	26
5.4 WOB-verzoek	26

6 Definitiefase – Risico's bij vervlechting	27
6.1 De Startnotitie	27
6.2 Inzage, inspraak en advisering startnotitie	27
6.2.1 Risico: Ontwerp alternatief door een derde	28
6.3 Vertrouwelijkheid en openbaarheid	28
6.3.1 Risico: Vertrouwelijkheid versus openbaarheid	29
6.3.2 Risico: Cherrypicking niet toegestaan	29
7 Onderzoeksfase – Risico's bij Vervlechten	30
7.1 Trajectnota/MER	30
7.2 Inzage, inspraak en advisering	30
7.2.1 Risico: Opstellen Milieueffectrapportage door de marktpartijen	31
7.3 Standpunt en voorlopige gunning	31
7.3.1 Risico: Aanbestedingsprocedure tussentijds beëindigen	32
7.3.2 Risico: Gunningcriteria komen niet overeen met criteria Tracéwetprocedure	32
8 Uitwerkingsfase – Risico's bij vervlechting	33
8.1 Ontwerp Tracébesluit en Tracébesluit	33
8.1.1 Risico: Opstellen ontwerp Tracébesluit door aannemer	34
8.1.2 Risico: Vertraging ontwerp Tracébesluit	34
8.1.3 Risico: Wezenlijke wijziging van de opdracht	34
8.2 Rechtsbescherming Tracéwet	36
8.2.1 Risico: Vernietiging Tracébesluit	36
8.3 Rechtsbescherming aanbestedingsprocedure	37
8.3.1 Belangrijke veranderingen door de rechtsbeschermingrichtlijn	37
8.3.2 Beroep bij aanbestedingsprocedure	37
8.3.3 Bezwaar maken	38
8.3.4 Risico: Juridische geschillen door aanbieders die afvallen	38
8.3.5 Risico: Negatieve reactie Raad van State en civiele rechter op vervlechting	39
9 Realisatiefase	40
9.1 Voorbereiding en uitvoering	40
9.2 Evaluatie	40
10 Algemene risico's bij vervlechting	41
10.1 Risico: Schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb)	41
10.2 Risico: Oneerlijke mededinging	42
10.3 Risico: Verschillende denkwijze	43
10.4 Risico: Hoge transactiekosten	43
10.5 Te weinig kennis en ervaring	44
10.6 Risico: Veranderde wet- en regelgeving	44
10.7 Risico: Onvoldoende kwaliteit en ervaring medewerkers	44
10.8 Risico: Beperkte zittingsduur van politieke partijen	45
10.9 Risico: Spanningen samenwerking tussen aanbesteding en planproces	45
10.10 Risico: Stakeholders	45

11 Conclusies en aanbeveling	46
11.1 Vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure	46
11.2 Risico's bij vervlechting	46
11.2.1 Vertraging	46
11.2.2 Tussentijdse beëindiging aanbestedingsprocedure	47
11.2.3 Rechtbeginselen moeilijk te waarborgen	47
11.2.4 Producten niet voldoen aan de eisen	47
11.2.5 Cherry picking	48
11.2.6 Schadevergoeding	48
11.2.7 In geding komen vertrouwelijkheid versus openbaarheid	48
11.2.8 Wijzigingen ontwerpen en dergelijke	48
11.2.9 Hoge transactiekosten	48
11.2.10 Niet beschikken over de nodige kwaliteiten, kennis en ervaring	48
11.2.11 Gerechtelijke procedures	48
11.2.12 Wijzigen commitment project	48
11.3 Belangrijke risico's van vervlechting voor de praktijk	49
11.4 Aanbeveling bij vervlechting	49
12 Evaluatie/vervolg onderzoek	50
12.1 Evaluatie van mijn onderzoek	50
12.2 Vervolgonderzoek over vervlechting	51
12.3 Mijn mening over vervlechting	51
Bronvermelding	52
Bijlagen	

Samenvatting

Dit rapport bevat een onderzoek naar risico's bij vervlechting. Het rapport geeft een inventarisatie weer van de risico's van vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure. Voor het onderzoek is gebruik gemaakt van de onderzoeksmethoden deskresearch en fieldresearch. Er is informatie verzameld uit bestaande gegevens zoals uit literatuur, internet, brochures, wet- en regelgeving en jurisprudentie (deskresearch). Daarnaast zijn er interviews afgenomen bij verschillende deskundigen (fieldresearch).

In Nederland hebben we een groot fileprobleem. Om de files terug te dringen is het belangrijk dat er extra snelwegen worden aangelegd of dat bestaande snelwegen worden gewijzigd. Het aanleggen en wijzigen van een snelweg mag in Nederland niet zomaar gebeuren. De besluitvorming over het aanleggen of wijzigen van een snelweg is vastgelegd in de Tracéwet.¹ De Tracéwet is een procedurewet. Overheden moeten naast het doorlopen van de Tracéwetprocedure een werk Europees aanbesteden als die boven bepaalde drempelbedragen komt.² Bij vervlechting wordt gebruik gemaakt van de aanbestedingsprocedure concurrentiegericht dialogisch. Van deze procedure wordt gebruik gemaakt indien een aanbestedende dienst/opdrachtgever alleen niet in staat is om technische oplossingen te vinden of de juridische en/of financiële voorwaarden van een project niet weet te specificeren.

Rijkswaterstaat³ (RWS) heeft ervoor gekozen om de beide procedures te gaan vervlechten. In de normale procedure verlopen deze procedures apart en na elkaar (klassieke situatie). Eerst wordt dan de Tracéwetprocedure doorlopen en daarna als de procedure is afgerond start de aanbestedingsprocedure.

Bij vervlechting loopt de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure (gedeeltelijk) parallel en op bepaalde momenten verknopen beide procedures elkaar. Het doel is om marktbetrokkenheid te realiseren en om de kennis optimaal te benutten. Andere redenen zijn efficiency, financiële zekerheid en tijdwinst.⁴ In de normale situatie wordt eerst de Tracéwetprocedure doorlopen en als die procedure is afgerond wordt de aanbestedingsprocedure doorlopen.

Risico's die kunnen ontstaan zijn dat er vertraging op treedt, dat de aanbestedingsprocedure tussentijds wordt beëindigd, dat de rechtbeginselen moeilijk te waarborgen zijn, dat de producten (bijv. milieueffectrapportage) die opgesteld moeten worden niet voldoen aan de eisen, dat er schadevergoeding uitgekeerd moet worden, er cherrypicking kan plaatsvinden, dat de vertrouwelijkheid versus de openbaarheid in het geding komen, dat er veranderingen in wet- en regelgeving kunnen optreden, hoge transactiekosten, dat de medewerkers niet beschikken over de nodige kwaliteiten, kennis en ervaring, dat er meer gerechtelijke procedures worden gestart en dat de commitment voor het project kan wijzigen.

Voor de opdrachtgever en de marktpartijen is het belangrijk de risico's beheersbaar te maken, want anders heeft vervlechting geen nut. Belangrijk daarbij is om de risico's weg te leggen bij de partij die ze het beste kan beheersen en daarmee kan inperken op ontstaan ervan.

¹ De Tracéwet geldt ook voor het aanleggen en wijzigen van een spoorweg en een hoofdvaarweg

² Zoals opgenomen in de verordening 1422/2007 (2008/2009) en verordening 1177/2009 (2010/2011)

³ Rijkswaterstaat zorgt ervoor, in opdracht van het ministerie van Verkeer en Waterstaat, dat het nationale netwerk aan wegen en vaarwegen wordt beheerd en ontwikkeld. Rijkswaterstaat voert kort gezegd het beleid uit

⁴ <www.verkeerenwaterstaat.nl>, onderwerpen, kennis en innovatie, Publiek-private samenwerking, publicaties, werkwijzer vervlechting tracé/mer- en aanbestedingsprocedure bij infrastructurele projecten, datum 16 oktober 2009

Verklarende woordenlijst

Aanbesteden	Opdrachten met een waarde boven de drempelbedragen zijn verplicht om Europees aanbesteed te worden. Bij grote infrastructurele projecten die onder vervlechting vallen is vrijwel altijd sprake van Europees aanbesteden, omdat de opdrachten boven de drempelbedragen uitkomen. In het verdere rapport wordt ook hiervan uitgegaan.
Aanbesteder	Publieke partij die de aanbestedingsprocedure stuurt en een keuze maakt voor de marktpartij die het beste ontwerp/plan maakt en binnen het budget blijft.
Aannemer	Onderneming die bouwactiviteiten uitvoert.
ARW 2005	Aanbestedingsreglement Werken 2005.
Awb	Algemene Wet Bestuursrecht.
BAM	Hiermee wordt de BAM in zijn algemeenheid bedoeld. Afkorting BAM betekent Bataafsche Aanneming Mij van Bouw- en Betontimmerwerken v/h Firma J. van der Wal en Zoon. ⁵
BAM Civiel	BAM Civiel is een werkmaatschappij binnen de Koninklijke BAM Groep nv. BAM Civiel is gespecialiseerd in het ontwikkelen, ontwerpen, bouwen, beheren en onderhouden van grote, kleine, complexe en eenvoudige civiele en industriële constructies. ⁶
BAM Infraconsult	BAM Infraconsult bv is een werkmaatschappij binnen de Koninklijke BAM Groep nv. Dit is de organisatie die een afstudeerplek beschikbaar heeft gesteld. BAM Infraconsult is het advies- en ingenieursbureau voor de sector Infra van Koninklijke BAM Groep nv en verleent primair diensten voor de sectorbedrijven BAM Civiel, BAM Wegen, BAM Rail en BAM Infratechniek. ⁷
Bao	Besluit aanbestedingen voor overheidsopdrachten.
Bass	Besluit aanbestedingen speciale sectoren.
Bestuurlijke omgeving	Ministerie van Verkeer en Waterstaat, gemeente en provincie.
Bestuursovereenkomst	Dit is een document waarin verschillende partijen (gemeenten, provincies, waterschappen en rijksoverheden) afspraken vastleggen en zich hieraan binden.

⁵ <www.bam.nl>, Profiel, Geschiedenis, datum 10 december 2009.

⁶ <www.bam.nl>, Profiel, Werkmaatschappijen, BAM Civiel, datum 14 december 2009

⁷ <www.bam.nl>, Profiel, Werkmaatschappijen, BAM Infraconsult, datum 14 december 2009

Betrokkene	Hieronder wordt verstaan "een ieder" volgens artikel 7 lid 2 Tracéwet j.o. artikel 3:15 Awb.
BW	Burgerlijk Wetboek.
Cherrypicking	Concurrenten en/of de opdrachtgever nemen elementen uit plannen/ontwerpen van een deelnemer over. Dit is niet toegestaan.
Consultatie	Terugkoppeling van de integrale plannen naar bewoners, ondernemers en andere belanghebbenden waarover zij hun mening kunnen geven. Hiervan is gebruik gemaakt bij de A2 Maastricht. ⁸
Deelnemers	Marktpartijen geselecteerd voor de aanbesteding.
Directe werking	Betekent dat een burger of een rechtspersoon bij de nationale rechter een beroep kan doen op een Europeesrechtelijke norm/bepaling.
Drempelbedragen	Opdrachten die boven de waarde van de drempelbedragen uitkomen zijn verplicht dit aan te besteden volgens Europese regelgeving. De drempelbedragen voor de periode 2008-2009 zijn gepubliceerd in verordening 1422/2007. De drempelbedragen voor de periode 2010-2011 zijn gepubliceerd in verordening 1177/2009. De drempelbedragen worden om de twee jaar opnieuw vastgesteld door de Europese commissie. ⁹
EG-Verdrag	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.
EMVI	Economisch Meest Voordelige Inschrijving. Bij de gunningcriteria EMVI wordt er niet alleen naar de laagste prijs gekeken, maar ook naar andere criteria zoals tijd, milieuaspecten, risico's, gebruikskosten, functionele kenmerken enzovoorts.
Gunning	Houdt in dat de aanbestede opdracht toegewezen wordt aan een inschrijver.
Hoofdinfrastructuur	Hoofdwegen, landelijke spoorwegen en hoofdvaarwegen, waarvoor verbindingen zijn aangegeven op een kaart van indicatieve en limitatieve hoofdweg-, spoorweg- en hoofdvaarwegverbindingen, die behoren tot een structuurvisie als bedoeld in artikel 2.3 van de Wet ruimtelijke ordening. ¹⁰

⁸ *Drie plannen op een rij*, Projectbureau A2 Maastricht, Maastricht november 2008, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, juli 2006, pag. 55

⁹ <www.europadecentraal.nl>, Home, Dossiers, Aanbestedingen, Voorpagina, Drempelwaarden, datum 15 december 2009

¹⁰ Artikel 1 lid 1 sub c tot en met e Tracéwet

Infrastructurele projecten / werken	Infrastructuur zijn onroerende voorzieningen zoals wegen, spoorwegen, vliegvelden, vaarkanalen, bruggen, tunnels enzovoorts. Het aanleggen van een weg vindt vrijwel altijd op projectbasis plaats en daarom wordt de term infrastructurele projecten gebruikt. Het realiseren van een weg wordt een werk genoemd. Uitleg van de begrippen werk en project, zijn verderop in de woordenlijst te vinden.
Marktpartij	Private onderneming, die het project kan/wil uitvoeren of daaraan een bijdrage levert. ¹¹
M.e.r.	Milieueffectrapportage.
MER	Milieueffectrapport.
Min. VenW	Ministerie van Verkeer en Waterstaat.
Min. VROM	Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer.
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit.
Normale procedure	Bij deze procedure wordt eerst de Tracéwetprocedure doorlopen en na afronding daarvan start de aanbestedingsprocedure (klassieke situatie).
Objectiviteit	Niet door een eigen voorkeur laten beïnvloeden. Onbevooroordeeld.
Ondernemer	Eigenaar van een bedrijf.
Opdrachtgever	De Staat der Nederlanden, ministerie van Verkeer en Waterstaat, Rijkswaterstaat.
Planologische procedure/ Planprocedure	Om hoofdinfrastructuur aan te leggen moet er een wettelijke procedure worden doorlopen. Daarbij spelen natuur en milieu een belangrijke rol. Deze procedure duurt enkele jaren en voor burgers, bedrijven enz. is er een mogelijkheid om via de inspraakprocedures een zienswijze naar voren te brengen. Voorbeelden zijn de Tracéwetprocedure, de bestemmingsplanprocedure etc.
Project	Een tijdelijke activiteit om een werk te realiseren binnen een bepaald budget.
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

¹¹ *Ambitiedocument*, De vraag aan de markt, Projectbureau A2 Maastricht, Maastricht, april 2007, pag. 70

Richtlijn 2004/18/EG	Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.
Richtlijn 2004/17/EG	Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.
Richtlijn 89/665/EEG	Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken.
Richtlijn 92/13/EEG	Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie.
Richtlijn 2007/66/EG	Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 1997 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.
RWS	Rijkswaterstaat.
Stakeholders	Personen of organisaties die invloed kunnen uitoefenen op een specifiek besluit of project die invloed heeft op zijn of haar leefomgeving, belangen etc. Is vergelijkbaar met het belanghebbenden begrip in het bestuursrecht. Bij de Tracéwetprocedure kan "een ieder" invloed uitoefenen.
TED	Tenders Electronic Daily. Hierop worden de aanbestedingen voor de hele Europese Unie bekend gemaakt.
Transparantie	Toegankelijk, open en zichtbaar.

Verordening 1422/2007	Verordening 1422/2007 van de commissie van 4 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft hun toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten.
Verordening 1177/2009	Verordening 1177/2009 van de commissie van 30 november 2009 tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG, 2004/18/EG en 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft hun toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten.
Vervlechtingprocedure	De Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure lopen (gedeeltelijk) parallel en op bepaalde momenten verknopen beide procedures elkaar. In formele zin blijven het twee afzonderlijke procedures.
Werk	Definitie volgens artikel 1 lid 2 sub b Richtlijn 2004/18/EG: Overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van de in bijlage I ¹² vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. Een 'werk' is het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.
Wg	Wet geluidhinder.
WIRA	Wetsvoorstel Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijnen Aanbesteden.
Wm	Wet Milieubeheer.
WOB-verzoek	Informatie van de overheid over beleid en uitvoering wordt op diverse manieren openbaar gemaakt. Bijvoorbeeld via internet, persberichten, folders of Postbus 51-spotjes op radio en/of televisie. Als een burger of onderneming meer informatie wil hebben is er een mogelijkheid tot het indienen een verzoek tot openbaarmaking van bepaalde overheidsinformatie. Dit heet een WOB-verzoek. ¹³

¹² Hier wordt bedoeld bijlage I van Richtlijn 2004/18/EG

¹³ <www.postbus51.nl>, Overheid en democratie, Organisatie van de overheid, Vragen, Wat is de Wet openbaarheid van bestuur (Wob)?, Wob-verzoek, datum 28 december 2009

1 Inleiding

In Nederland hebben we een groot fileprobleem. Iedere werkdag horen we op de radio welke files er staan en zien we het op de televisie. Om de files terug te dringen is het belangrijk dat er extra snelwegen worden aangelegd of dat bestaande snelwegen worden gewijzigd. Het aanleggen en wijzigen van een snelweg mag in Nederland niet zomaar gebeuren, omdat het een grote weerslag kan hebben op de omgeving. Bij het aanleggen of wijzigen van een snelweg zijn diverse belangen, bijvoorbeeld gezondheid en leefomgeving, betrokken die goed moeten worden afgewogen. De besluitvorming over het aanleggen of wijzigen van een snelweg is vastgelegd in de Tracéwet, de Wet milieubeheer en de Algemene wet bestuursrecht. De Tracéwet geldt ook voor het aanleggen en wijzigen van een spoorweg en een hoofdvaarweg. De Tracéwet is een procedurewet en er wordt ook wel gesproken over de Tracéwetprocedure.

Naast de Tracéwetprocedure moet voor het aanleggen of wijzigen van een snelweg, een werk/project aanbesteed worden omdat daarmee veel geld gemoeid gaat, die boven bepaalde drempelbedragen komt zoals opgenomen in de verordening 1422/2007 (2008/2009) en verordening 1177/2009 (2010/2011) en dan is Europees aanbesteden verplicht. Dit wordt de aanbestedingsprocedure genoemd. Toegespitst op aanleggen of wijzigen van een snelweg houdt dit in dat Rijkswaterstaat (RWS)¹⁴ een project kenbaar maakt, inclusief selectie- en gunningcriteria, of nodigt marktpartijen daarvoor uit en dan kunnen geïnteresseerden, zoals de BAM¹⁵, zich inschrijven voor dat project. De marktpartij die het beste aan de selectie- en gunningcriteria voldoet, die RWS heeft opgesteld, kan kort gezegd het project gegund krijgen en mag het werk dan realiseren.

1.1 Normale procedure en de vervlechtingprocedure

In de normale procedure verlopen deze procedures apart en na elkaar (klassieke situatie). Eerst wordt dan de Tracéwetprocedure doorlopen en daarna als de Tracéwetprocedure is afgerond start de aanbestedingsprocedure. RWS heeft ervoor gekozen om de beide procedures te gaan vervlechten. Dat houdt in dat de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure beide parallel lopen en dat deze elkaar op bepaalde momenten verknopen. De marktpartijen worden dan vroegtijdig in het proces betrokken. De keuze van RWS voor vroegtijdige betrekking in het proces is om marktpartijen meer kansen te bieden voor inbreng van hun ideeën en creativiteit, zodat er een optimale oplossing wordt bereikt, tijdwinst en betere financiële zekerheid omdat de financiën eerder inzichtelijk worden.¹⁶ Voor meer informatie over de keuze van vervlechting zie dan de Werkwijzer vervlechting¹⁷ en de Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009.¹⁸

Het artikel op de volgende pagina uit de Cobouw geeft een voorbeeld van een project, de A4 Steenbergen, waarbij sprake is van vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure. Hierbij zijn de marktpartijen ook vroegtijdig in het planproces betrokken om daarmee de bovenstaande doelen bereiken. De BAM heeft hieraan ook deelgenomen, maar heeft het helaas niet gegund gekregen. De BAM is tweede geworden.

¹⁴ Rijkswaterstaat zorgt ervoor, in opdracht van het ministerie van Verkeer en Waterstaat, dat het nationale netwerk aan wegen en vaarwegen wordt beheerd en ontwikkeld. Rijkswaterstaat voert kort gezegd het beleid uit.

¹⁵ Hiermee wordt de BAM in zijn algemeenheid bedoeld

¹⁶ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 31 en 32

¹⁷ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 31 en 32

¹⁸ *Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009*, Rijkswaterstaat, Dienst Infrastructuur, Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, Utrecht: WB Consulting augustus 2009, pag. 19, 20 en 21

Bouw A4 Steenbergen prooi drie aannemers¹⁹

STEENBERGEN - Aannemers MNO Vervat, Haverkort Voormolen TBI Infra en Ooms Constructions gaan in combinatieverband de A4 bij Steenbergen inclusief aquaduct bouwen. Rijkswaterstaat heeft de opdracht gisteren officieel gegund. De aannemerscombinatie versloeg bij de aanbesteding, die volgens de procedure van de concurrentiegericht dialogo verliep, vier niet nader genoemde andere partijen. MNO Vervat, Haverkort Voormolen en Ooms Constructions zullen het gekozen ontwerp nu verder uitwerken in een ontwerp-Tracébesluit. Deze zal in december ter visie worden gelegd, aldus Rijkswaterstaat. Zij verwacht dat begin 2011 kan worden begonnen met de aanleg van de nieuwe A4 in West-Brabant. In 2013 moet de snelweg, die twee keer twee rijstroken krijgt, worden opgeleverd. De technische uitvoering kost ongeveer 100 miljoen euro. De totale kosten van het project bedragen 205 miljoen euro en worden gedeeld door het Rijk, provincie Noord-Brabant en de gemeente Steenbergen. Met de bouw van de 19 kilometer lange weg wordt de ontbrekende schakel van de A4 tussen Dinteloord en Bergen op Zoom ingevuld. De weg vormt een belangrijke corridor voor (vracht-) verkeer tussen Amsterdam, Rotterdam en Antwerpen. Het aquaduct is nodig om de haven van Steenbergen goed te kunnen ontsluiten.

De vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure houdt voor marktpartijen in, dat deze invloed hebben op het ontwerp en het uiteindelijke Tracébesluit. Dit was in het verleden niet mogelijk. BAM Infraconsult²⁰ wil graag dat de risico's van vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure in kaart worden gebracht. Wat gebeurt er bijvoorbeeld als het Tracébesluit wordt vernietigd door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en het werk is al definitief gegund?

Voor de BAM is het belangrijk de risico's te kennen en te beheersen omdat er bij infrastructurele projecten veel geld gemoeid gaat.

1.2 De A4 Steenbergen en de A2 Maastricht

In dit rapport zullen de projecten de A4 Steenbergen, hierboven besproken, en de A2 Maastricht nader aan bod komen omdat dit twee vervlechtingprojecten zijn, waaruit algemene bevindingen zijn gehaald. De BAM heeft ook deelgenomen aan de aanbesteding van de A2 Maastricht, maar is tussentijds afgehaakt om diverse redenen.²¹ Naast deze projecten zijn er ook nog andere vervlechtingprojecten zoals de Tweede Coentunnel, maar deze zullen niet behandeld worden.

Kort wordt toegelicht wat beide projecten inhouden:

De A2 Maastricht wordt net voor de stad gestopt door stoplichten. Wat voor de nodige overlast en files zorgt. Voor de A2 Maastricht is het plan de Groene Loper bedacht door de marktpartij Avenue2, wat inhoudt dat de A2 Maastricht in tunnels gaat overlopen om voor een betere doorstroming te zorgen en om de bereikbaarheid, leefbaarheid en verkeersveiligheid te verbeteren waarbij een groene omgeving centraal staat. De A2 Maastricht is dus gegund aan Avenue2. De opdrachtgever en Avenue2 zijn medio december 2009 bezig met het opstellen van het Ontwerp Tracébesluit. Bij dit project is het ook interessant dat er een Ruimtelijke ordeningsprocedure procedure loopt i.v.m. de vastgoedontwikkeling.²²

¹⁹ Joost Zwaga, 'Bouw A4 Steenbergen prooi drie aannemers', Cobouw 26 augustus 2009

²⁰ BAM Infraconsult BV is een werkmaatschappij binnen de Koninklijke BAM Groep NV. Dit is de organisatie die een afstudeerplek beschikbaar heeft gesteld

²¹ De risico's werden te groot en dan met name met betrekking tot het vastgoed. Financiering van de tunnel moest voortkomen uit vastgoedontwikkeling daarboven. Aangezien meer mensen Maastricht verlaten is het een te groot risico om de tunnel te financieren uit vastgoed.

²² <www.maastricht.nl>, Zoeken, Historisch overzicht A2 Maastricht, datum 15 september 2009

Bij de A4 Steenbergen komt er een nieuwe snelweg, inclusief aquaduct, die een belangrijke verbinding gaat vormen richting Zeeland en Bergen op Zoom voor het vrachtverkeer en het gewone verkeer. Aanleg van deze weg zorgt voor minder ontlasting van het lokale wegennet, met als resultaat minder milieuproblematiek en meer verkeersveiligheid. Het project is gegund aan de aannemerscombinatie MNO Vervat, Haverkort Voormolen TBI Infra en Ooms Constructions²³ en de bedoeling was om medio december 2009 het Ontwerp Tracébesluit ter inzage te leggen, maar dit is op 31 december 2009 nog niet ter inzage gelegd.

1.3 Doelstelling

Op basis van het hierboven beschrevene is de doelstelling van dit onderzoek om uiterlijk 3 januari 2010 een onderzoeksrapport voor BAM Infraconsult bv te hebben opgesteld met een inventarisatie van de risico's met betrekking tot de vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure.

1.4 Vraagstelling en deelvragen

De vraag die in dit onderzoek centraal staat is:

Welke risico's zijn er verbonden aan de vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure en wat betekent dit voor de BAM?

Om de vraagstelling te kunnen beantwoorden moeten de onderstaande deelvragen beantwoord worden.

- Wat is er veranderd ten opzichte van de klassieke situatie (toen er nog geen vervlechting was van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure)?
- Wat zijn de kenmerken van de vervlechtingprocedure?
- Waar bevinden zich de knelpunten in de vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure?
- Wat zijn risico's en hoe spoor je die op?
- Hoe kunnen de risico's worden ingeperkt?

Als aanvulling op de centrale vraagstelling: ook de risico's vanuit de zijde van de opdrachtgever worden beschreven omdat beide partijen, zowel opdrachtgever als de marktpartijen, waaronder de BAM, de risico's van elkaar moeten kennen en deze gezamenlijk moeten beheersen.

1.5 Methode van onderzoek

In dit onderzoek is gebruik gemaakt van de methodes deskresearch en fieldresearch. Er is informatie verzameld uit bestaande gegevens zoals uit literatuur, internet, brochures, wet- en regelgeving en jurisprudentie (deskresearch). Daarnaast zijn er interviews afgenomen bij verschillende deskundigen. Er hebben interviews plaatsgevonden bij Rijkswaterstaat voor de A4 Steenbergen, het projectbureau A2 Maastricht, bij een contractjurist van BAM Civiel en een risicomanager van BAM Infraconsult. Ook is het congres "Vervlechting, Sneller en Beter" op 12 november 2009, georganiseerd door het ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat bezocht (fieldresearch).

Het onderzoek is gestart door eerst kennis te maken met vervlechting. Er is informatie, waaronder literatuur, internet, brochures, wet- en regelgeving bestudeerd en er zijn interviews afgenomen. Aan de hand van de verzamelde informatie is de centrale vraag

²³ <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Actueel, Nieuws- en persberichten, Aannemerscombinatie aanleg A4 Steenbergen bekend (25-08-2009), datum 28 december 2009

beantwoord. Binnen het onderzoek is er veel waarde gehecht aan betrouwbaarheid. Literatuur en dergelijke is vergeleken met elkaar en kritisch beoordeeld. De bron daarbij speelde een belangrijke rol. Ook is er zo veel mogelijk gebruik gemaakt van recente informatie.

1.6 Leeswijzer

In de volgende hoofdstukken wordt eerst de vervlechting, de aanbestedingprocedure, de concurrentie gerichte dialoog, en de Tracéwet kort uitgelegd. Dit is gedaan om kennis te maken met de onderwerpen voordat hier dieper op wordt ingegaan. Daarna zal stapsgewijs aan de hand van fases (de startfase, definitiefase, onderzoeksfase, uitwerkingsfase en een realisatiefase) van vervlechting het verloop van beide procedures (Tracéwetprocedure en aanbestedingsprocedure) en de risico's van vervlechting worden beschreven. De risico's worden bij de fases beschreven om het verloop daarin duidelijk weer te geven. Hoofdstuk 10 bevat algemene risico's, die niet direct op fases te herleiden zijn. De risico's zijn afkomstig uit literatuur, praktijkvoorbeelden, interviews en het congres Vervlechting, Sneller en Beter. Ook zijn er risico's opgenomen die niet rechtstreeks uit een bron te herleiden zijn, maar waarvan verwacht wordt dat die kunnen ontstaan. In de hoofdstukken 5 tot en met 8 worden de risico's omlijnd en schuin weergegeven. Dit is gedaan voor degene die al bekend zijn met vervlechting en de daarbij horende Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure. De daaromheen geschreven tekst kan dan worden overgeslagen. Ook wordt ieder risico met een titel aangegeven. Bijvoorbeeld "risico: Opstellen milieueffectrapportage door de marktpartijen". Dit is een benaming voor het risico, want het risico is dat de milieueffectrapportage door gebrek aan ervaring en kennis bij de marktpartijen niet voldoet aan de eisen van de Wm.²⁴ In hoofdstuk 10 worden de algemene risico's beschreven die niet direct betrekking hebben op de fases. Omdat deze risico's elkaar direct opvolgen worden deze niet omlijnd en schuin weergegeven.

In de bijlage is de Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009²⁵ opgenomen. Dit is gedaan omdat de Monitor nog niet verkrijgbaar is. De Monitor vervlechting 2007²⁶ en Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedingsprocedure bij infrastructurele projecten²⁷ zijn wel via internet verkrijgbaar. Deze kunnen op de internetsite van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat worden opgezocht onder onderwerpen en dan publicaties.²⁸

1.7 Randvoorwaarden

In dit afstudeerrapport wordt bij de vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure uitgegaan van het aanleggen of wijzigen van snelwegen en niet van spoorwegen²⁹ en vaarwegen.³⁰ In dit afstudeerrapport wordt voornamelijk de term opdrachtgever gebruikt in plaats van de term aanbestedende dienst³¹ of aanbestedder. Ook wordt de opdrachtgever, Rijkswaterstaat (RWS) genoemd. De deelnemende ondernemers worden voornamelijk marktpartijen genoemd.

²⁴ Hoofdstuk 7 van de Wet milieubeheer (Wm) en het Besluit milieueffectrapportage 1994

²⁵ *Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009*, Rijkswaterstaat, Dienst Infrastructuur, Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, Utrecht: WB Consulting augustus 2009, pag. 19, 20 en 21

²⁶ *Monitor vervlechting 2007*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Opgesteld door de RWS BD Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, uitgave 2007

²⁷ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 31 en 32

²⁸ www.verkeerenwaterstaat.nl

²⁹ Bij de spoorwegen is Prorail de beheerder en ontwikkelaar in opdracht van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat

³⁰ Spoorwegen en vaarwegen komen wel aan bod in hoofdstuk 4

³¹ Artikel 1 lid 9 richtlijn 2004/18/EG

2 Vervlechting

In paragraaf 2.1 wordt beschreven wat vervlechting is. In paragraaf 2.2 wordt beschreven wat de gewenste kenmerken zijn van vervlechting. In paragraaf 2.3 wordt de aanbestedingsprocedure beschreven. In paragraaf 2.4 wordt beschreven hoe vervlechting in zijn werk gaat en tot slot beschrijft paragraaf 2.5 de fases van het vervlechtingproces.

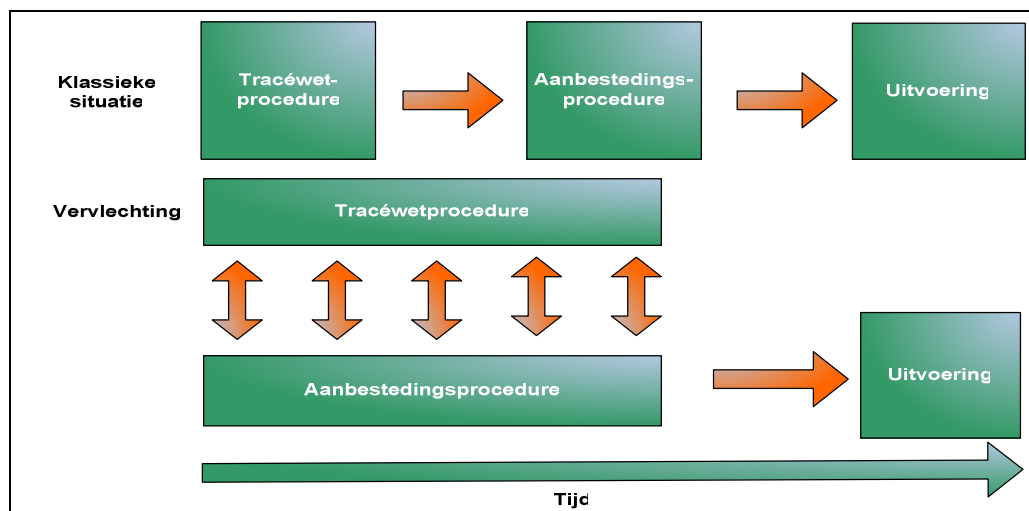
2.1 Wat is vervlechting?

Bij grote en complexe infrastructurele projecten werd in het verleden³² eerst de Tracéwetprocedure doorlopen en als die procedure was afgerond werd er een start gemaakt met de aanbestedingsprocedure (klassieke situatie). Bij vervlechting loopt de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure (gedeeltelijk) parallel en op bepaalde momenten verknopen beide procedures elkaar (nieuwe situatie). In formele zin blijven het twee afzonderlijke procedures. RWS heeft voor vervlechting de volgende definitie:

Vervlechting: "Het (deels) parallel laten lopen van een planologische procedure met een aanbestedingsprocedure, waarbij deze procedure op bepaalde momenten met elkaar worden verknoot. Het doel hiervan is marktbetrokkenheid in het voortraject te bewerkstelligen, teneinde beter, goedkoper, sneller en/of efficiënter uitgevoerde projecten te verkrijgen."³³

Vervlechting is in het leven geroepen omdat de markt behoefte heeft aan betrokkenheid bij de planprocedure (ontwikkeling), dit vanwege de toenemende complexiteit en de kansen die dat biedt. Het optimaal benutten van de kennis speelt daarbij een rol. Andere redenen zijn efficiency, financiële zekerheid en tijdwinst.³⁴

Hieronder, in figuur 1, wordt aangegeven wat het verschil is tussen de klassieke situatie en de nieuwe situatie (vervlechting).³⁵



Figuur 1

³² Er wordt gesproken over verleden, maar de klassieke situatie wordt ook nog steeds doorlopen.

³³ *Monitor vervlechting 2007*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Opgesteld door de RWS BD Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, uitgave 2007, pag. 5

³⁴ <www.verkeerenwaterstaat.nl>, onderwerpen, kennis en innovatie, Publiek-private samenwerking, publicaties, werkwijzer vervlechting tracé/mer- en aanbestedingsprocedure bij infrastructurele projecten, datum 16 oktober 2009

³⁵ *Monitor vervlechting 2007*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Opgesteld door de RWS BD Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, uitgave 2007, pag. 5

2.2 Gewenste kenmerken van vervlechting

Het ministerie van Verkeer en Waterstaat (Min. VenW) en RWS hebben beschreven welke kenmerken gewenst zijn bij de vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure. Voor vervlechting dient een aanbestedingsprocedure te worden gekozen waarmee meerwaarde kan worden gegenereerd door de inzet van de marktpartijen. Een aanbestedingsprocedure dient de volgende kenmerken te hebben.³⁶

1. Ontwikkeling oplossingen op basis van een functionele specificatie

De opdrachtgever vermeldt de functionele eisen waaraan de gewenste oplossing dient te voldoen. Afhankelijk van de vordering van het project in de Tracéwetprocedure worden mogelijke oplossingen door de marktpartijen aangedragen en uitgewerkt naar een gedetailleerder niveau. De aanbestedingsprocedure moet voor dit ontwerpproces de ruimte bieden.³⁷

2. Vertrouwelijke dialoog tussen aanbesteder/opdrachtgever en marktpartij

Er is behoefte aan een overleg tussen publieke (RWS) en private partijen (marktpartijen). Overleg is bijvoorbeeld nodig om vast te stellen in hoeverre de ideeën passen in de vraagstelling. De communicatie moet open plaatsvinden. Belangrijk hierbij is dat een marktpartij zijn commerciële belangen beschermd wil hebben tegenover andere concurrenten, anders zal de marktpartij geen inzicht geven in zijn ideeën over het ontwerp. Overleg dient daarom afzonderlijk en in vertrouwen plaats te vinden.³⁸

3. Fasering in meerdere opvolgende fasen, elke fase af te sluiten met een aanbidding

Bij de vervlechting is het belangrijk te streven naar overeenkomstige besluitvorming, in zowel de aanbestedingsprocedure als in de Tracéwetprocedure. De verschillende procedures moeten synchroon lopen in tijd en in inhoud. Lopen beide procedures onomkeerbaar uiteen dan is de vervlechtingprocedure mislukt. De gewenste aanbestedingsprocedure moet een mogelijkheid tot faseren hebben die aansluit op de fasering van de Tracéwetprocedure. In iedere fase van zowel de aanbestedingsprocedure als de Tracéwetprocedure dient overleg met de partijen (opdrachtgever en marktpartijen) mogelijk te zijn. De inhoud van de aanbiddingen van de aanbestedingsprocedure worden input voor de Tracéwetprocedure en omgekeerd dienen adviezen, inspraakreacties en publieke besluitvorming weer input voor de aanbestedingsprocedure.³⁹

4. Competitie over meerdere fasen

De opdrachtgever dient erop toe te zien dat er voldoende marktwerking is in de aanbestedingsprocedure. Gezien de wens van fasering van de vervlechtingprocedure is het wenselijk dat de aanbestedingsprocedure een competitie tussen marktpartijen in de hand wekt die zich over meerdere fasen uitstrekt. Door de competitie vallen er marktpartijen af en uiteindelijk blijft er één partij over.⁴⁰

³⁶ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 23

³⁷ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 24

³⁸ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 24

³⁹ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 24

⁴⁰ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 24

2.3 Aanbestedingsprocedure - concurrentiegericht dialoge

Voor vervlechting is de concurrentiegericht dialoge⁴¹ als aanbestedingsprocedure het beste te hanteren. Deze procedure is speciaal ontwikkeld voor complexe infrastructurele projecten. De opdrachtgever krijgt met deze procedure een mogelijkheid tot maatwerk, want er wordt zo goed mogelijk aansluiting op de Tracéwetprocedure gezocht.⁴² Bij de A2 Maastricht en de A4 Steenbergen is ook gebruik gemaakt van de concurrentiegericht dialoge.

De onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking kan ook gehanteerd worden bij vervlechting, maar heeft als probleem dat het slechts bij uitzondering mag worden toegepast. Van deze procedure mag gebruik gemaakt worden als er sprake is van een "buitengewoon geval waarvan de aard en de omstandigheden een vaststelling vooraf van de totale prijs niet mogelijk maken".⁴³ Deze procedure komt niet nader aan de orde. De concurrentiegericht dialoge wordt nog wel nader toegelicht in paragraaf 3.3 en verder.

2.4 Hoe gaat vervlechting in zijn werk

Beide procedures, de aanbestedingsprocedure (concurrentie gericht dialoge) en de Tracéwetprocedure, verlopen in fases. De hoofdlijn is als volgt.

- In de Tracéwetprocedure worden vanuit de probleemstelling in de startnotitie oplossingen gegenereerd en vervolgens onderzocht. Uiteindelijk wordt eraan de hand van wettelijke eisen, richtlijnen en beleid een voorkeursvariant gekozen, die wordt uitgewerkt tot een Tracébesluit.
- Bij de concurrentiegericht dialoge maken de marktpartijen in de eerste fase ideeën en onderzoeken deze ideeën op de slagingskans. De oplossing die het meest kansrijk is wordt aangeboden aan de aanbesteder. De aanbesteder gaat met de marktpartijen verder die een meest succesvolle inschrijving hebben gedaan. Uiteindelijk wordt de meest economisch voordelige inschrijving gekozen en uitgewerkt.⁴⁴

Beide procedures vormen een trechtervormige proceslijn, want uit de probleemstellingen worden verschillende oplossingen gegenereerd en onderzocht. Uiteindelijk wordt er één oplossing gekozen, respectievelijk een Tracébesluit en de economisch meest voordeligste aanbieding. Wezenlijk is dat de processen van de aanbestedingsprocedure en de Tracéwetprocedure samenvallen, dat wil zeggen dat de overeenkomstige fasen worden gecombineerd en de besluitmomenten in de afzonderlijke procedures samenvallen. Een aandachtspunt daarbij is dat er vermeden moet worden dat beide procedures niet op hetzelfde eindpunt uitkomen. De ene procedure moet namelijk de andere procedure voeden met informatie.⁴⁵

⁴¹ Artikel 29 richtlijn 2004/18/EG en artikel 28 BAO

⁴² J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 28

⁴³ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 25

⁴⁴ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 33

⁴⁵ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 33

2.5 Fases vervlechtingproces

RWS hanteert voor het vervlechtingproces diverse fases, namelijk: de startfase, de definitiefase, de onderzoeksfase, de uitwerkingsfase en de realisatiefase. Deze fases worden voor het rapport ook aangehouden. Kort worden deze fases uitgelegd.

2.5.1 De startfase

De startfase houdt in dat de minister van het min. VenW met een voornemen voor een project komt. Er wordt een verkenning uitgevoerd. Bij de start worden eventuele afspraken vastgelegd in een bestuursovereenkomst. In deze fase start ook de aanbestedingsprocedure middels een aankondiging. De marktpartijen kunnen zich daarvoor aanmelden en als zij worden geselecteerd, mogen zij een conceptuele oplossing indienen.

2.5.2 De definitiefase

De definitiefase houdt in dat de meest kansrijke oplossingen uit de aanbestedingsprocedure worden geselecteerd en die worden in de startnotitie opgenomen en de startnotitie wordt ter inspraak en advisering voorgelegd, waaruit de richtlijnen volgen. De startnotitie beschrijft ook welke milieueffecten er onderzocht gaan worden.

2.5.3 De onderzoeksfase

De onderzoeksfase houdt in dat de deelnemende marktpartijen hun oplossingen aan de hand van de richtlijnen onderzoeken op relevante effecten en verder in detail uitwerken. Daarna dienen de deelnemende marktpartijen hun aanbieding in ter beoordeling. De Trajectnota/MER wordt opgesteld en ter inspraak en advisering voorgelegd. De daaruit volgende inspraakreacties en adviezen worden door de marktpartijen in de definitieve aanbieding verwerkt. Daarna neemt het bevoegde gezag een standpunt in met betrekking tot het voorkeursalternatief. De inschrijving die het dichtst bij het standpunt in de buurt komt, voldoet aan de vooraf vastgestelde gunningcriteria en die de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) is, krijgt de opdracht voorlopig gegund.

2.5.4 De uitwerkingsfase

De uitwerkingsfase houdt in dat de voorlopig gegunde aanbieder het Ontwerp Tracébesluit uitwerkt, die ter advisering en inspraak wordt voorgelegd. Daarna wordt het Tracébesluit opgesteld en de ontvangen inspraakreacties en adviezen worden daarin verwerkt. Uiteindelijk vindt definitieve gunning plaats na het vaststellen van het Tracébesluit. In deze fase eindigt de vervlechtingprocedure.

2.5.5 De realisatiefase

Tot slot volgt de realisatiefase en die houdt kort gezegd in dat het project wordt gerealiseerd. In deze fase is er geen sprake meer van vervlechting.⁴⁶
In de hoofdstukken 5 tot en met 9 zullen deze fases nader aan bod komen.

RWS hanteert diverse modellen voor vervlechting, voor dit rapport wordt ervan uitgegaan dat de vervlechting start vóór de startnotitie omdat daarmee volledige vervlechting wordt weergegeven. Vervlechting kan bijvoorbeeld ook na de startnotitie en na het standpunt starten. Bij de A4 Steenberg en bijvoorbeeld is ervoor gekozen om vervlechting te laten starten na het standpunt.⁴⁷

⁴⁶ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 41 en 42 (Geldt voor paragraaf 2.5.1 tot en met 2.5.5)

⁴⁷ *Voorbeeldenboek Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009*, Rijkswaterstaat, Dienst Infrastructuur, Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, Utrecht: WB Consulting augustus 2009, pag. 19

3 De aanbestedingsprocedure

In dit hoofdstuk wordt de aanbestedingsprocedure beschreven. Paragraaf 3.1 behandelt het aanbestedingsrecht. Paragraaf 3.2 beschrijft de soorten procedures. Paragraaf 3.3 legt de concurrentiegerichtte dialoog uit. In paragraaf 3.4 worden de selectie- en gunningcriteria behandeld. In paragraaf 3.5 worden de rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht behandeld. Paragraaf 3.6 wordt kort, doormiddel van een figuur, het verloop van de procedure van de concurrentiegerichtte dialoog weergegeven.

3.1 Het aanbestedingsrecht

Voordat overheden contracten, voor het uitvoeren van bouwwerken, leveringen van producten en diensten of voor dienstverlening, sluiten moeten zij bekijken of deze aanbesteed moeten worden. Aanbesteden houdt in dat een overheidsorgaan, de opdrachtgever, kenbaar maakt dat hij een werk wil laten uitvoeren. De geïnteresseerde marktpartijen kunnen zich op dat werk inschrijven. De opdrachtgever, aanbestede, bepaald dan onder welke voorwaarden de opdracht wordt gegund. De ondernemer die het beste aan de voorwaarden voldoet krijgt dan uiteindelijk de opdracht gegund. Het doel van aanbesteden is om een eerlijke concurrentie te waarborgen en een corrupte overheid tegen te gaan.

De aanbestede (opdrachtgever) wordt ook wel een aanbestedende dienst genoemd. Als aanbestedende diensten worden aangemerkt de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.⁴⁸

Onder publiekrechtelijke instellingen wordt verstaan, instellingen die:

1. Opggericht met het doel te voorzien in behoeften van algemeen belang anders dan die van commerciële of industriële aard;
2. Rechtspersoonlijkheid;
3. In hoofdzaak door Staat of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierd dan wel onderworpen aan toezicht hiervan of hierdoor in bestuur voor meer van 50% vertegenwoordigd (onder invloedssfeer van de overheid).⁴⁹

De aanbestedende diensten die in Nederland bestaan zijn de volgende:

- Staat: Ministeries en Rijksdiensten;
- Provincies;
- Gemeenten;
- Waterschappen;
- Gemeentelijke regelingen;
- Publiekrechtelijke instellingen.⁵⁰

In bijlage III onder Nederland van Richtlijn 2004/18/EG staan de publiekrechtelijke instellingen aangegeven die voldoen aan de criteria die hierboven zijn beschreven en opgenomen zijn in artikel 1 lid 9, sub a, b en c Richtlijn 2004/18/EG.

Wettelijk zijn de aanbestedingsregels geregeld in de aanbestedingsrichtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG. Richtlijn 2004/18/EG geldt voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Richtlijn 2004/17/EG geldt voor opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

⁴⁸ Artikel 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG

⁴⁹ Artikel 1 lid 9, sub a, b en c Richtlijn 2004/18/EG

⁵⁰ <www.europeseaanbestedingen.eu>, Europese aanbestedingen, Aanbestedende diensten, datum 15 oktober 2009

Deze richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd in de Bao (Besluit aanbestedingsregels voor overheidopdrachten) en de Bass (Besluit aanbestedingen speciale sectoren).

Overheden hebben de mogelijkheid om het Aanbestedingsreglement 2005 (ARW 2005) van toepassing te verklaren op de aanbesteding van werken. Voor de vier zogenoemde bouwdepartementen, ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, ministerie van Verkeer en Waterstaat, ministerie van Defensie en het ministerie van Landbouw, Visserij en Voedselkwaliteit, is het ARW 2005 verplicht.⁵¹

Er ontbreekt een nationale wet in Nederland die aanbestedingsregels op nationaal niveau regelt. Overheden zijn daarom bij opdrachten, die niet onder de Europese richtlijnen vallen afhankelijk van hun eigen aanbestedingsbeleid en beginselen van behoorlijk bestuur. De parlementaire enquête Bouwnijverheid heeft in december 2002 aangegeven, dat er een nationaal, coherent en uniform juridisch aanbestedingskader in Nederland gewenst is. Daarom is het ministerie van Economische Zaken momenteel bezig met het voorbereiden van een nieuw wetsvoorstel. Een eerder wetsvoorstel is op 8 juli 2008 verworpen door de eerste kamer. De Ministerraad heeft in november ingestemd met het toezenden van het wetsvoorstel naar de Raad van State. In het voorjaar van 2010 zal de behandeling in de Tweede Kamer plaatsvinden.⁵²

Voor het aanbesteden van infrastructurele werken is de richtlijn 2004/18/EG, Besluit aanbestedingsregels voor overheidopdrachten (Bao) en het ARW 2005 belangrijk. In dit rapport zullen voornamelijk de artikelen uit het Bao aan bod komen. Richtlijn 2004/18/EG is hierin geïmplementeerd.

3.2 Soorten aanbestedingsprocedures

De aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG benoemt o.a. de onderstaande aanbestedingsprocedures.⁵³

- Openbare procedure;
- Niet-openbare procedure;
- Onderhandelingsprocedure met en zonder voorafgaande bekendmaking;
- Concurrentiegericht dialogoog;
- Prijsvragen.

Voor vervlechting van infrastructurele werken met de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure wordt er gebruik gemaakt van de concurrentiegericht dialogoog. Daarom zal alleen deze procedure nader aan bod komen. In paragraaf 2.3 is ook uitgelegd waarom er gebruik wordt gemaakt van de concurrentie gericht dialogoog. Voor informatie over de andere aanbestedingsprocedures kunt u de website www.europadecentraal.nl/aanbestedingen en richtlijn 2004/18/EG raadplegen.

3.3 Concurrentiegericht dialogoog

Voor bijzonder complexe opdrachten kan een aanbesteder gebruik maken van de concurrentie gericht dialogoog zoals bepaald in artikel 29 richtlijn 2004/18/EG en artikel 29 van het Bao. Dit mag indien een aanbesteder/opdrachtgever alleen niet in staat is om technische oplossingen te vinden of de juridische en/of financiële voorwaarden van een project niet weet te specificeren. Dit komt met name voor bij grote infrastructuurprojecten en ingewikkelde ICT-projecten.

⁵¹ ARW 2005, deel III Algemene toelichting, paragraaf 1.4 andere overheden en aanbestedende diensten, pagina 268.

⁵² <www.europadecentraal.nl>, Home, Dossiers, Aanbestedingen, Wet- en regelgeving, Aanbestedingswet en voorpagina, aanbestedingwet, datum 8 oktober en 28 december 2009

⁵³ Artikel 1 lid 11 sub a tot en met e Richtlijn 2004/18/EG

Een concurrentiegericht dialoog is een procedure waaraan alle geïnteresseerde mogen verzoeken om deel te nemen waarbij de opdrachtgever/aanbesteder een dialoog voert met de tot de procedure toegelaten marktpartijen/ondernemers. Er wordt dan gezocht naar een of meer oplossingen die aan de behoefte van de opdrachtgever/aanbesteder voldoet. Op grond daarvan zullen de ondernemers, minimaal drie,⁵⁴ uitgenodigd worden om aan de dialoog deel te nemen. Die dialoog bestaat uit verschillende fasen en kan doorlopen totdat de oplossingen zijn gevonden. Na afloop van de dialoog dienen de ondernemers hun definitieve inschrijving in te dienen. De opdracht moet aan de hand van de gunningcriteria worden gegund aan de ondernemer die economisch de meest voordelige inschrijving (EMVI) heeft ingediend.⁵⁵

Een overheidsopdracht wordt als bijzonder complex aangemerkt als de aanbestedende diensten objectief gezien niet in staat zijn de technische middelen te bepalen waarmee aan hun behoeften of doel kan worden tegemoet gekomen en/of zij objectief niet in staat zijn de juridische of financiële voorwaarden van het project te specificeren.⁵⁶

3.4 Selectie- en gunningcriteria

Voor een aanbesteding zijn selectie- en gunningcriteria van belang omdat die bepalen aan wie de opdracht wordt gegund. Selectiecriteria bestaan uit algemene minimumeisen, uitsluitingcriteria en geschiktheidcriteria. Bij minimumeisen kun je denken aan eisen die gesteld worden aan het inleveren van de aanbieding. Bij uitsluitingcriteria kun je denken aan uitsluitingen, zoals deelnemen aan een criminele organisatie of omkoping van ambtenaren. Als een onderneming daarvoor is veroordeeld, dan kan dat als een uitsluitinggrond gelden. De artikelen 45 tot en met 47 van het Bao hebben betrekking op de uitsluitinggronden. Bij geschiktheidcriteria kun je denken aan eisen van kwalitatieve aard. Je kunt dan denken aan kwaliteitsnormen⁵⁷ en technische bekwaamheid⁵⁸ etc. van de marktpartijen. De geschiktheidcriteria zijn geregeld in artikel 48 tot en met 53 Bao.

Het aanbestedingsrecht kent twee gunningcriteria, namelijk de criteria "laagste prijs"⁵⁹ en de "economisch meest voordeligste inschrijving"⁶⁰. De laagste prijs criteria spreekt voor zich, de marktpartij die het goedkoopste is voldoet hieraan en krijgt de opdracht gegund. Hiervan wordt veel gebruik gemaakt bij de openbare procedure. Bij de economisch meest voordelige inschrijving wordt er niet alleen naar de prijs gekeken, maar ook naar andere criteria zoals tijd, milieuaspecten, risico's, gebruikskosten, functionele kenmerken enzovoorts. De criteria economisch meest voordelige inschrijving wordt voornamelijk toegepast bij de concurrentie gericht dialoog, omdat daar niet voor de criteria laagste prijs gekozen kan worden, dit is omdat bij de concurrentie gericht dialoog vooraf niet de hele opdracht in detail is gespecificeerd, omdat de ondernemers met de aanbesteder een dialoog volgen en daaruit volgen nadere gespecificeerde ontwerpen. De aanbesteder dient de criteria, inclusief de beoordelingsmethode en eventuele wegingsfactoren, waarop beoordeeld wordt vooraf bekend te maken.

⁵⁴ Artikel 44 lid 5 Bao

⁵⁵ <www.europadecentraal.nl>, Home, Dossiers, Aanbestedingen, Aanbestedingsprocedures, datum 14 oktober 2009

⁵⁶ Artikel 1 lid 11 sub c richtlijn 2004/18/EG

⁵⁷ Artikel 50 Bao

⁵⁸ Artikel 49 Bao

⁵⁹ Artikel 54 lid 1 sub b Bao

⁶⁰ Artikel 54 lid 1 sub a Bao

In de praktijk vindt de beoordelingsmethode meestal plaats door middel van een puntentoekenning aan de verschillende gunningcriteria. De inschrijver die het hoogste aantal punten behaalt, krijgt de opdracht gegund.⁶¹

Bij de concurrentiegerichtte dialoog vindt er eerst selectie van de marktpartijen plaats aan de hand van de algemene minimumeisen, uitsluitingscriteria en geschiktheidcriteria. De geselecteerde marktpartijen worden dan uitgenodigd voor deelname en uiteindelijk vindt er gunning plaats aan de hand van de gunningcriteria. Indien de marktpartijen niet voldoen aan de selectie- en/of gunningcriteria, dan houdt dit in dat deelname uitgesloten is.

3.5 Rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht

In de richtlijn 2004/18/EG en het Bao worden deels de rechtsbeginselen genoemd.

De rechtsbeginselen zijn:

- Het Gelijkheid en Non-discriminatiebeginsel
Alle aanbieders moeten gelijk worden behandeld en discriminatie is niet toegestaan. Iedere partij moet dezelfde informatie krijgen. Dit is opgenomen in artikel 2 Bao en artikel 12 EG-verdrag.
- Het Proportionaliteitsbeginsel
Technische specificaties, uitsluitinggronden, geschiktheidseisen, selectie- en gunningcriteria moeten relevant zijn en in verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht.⁶² Dit beginsel is opgenomen in artikel 5 EG-verdrag en houdt in dat besluiten in verhouding moeten staan tot het doel.
- Het Transparantiebeginsel
De aanbestedingsprocedure moet transparant en controleerbaar zijn. Voor iedere partij moet vooraf duidelijk zijn wat er verwacht wordt. Transparantiebeginsel is opgenomen in artikel 2 van het Bao.

Voor het aanbestedingsrecht houdt dit in dat de beginselen ertoe leiden dat overheden bij aanbestedingen transparant, objectief en non-discriminatoir dienen te handelen en daarbij geen disproportionele eisen mogen stellen.⁶³

De bovenstaande beginselen zijn afgeleid uit de vier vrijheden van het EG-Verdrag: vrij verkeer van goederen, vrijheid van vestiging, vrij verlenen van diensten en vrijheid van kapitaal.

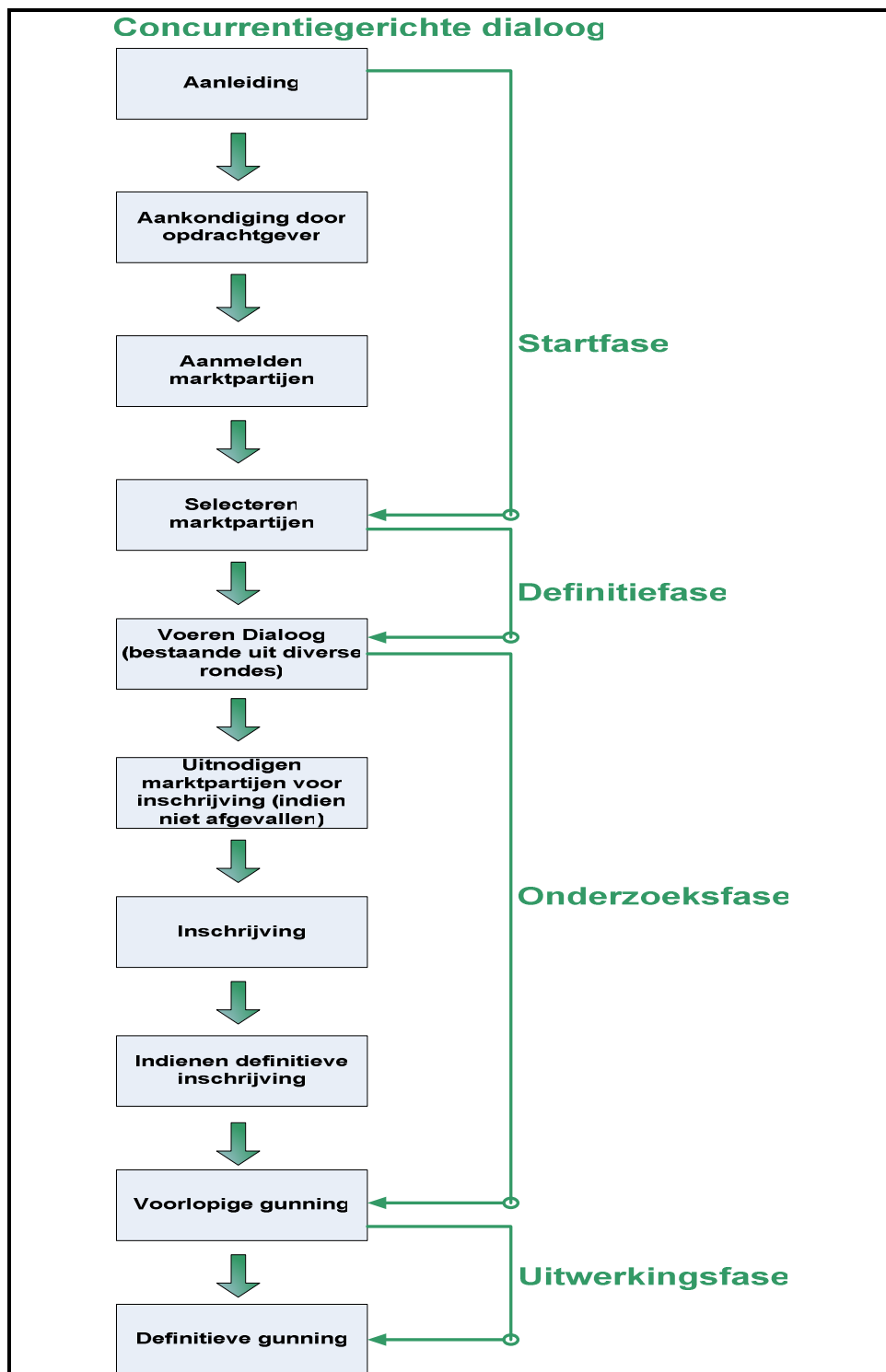
3.6 Verloop procedure concurrentiegerichtte dialoog

De concurrentiegerichtte dialoog verloopt in diverse stappen, die op de volgende pagina in figuur 2 worden weergegeven en daarin treft u ook de fases aan die RWS hanteert voor het vervlechtingproces. Deze fases zijn voor de duidelijkheid opgenomen. In de hoofdstukken 5 tot en met 9 zullen aan de hand van de fases (de startfase, de definitiefase, de onderzoeksfase, de uitwerkingsfase en de realisatiefase) het verloop van de aanbestedingsprocedure, de Tracéwetprocedure en de risico's van vervlechting worden beschreven.

⁶¹ M.A.M.C. van den Berg, A.G. Bregman, M.A.B. Chao-Duvis, *Bouwwrecht in kort bestek*, Stichting Instituut voor Bouwrecht: 's-Gravenhage, zesde druk, 2007, pag. 343

⁶² <www.pianoo.nl>, Metrokaart, wat zijn de beginselen van aanbesteden?, datum 15 december 2009

⁶³ <www.europadecentraal.nl>, Home, Dossiers, Aanbestedingen, EG-verdragbeginselen, datum 15 december 2009



Figuur 2

4 De Tracéwet

In dit hoofdstuk wordt de kort de Tracéwetprocedure uitgelegd. Paragraaf 4.1 wordt de reikwijdte van de Tracéwet uitgelegd. In paragraaf 4.2 wordt de milieueffectrapportage (m.e.r.) uitgelegd, dit is een procedure die samenhangt met de Tracéwetprocedure. Paragraaf 4.3 beschrijft kort de uitgebreide en verkorte Tracéwetprocedure en paragraaf 4.3 geeft het verloop van de uitgebreide en verkorte Tracéwetprocedure weer, doormiddel van een figuur.

4.1 Reikwijdte Tracéwet

De Tracéwet is op 16 september 1993 vastgesteld en op 1 januari 1994 in werking getreden. Nadien is de wet nog meerdere malen gewijzigd, de laatste wijziging is op 2 april 2009 doorgevoerd. De Tracéwet bevat regels voor de besluitvorming met betrekking tot de aanleg of wijziging van hoofdwegen, landelijke spoorwegen en hoofdvaarwegen (ook wel hoofdinfrastructuur genaamd).⁶⁴

Voor de inwerkingtreding van de Tracéwet was er geen wettelijke basis voor het ontwikkelen van een plan voor het aanleggen van hoofdinfrastructuur. Als er een tracé was vastgesteld, diende dat tracé in de bestemmingsplannen te worden opgenomen. De omzetting daarvan verliep in het algemeen uiterst moeizaam en duurde gemiddeld drie tot vijf jaar. Als een gemeente het belang er niet van zag en niet akkoord ging met de nodige wijzigingen duurde het nog veel langer. Daarnaast leverde de benutting van diverse rechtsgangen door burgers ook de nodige uitstel op.⁶⁵

In de Tracéwet wordt onder tracé verstaan:

Artikel 1 lid 1 sub h Tracéwet

Tracé:

1°. De aanduiding op een of meer topografische of geografische kaarten van het verloop en de geografische omvang van een aan te leggen of te wijzigen hoofdweg, landelijke spoorweg of hoofdvaarweg, en

2°. Een nauwkeurige beschrijving van:

- De daarbij te realiseren ligging in het terrein,
- De daarbij te realiseren bijkomende infrastructurele voorzieningen en
- De daarbij te realiseren maatregelen van landschappelijke, landbouwkundige en ecologische aard, en

3°. Indien het de aanleg of wijziging van een hoofdweg betreft:

- Een nauwkeurige beschrijving van het daarbij te realiseren aantal rijstroken en
- De in acht te nemen grenswaarden voor geluidhinder en de aanduiding van de maatregelen, gericht op het terugbrengen van de verwachte geluidsbelasting van de gevel van woningen of andere geluidsgevoelige gebouwen onderscheidenlijk aan de grens van geluidsgevoelige terreinen als bedoeld in de Wet geluidhinder, of

4°. Indien het de aanleg of wijziging van een landelijke spoorweg betreft:

- Een nauwkeurige beschrijving van het daarbij te realiseren aantal sporen en
- De in acht te nemen grenswaarden voor geluidhinder en de aanduiding van de maatregelen, gericht op het terugbrengen van de verwachte geluidsbelasting van de gevel van woningen of andere geluidsgevoelige gebouwen onderscheidenlijk aan de grens van geluidsgevoelige terreinen als bedoeld in de Wet geluidhinder, met betrekking tot de aanleg of wijziging van de landelijke spoorweg, alsmede de aansluitende landelijke spoorweg waarop ten gevolge van de aanleg of wijziging sprake is van een aanpassing in de zin van artikel 106, eerste lid, onder I, van de Wet geluidhinder.

De Tracéwet maakt een onderscheid in aanleg of wijzigen van hoofdwegen, landelijke spoorwegen en hoofdvaarwegen. Bij het aanleggen van hoofdinfrastructuur moet de Tracéwetprocedure altijd worden doorlopen.

⁶⁴ H.A.J. Gierveld, *Tracéwet*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2009, pag. 11

⁶⁵ M.A.M.C. van den Berg, A.G. Bregman, M.A.B. Chao-Duvis, *Bouwwet in kort bestek*, Stichting Instituut voor Bouwwet: 's-Gravenhage, zesde druk, 2007, pag. 100

Bij het wijzigingen van een hoofdweg, landelijke spoorweg of hoofdvaarweg moet aan de hand van artikel 2 Tracéwet bekeken worden of de Tracéwet van toepassing is. Hieronder wordt aangegeven wanneer de Tracéwet wel van toepassing is op het wijzigen van een hoofdweg, landelijke spoorweg of hoofdvaarweg.

Wijziging hoofdweg

- Ombouw van een weg tot een autosnelweg.
- Uitbreiding van een weg met één of meer rijstroken, indien het uit te breiden weggedeelte twee knooppunten of aansluitingen met elkaar verbindt.⁶⁶

Wijziging landelijke spoorweg

De minister wil de bruikbaarheid van de spoorweg verbeteren en die bestaat uit:

- Uitbreiding van een spoorweg met één of meer sporen, indien het uit te breiden spoorweggedeelte twee aansluitingen met elkaar verbindt.
- Aanleg van een spoorwegbouwkundig bouwwerk.
- Aanleg van een verbindingsboog (een spoorlijn die twee ander spoorlijnen met elkaar verbindt).
- Een geheel van onderling samenhangende maatregelen ten aanzien van die spoorweg.
- Het opnieuw in gebruik nemen van een reeds aangelegde landelijke spoorweg voor zover het gaat om een lengte van 5 kilometer of meer.⁶⁷

Wijziging vaarweg

- een vergroting of verdieping waardoor het ruimte-oppervlak van de hoofdvaarweg met ten minste twintig procent toeneemt dan wel de hoofdvaarweg blijvend wordt verdiept waarbij meer dan vijf miljoen kubieke meter grond wordt verzet.
- Een verlegging van een rivier waarbij het zomerbed (Een gedeelte van de rivier gelegen tussen de zomerdijk. Bij een rivier heb je zomer- en winterdijken. Dit is om het water te reguleren) wordt verlegd en de verlegging een oppervlakte beslaat van ten minste 50 hectare.⁶⁸

4.2 Milieueffectrapportage (m.e.r.)

Bij het aanleggen of wijzigen van hoofdinfrastructuur speelt de Wet milieubeheer een belangrijke rol. Op grond van artikel 7.2 Wm en het Besluit Milieu-effectrapportage 1994 is voor het aanleggen of wijzigen van een hoofdinfrastructuur meestal een m.e.r. verplicht. Een m.e.r. levert informatie op die nodig is om het milieubelang volledig te laten meewegen bij besluiten over projecten en plannen met grote milieugevolgen. Een milieueffectrapport (MER) moet aan de eisen voldoen die de artikelen 7.10, 7.11 en 7.15 Wm voorschrijven.⁶⁹ Het milieueffectrapport moet bijvoorbeeld de voorgenomen activiteiten beschrijven, de gevolgen voor het milieu vermelden en de alternatieven aangeven, waaronder het meest milieuvriendelijke alternatief.⁷⁰ In de Tracéwet speelt de m.e.r. een grote rol en het opstellen en behandelen daarvan loopt gelijk met de Tracéwetprocedure.

⁶⁶ Artikel 2 lid 1 sub b Tracéwet

⁶⁷ Artikel 2 lid 1 sub c en d Tracéwet

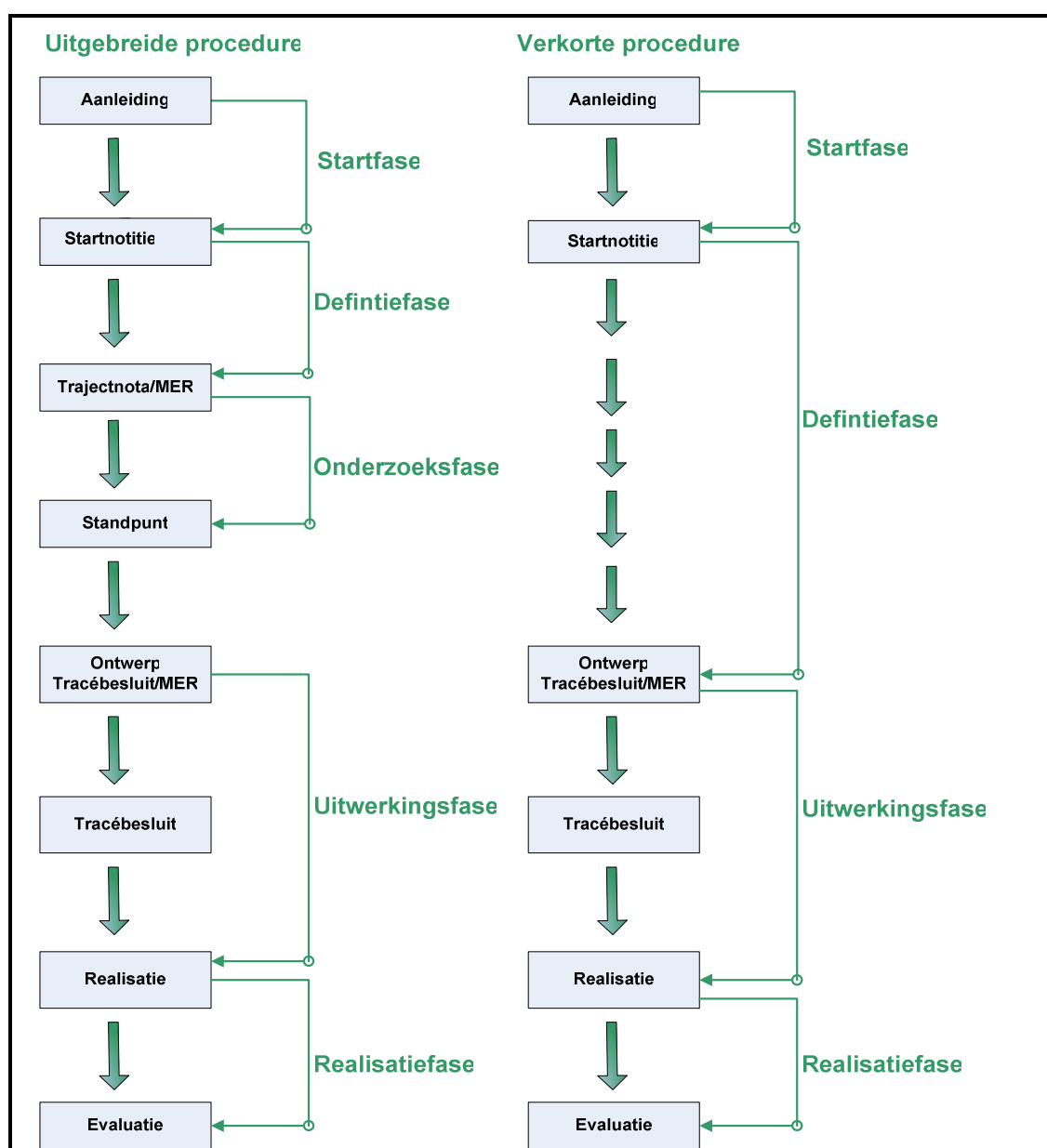
⁶⁸ Artikel 2 lid 1 sub e Tracéwet

⁶⁹ Artikel 7.10 Wm (inhoud m.e.r.), artikel 7.11 Wm (bij AMvB kunnen aanvullende regels worden gesteld) en artikel 7.15 Wm (richtlijnen inzake inhoud m.e.r.)

⁷⁰ <www.vrom.nl>, Milieu, Wet milieubeheer, Milieu-effectrapportage, Wat is een milieu-effectrapportage (m.e.r.)?, datum 24 september 2009

4.3 Uitgebreide en verkorte procedure

De Tracéwet kent twee procedures. De uitgebreide en de verkorte procedure. De uitgebreide procedure wordt doorlopen bij het aanleggen van een nieuwe hoofdinfrastructuur. De verkorte procedure wordt doorlopen bij het wijzigen van een bestaande hoofdinfrastructuur.⁷¹ In figuur 3 treft u een overzicht aan van de stappen die doorlopen moeten worden bij beide procedures en daarin treft u ook de fases aan die RWS hanteert voor het vervlechtingproces. Deze fases zijn voor de duidelijkheid opgenomen. In de hoofdstukken 5 tot en met 9 zullen aan de hand van het verloop van de procedures (aanbestedingsprocedure en de Tracéwetprocedure) in fases (de startfase, de definitiefase, de onderzoeksfase, de uitwerkingsfase en de realisatiefase) de risico's van vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure worden beschreven.



Figuur 3

⁷¹ De verkorte Tracéwetprocedure, Inspraakpunt Verkeer en Waterstaat, uitgave 2006

5 Startfase – Risico's bij vervlechting

Zoals al eerder is aangegeven bestaat het proces uit vijf fases: de startfase, de definitiefase, de onderzoeksfase, de uitwerkingsfase en de realisatiefase. In dit hoofdstuk en de navolgende hoofdstukken zal het verloop van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure worden weergegeven met de risico's die daarbij kunnen ontstaan. Paragraaf 5.1 beschrijft de start van de aanbestedingsprocedure en de Tracéwetprocedure. In paragraaf 5.2 wordt de bestuursovereenkomst en marktconsultatie behandeld. Paragraaf 5.3 behandelt de aankondiging van de aanbestedingsprocedure en het indienen van een conceptuele oplossing. Paragraaf 5.4 behandelt de mogelijkheid tot het indienen van een WOB-verzoek.

5.1 Start van de aanbestedingsprocedure en de Tracéwetprocedure

De beslissing om een project te laten uitvoeren wordt genomen door de minister van het ministerie van Verkeer en Waterstaat (min. VenW) in overeenstemming met de minister van het ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (min. VROM).⁷² De minister wordt daarbij ondersteund door RWS. RWS zorgt ervoor dat het nationale netwerk aan wegen en vaarwegen wordt beheerd en ontwikkeld.⁷³ RWS voert kort gezegd het beleid uit. Voordat die beslissing wordt genomen komt de minister van het min. VenW eerst met een voornemen voor een project. Eerst wordt er een verkenning uitgevoerd en overleg gepleegd met de bestuurlijke omgeving. De resultaten daarvan worden vrijwel altijd vastgelegd in een bestuursovereenkomst, maar dit is niet verplicht.

5.2 Bestuursovereenkomst/marktconsultatie

In een bestuursovereenkomst worden de afspraken vastgelegd die de bestuurlijke partijen hebben gemaakt. Daarbij kan gedacht worden aan procesafspraken en randvoorwaarden, zoals technische, financiële en risicoaspecten van het project. De bestuursovereenkomst vormt een basis voor de marktpartijen. De marktpartijen kunnen aan de hand van de bestuursovereenkomst vaststellen wat er van hen verwacht wordt. Een bestuursovereenkomst kan ook dienen voor een haalbaarheidssituatie. De marktpartijen kunnen dan aangeven of een project haalbaar is of niet. De overheid kan dit in de vorm van een marktconsultatie doen.⁷⁴

Marktconsultatie houdt in dat overheid vroegtijdig, voor een tracébesluit en voor een aanbesteding, de markt wil betrekken bij een idee/plan voor een project. De overheid wil gebruik maken van kwaliteit, kennis en ervaring die de marktpartijen bezitten om een idee/plan verder uit te werken en om te kijken of een project haalbaar is. Of het project uiteindelijk wordt gerealiseerd is daarbij niet van belang.⁷⁵ Marktconsultatie is wettelijk niet geregeld. Belangrijk daarbij is dat de mededinging niet benadeeld wordt, wat inhoudt dat de deelnemers aan de marktconsultatie niet bevoordeeld mogen worden bij de aanbestedingen.

⁷² Artikel 2 lid 2 Tracéwet

⁷³ <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Over ons, datum 27 december 2009

⁷⁴ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 41 en 46 tot en met 49

⁷⁵ *Werkwijzer Marktconsultatie*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, juli 2006, pag. 7

5.2.1 Risico: Slechte afspraken met de bestuurlijke omgeving

Voordat met de vervlechtingprocedure wordt gestart moet in een bestuursovereenkomst het speelveld worden gedefinieerd en de randvoorwaarden en afspraken worden vastgelegd. Bij vervlechting is het belangrijk zoveel mogelijk afspraken vooraf vast te leggen met de bestuurlijke omgeving. Worden afspraken niet goed vastgelegd, dan kan dat in latere stadia, bijvoorbeeld bij het opstellen van de startnotitie problemen opleveren. Bijvoorbeeld: voor de aanleg van een snelweg moet een gedeelte van de weg over of onder het water lopen. In de bestuursovereenkomst moet dan vastgelegd worden of er voor een brug of een tunnel wordt gekozen. Maken de bestuurlijk partijen hierover geen afspraken en gemeente X wil een brug en gemeente Y een tunnel, dan zal dit de nodige vertraging met zich mee brengen want de planprocedure komt stil te liggen en voor de marktpartijen houdt dit in dat zij eventuele ontwerpen moeten aanpassen of nieuwe ontwerpen moeten opstellen. Dat betekent ook gelijk dat er extra kosten gemaakt gaan worden i.v.m. vertraging. Daarnaast kan het ook inhouden dat de aanbestedingsprocedure wordt beëindigd voordat er definitieve gunning heeft plaatsgevonden. Bijvoorbeeld omdat er een wezenlijke wijziging is opgetreden. (zie voor meer informatie over het tussentijds beëindigen van de aanbestedingsprocedure paragraaf 7.3.1 en voor informatie over de wezenlijke wijziging paragraaf 8.1.3)

Het voorkomen van dit risico ligt bij de opdrachtgever. Voor de marktpartijen, waaronder de BAM is het belangrijk vooraf te informeren naar de bestuursovereenkomst en te kijken wat daarin is vastgelegd. Is op voorhand al duidelijk dat een bepaalde gemeente, waar bijvoorbeeld de snelweg komt te liggen, het niet eens met realiseren van het project, moeten de risico's daarvoor bij de opdrachtgever worden weggelegd. Is het voor de marktpartijen op voorhand al duidelijk dat dit een groot risico is, die naar alle waarschijnlijkheid zal ontstaan en waar de opdrachtgever niets aan wil doen, moet de afweging gemaakt worden om wel of niet deel te nemen aan vervlechting. Dit risico is in de praktijk bij vervlechting, voor zover bekend, nog niet ontstaan.

5.3 Aankondiging aanbestedingsprocedure/indienen concept oplossing

Nadat eventueel de afspraken vastliggen in een bestuursovereenkomst en er eventueel een marktconsultatie heeft plaatsgevonden, start de opdrachtgever met een aanbestedingsprocedure. Voor de opdrachtgever is het daarbij van belang om na te gaan of het project Europees aanbesteed moet worden. Europees aanbesteden moet indien een project boven de drempelbedragen komt, die in de verordeningen 1422/2007 (2008/2009) en 1177/2009 (2010/2011) zijn opgenomen. Vrijwel alle grote infrastructurele projecten voldoen hieraan en worden Europees aanbesteed. De aanbestedingsprocedure start doormiddel van een aankondiging in een advertentietekst en/of een selectieleidraad. Om te komen tot één interne EU markt is het openbaar zijn van aanbestedingen een vereiste. Aanbestedingen worden bekend gemaakt op de TED (Tenders Electronic Daily).⁷⁶ Voor Nederland worden de aanbestedingen ook bekend gemaakt op de Aanbestedingskalender.⁷⁷ In deze aankondiging wordt beschreven welke selectiecriteria er gelden. Selectiecriteria bestaan uit algemene minimumeisen, uitsluitingcriteria⁷⁸ en geschiktheidcriteria.⁷⁹ Belangrijk daarbij is dat de marktpartijen aan de eisen voldoen, zoals financiële draagkracht, kennis enzovoorts.

⁷⁶ www.ted.europa.eu

⁷⁷ www.aanbestedingskalender.nl

⁷⁸ Artikel 45 tot en met 47 Bao

⁷⁹ Artikel 48 tot en met 53 Bao

De marktpartijen kunnen op de aankondiging reageren en de opdrachtgever selecteert dan de marktpartijen, minimaal drie,⁸⁰ aan de hand van de selectiecriteria. De geselecteerde marktpartijen mogen dan een conceptuele oplossing indienen in de eerste ronde van de dialoofase voor de startnotitie. Alleen de interessante oplossingen die aan de gunningcriteria⁸¹ voldoen worden meegenomen in het vervolg van de aanbestedingsprocedure en opgenomen in de startnotitie van de Tracéwetprocedure. De gunningcriteria worden vooraf bekend gemaakt⁸² bij de aankondiging of in een beschrijvend document.⁸³

Vanaf de start van de aanbestedingsprocedure spelen de rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht, beschreven in paragraaf 3.5, een belangrijke rol. Hieronder worden deze behandeld met de risico's die kunnen ontstaan.

5.3.1 Risico: Schending gelijkheidsbeginsel/Non-discriminatie

Bij vervlechting en het aanbestedingsrecht is het gelijkheidsbeginsel belangrijk. Alle marktpartijen moeten gelijk worden behandeld en van gelijke informatie worden voorzien. Dit is geregeld in artikel 2 Richtlijn 2004/18/EG en artikel 2 Bao en in artikel 12 van het EG-Verdrag. Specifiek op de concurrentiegerichtte dialoog is artikel 29 lid 5 Bao van toepassing. De marktpartijen maken diverse ontwerpen en de gunningcriteria zijn bij de start op hoofdlijnen opgesteld. Hiermee kunnen problemen optreden. Hoe beoordeel je ieder ontwerp gelijkwaardig? Hoe verstrek je aan iedere marktpartij gelijke informatie, als de ontwerpen afwijken van elkaar (vertrouwelijkheid belangrijk)?

In de praktijk zijn er diverse gerechtelijke uitspraken over schending van het gelijkheidsbeginsel.⁸⁴ Specifiek op vervlechting gericht zijn hierover nog geen gerechtelijke uitspraken en schendingen bekend. De toekomst zal dit moeten uitwijzen. Voor de opdrachtgever houdt dit in alle marktpartijen gelijk te behandelen en dit beginsel ten alle tijden voor ogen te houden. Voor de marktpartijen houdt dit in alert te zijn op schendingsignalen en gelijk actie hierop te ondernemen.

5.3.2 Risico: Waarborgen objectiviteit en transparantie bij gunningcriteria

Het beoordelen van interessante oplossingen/ideeën gebeurt op basis van gunningcriteria. De gunningcriteria in de startfase zijn op hoofdlijnen uitgewerkt, zodat de marktpartijen de vrijheid hebben in het ontwerpen van ideeën. Risico hierbij is dat de objectiviteit en transparantie⁸⁵ moeilijk te waarborgen zijn. Voor de opdrachtgever houdt dit in dat hij de objectiviteit en transparantie zo goed mogelijk moet waarborgen. Bij de A2 Maastricht heeft de opdrachtgever om de transparantie en de objectiviteit te waarborgen gebruik gemaakt van een gunningsadviescommissie. Deze commissie heeft de plannen beoordeeld aan de hand van de gunningcriteria en uiteindelijk een onafhankelijk advies uitgebracht.⁸⁶ De opdrachtgever kan bij andere vervlechtingprojecten ook gebruik maken van een gunningsadviescommissie. De marktpartijen moeten alert zijn op schending en bij schending gelijk actie ondernemen.

⁸⁰ Artikel 44 lid 5 Bao

⁸¹ Artikel 44 lid 4 Bao

⁸² Artikel 29 lid 3 Bao

⁸³ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 41 en 46 tot en met 49

⁸⁴ <www.europadecentraal.nl>, Home, Dossiers, Aanbestedingen, Jurisprudentie, Non-discriminatie, datum 24 november 2009 (op deze site zijn diverse uitspraken te vinden waaronder Wienstrom, HvJ EG 4 december 2003, zaak C-448/01)

⁸⁵ Transparantiebeginsel is opgenomen in artikel 2 Richtlijn 2004/18/EG en artikel 2 Bao

⁸⁶ A2 Maastricht; Drie plannen op een rij, Projectbureau A2 Maastricht, Maastricht november 2008, pag. 13

5.3.3 Risico: Disproportionaliteit

Bij de aanbestedingsprocedure moeten de selectie- en gunningcriteria ten opzichte van de omvang en de aard van het project proportioneel zijn. Proportionaliteit is geregeld in artikel 5 EG-Verdrag. Een opdrachtgever/aanbesteder mag geen eisen en criteria stellen die niet in verhouding tot het project staan. Aangezien bij vervlechting in het begin de selectie- en gunningcriteria op hoofdlijnen zijn opgesteld kan het voorkomen dat tijdens de aanbestedingsprocedure bijvoorbeeld blijkt dat een eis disproportioneel is. Consequentie kan zijn dat de aanbestedingsprocedure wordt afgebroken en dat er opnieuw aanbesteed moet worden. Voor de marktpartijen houdt dit in dat de selectie- en gunningcriteria aandachtig beoordeeld moeten worden. Als de marktpartijen op voorhand al zien dat bepaalde eisen disproportioneel zijn of kunnen worden, moet dit gelijk aangekaart worden bij de opdrachtgever. Dit om te voorkomen dat dit later in procedure problemen gaat opleveren, wat in kan houden dat de aanbestedingsprocedure eventueel afgebroken moet worden. De opdrachtgever moet disproportionele eisen ten alle tijden proberen te voorkomen. Probeer als opdrachtgever van tevoren goed in te schatten welke selectie- en gunningcriteria proportioneel zijn.

5.4 WOB-verzoek

In de praktijk zijn schendingsignalen niet altijd direct op te merken. Als een marktpartij twijfels heeft bij het verloop van de aanbestedingsprocedure is er een mogelijkheid om een WOB-verzoek in te dienen op grond van de Wet openbaarheid van bestuur. Een ieder kan dan een verzoek indienen om informatie over de aanbesteding en eventueel over de Tracéwetprocedure te ontvangen. Je kunt dan denken aan schriftelijke stukken enzovoorts. Een bestuursorgaan is verplicht hieraan gehoor te geven, tenzij er uitzonderingsgronden of beperkingen gelden of als het over persoonlijke beleidsopvattingen gaat, die niet openbaar gemaakt mogen worden.⁸⁷ Een WOB-verzoek moet voldoen aan de eisen van artikel 3 lid 2 Wet openbaarheid van bestuur. Een WOB-verzoek kan in alle fases ingediend worden en kan ook achteraf ingediend worden.

⁸⁷ Artikel 10 en 11 Wet openbaarheid van bestuur

6 Definitiefase – Risico's bij vervlechting

In dit hoofdstuk wordt in paragraaf 6.1 de startnotitie beschreven. Paragraaf 6.2 beschrijft het verloop van de inzage, inspraak en advisering met betrekking tot de startnotitie. Paragraaf 6.3 beschrijft de vertrouwelijkheid van de aanbestedingsprocedure en de openbaarheid van de Tracéwetprocedure. Ook worden in de paragrafen de risico's beschreven.

6.1 De Startnotitie

De Tracéwetprocedure start met een startnotitie/aanvangsbeslissing. Hierin worden door RWS alle achtergronden, uitgangspunten en oplossingen (van een bestaand probleem) voor een bepaald project beschreven. De startnotitie beschrijft ook welke milieueffecten er onderzocht gaan worden. Bij effecten op het gebied van milieu kan er gedacht worden aan geluid, natuur, bodem, water en luchtkwaliteit. De uiteindelijke effecten worden uitgewerkt in een milieueffectrapportage. Voor de aanbestedingsprocedure houdt dit in dat de oplossingen van de marktpartijen die het meest interessant zijn en aan de verplichte eisen (gunningcriteria) voldoen, in de startnotitie worden opgenomen. De startnotitie wordt bekend gemaakt in de Staatscourant en in één of meer dag-, huis aan huis- en nieuwsbladen. Aan de betrokken bestuursorganen wordt de startnotitie toegezonden.⁸⁸

6.2 Inzage, inspraak en advisering startnotitie

De startnotitie ligt zes weken lang ter inzage in o.a. gemeentehuizen, provinciehuizen, bibliotheken, website van centrum voor publieksparticipatie en bij Rijkswaterstaat. De deelnemende marktpartijen nemen dan kennis van de ideeën van concurrenten. In deze periode kunnen betrokkenen⁸⁹ een inspraakreactie indienen over de startnotitie.⁹⁰ De startnotitie en de inspraakreacties worden verzonden naar het bevoegd gezag, waaronder de min. van VenW, en naar de commissie voor de milieueffectrapportage (commissie MER), waar onafhankelijke milieudeskundigen lid van zijn. De inspraakreacties en het advies van de commissie MER worden in de richtlijnen vastgelegd voor RWS en vormen dan de basis voor de Trajectnota/MER. De minister stelt de richtlijnen vast. Bij de verkorte procedure vormen de richtlijnen de basis voor het Ontwerp Tracébesluit.⁹¹

⁸⁸ <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Wegen, Wetten en Regelgeving, Tracéwet, Startnotitie, datum 28 september 2009

⁸⁹ Onder betrokkene wordt verstaan "een ieder" volgens artikel 7 lid 2 Tracéwet j.o. artikel 3:15 Awb

⁹⁰ <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Wegen, Wetten en Regelgeving, Tracéwet, Inspraak en advies, datum 28 september 2009

⁹¹ <www.inspraakpunt.nl>, Centrum Publieksparticipatie, Zienswijze, Trajectnota/MER Rijksweg 13/16 Rotterdam, link bekendmaking, datum 28 september 2009

6.2.1 Risico: Ontwerp alternatief door een derde

De oplossingen van de marktpartijen die het meest interessant zijn en aan de verplichte eisen (gunningcriteria) voldoen worden in de startnotitie opgenomen. Bij de inspraakronde voor de startnotitie is er een risico dat er door een derde een ander alternatief wordt voorgesteld, die in de startnotitie niet is beschreven. Bijvoorbeeld: alle marktpartijen die nog mee doen in de vervlechtingprocedure hebben als oplossing allemaal een tunnel. Een derde komt met een alternatief voor een brug. Het kan dan voor de opdrachtgever en het bevoegd gezag, waaronder de min. van VenW, relevant zijn om dat alternatief te onderzoeken. Daarnaast moet een alternatief van een derde ook onderzocht worden omdat bij de Tracéwetprocedure een open besluitvorming belangrijk is en alle mogelijkheden moeten onderzocht worden. De opdrachtgever moet dat alternatief dan zelf uitwerken voor de trajectnota/MER en het standpunt. Dit toebedelen aan één van de marktpartijen is niet toegestaan in verband met het gelijkheidsbeginsel. Daarna bij het standpunt wordt bepaald welk alternatief de beste variant is. Mocht dan het uitgewerkte alternatief van de opdrachtgever verkozen worden, dan beëindigd de aanbestedingsprocedure en zal er op een andere wijze opnieuw aanbesteed moeten worden.⁹² Dit is een risico waar beide partijen, zowel opdrachtgever als marktpartijen, geen invloed op hebben. Dit is een risico wat gedragen moet worden en kan ontstaan bij vervlechting. Je kunt het zien als een nadeel van vervlechting.

6.3 Vertrouwelijkheid en openbaarheid

Bij de aanbestedingsprocedure is de vertrouwelijkheid van informatie heel belangrijk. Zie bijvoorbeeld artikel 6 van het Bao. Dit algemene artikel bepaald dat de opdrachtgever de vertrouwelijke informatie die door de marktpartijen aan hem is verstrekt niet openbaar mag maken. Artikel 29 lid 6 Bao, specifiek gericht op de concurrentiegericht dialog, bepaald dat de voorgestelde oplossingen of andere vertrouwelijke informatie niet aan de andere deelnemers wordt verstrekt zonder instemming van de desbetreffende deelnemer/marktpartij. Artikel 42 lid 3 Bao geldt voor verstrekking van gegevens en dit artikel beschrijft dat de opdrachtgever de vertrouwelijkheid moet waarborgen bij mededelingen, uitwisselingen en opslag van informatie. Daartegenover staat de openbaarheid van de Tracéwetprocedure. Bij de Tracéwetprocedure is er besluitvorming volgens democratische principes, wat inhoudt dat in de startnotitie, trajectnota en verdere documenten openbaar gemaakt moet worden wat de plannen zijn en hoe de oplossingen van de marktpartijen eruit zien. Beide belangen staan op gespannen voet met elkaar.

⁹² J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r. - en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 51 en 52

6.3.1 Risico: Vertrouwelijkheid versus openbaarheid

Zoals hierboven aangegeven staan beide belangen op gespannen voet met elkaar. Het is belangrijk dat de opdrachtgever de ontwerpen en informatie van de marktpartijen geheim en goed van elkaar gescheiden houdt (risico opdrachtgever), tot dat de ontwerpen voor gunning openbaar worden gemaakt bij bijvoorbeeld de startnotitie. Bij de normale (klassieke) procedure worden de ontwerpen niet voor gunning openbaar gemaakt. De opdrachtgever en de marktpartijen moeten hierover duidelijke afspraken maken, zodat zij delen uit de ontwerpen niet van elkaar kopiëren (risico marktpartijen). Zie ook het risico "Cherry picking niet toegestaan" hieronder. Helemaal indekken van dit risico is nooit mogelijk en de marktpartijen zullen dit moeten aanvaarden.

Ook kunnen er spanningen ontstaan omdat er politiek draagvlak is voor een deel van een ontwerp, dat de politiek gecombineerd wil hebben met het ontwerp van een andere marktpartij. Dit is een risico van vervlechten en de marktpartijen moeten dit aanvaarden. De opdrachtgever wil hieraan tegemoetkomen door vergoeding van de kosten die voor het ontwerp zijn gemaakt.⁹³

6.3.2 Risico: Cherry picking niet toegestaan

Bij de A2 Maastricht zijn voor dat gunning heeft plaatsgevonden, de ontwerpen/plannen van de marktpartijen openbaar gemaakt doormiddel van een consultatie.⁹⁴ (consultatie: is een vrijwillige inspraakronde. De marktpartijen tonen dan hun ontwerpen en omwonenden, belangenorganisaties enzovoorts kunnen dan hun mening daarover geven.) Concurrenten krijgen dan inzage in de ontwerpen/plannen. Daarnaast kunnen onderdelen van de ontwerpen ook voor de opdrachtgever interessant zijn voor bijvoorbeeld andere projecten. Risico hierbij is dat er Cherry picking kan plaatsvinden. Om dit te voorkomen moeten hierover contractueel goede afspraken worden gemaakt met de opdrachtgever (en via de opdrachtgever eventueel met de andere marktpartijen), zodat de ontwerpen worden beschermd. Daarnaast hebben de marktpartijen de mogelijkheid om uitvindingen en ontwerpen met auteursrecht⁹⁵ en octrooien⁹⁶ te beschermen.

Zie ook het risico vertrouwelijkheid versus openbaarheid.

⁹³ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 62

⁹⁴ Bij de A2 Maastricht is er sprake van de verkorte Tracéwetprocedure. Om tot een goed overwogen Tracébesluit te komen en om te gunnen aan de beste partij, kan een consultatie hieraan bijdragen.

⁹⁵ Moet wel voldaan worden aan de vereisten van de Auteurswet, waaronder voldoen aan artikel 10 Auteurswet

⁹⁶ Moet er voldaan worden aan de vereisten van artikel 2 lid 1 Rijksoctrooiwet 1995. Vereisten zijn 1. nieuw
2. uitvindingswerkzaamheid en 3. toepasbaar zijn op gebied van nijverheid

7 Onderzoeksfase – Risico's bij Vervlechten

In dit hoofdstuk wordt in paragraaf 7.1 de Trajectnota/MER beschreven. Paragraaf 7.2 beschrijft het verloop van de inzage, inspraak en advisering met betrekking tot de trajectnota/MER. Paragraaf 7.3 beschrijft de procedure tot het nemen van een standpunt en de daaraan hangende voorlopige gunning. Ook worden in de paragrafen de risico's beschreven.

7.1 Trajectnota/MER

In deze fase werken de marktpartijen de oplossingen verder uit tot aan detailniveau, met behulp van de richtlijnen uit de startnotitie. Daar zullen diverse dialogen aan vooraf gaan en marktpartijen kunnen daarbij afvallen. Parallel zoekt de overheid naar alternatieven, zoals het milieuvriendelijkste alternatief, maar dit kan ook bij marktpartijen weggelegd worden zoals bij de A4 Steenbergen en de A2 Maastricht. Aan het einde van de onderzoeksfase dienen de deelnemers hun aanbieding in (inschrijving) en deze worden beoordeeld aan de hand van de gunningcriteria. De aanbiedingen en de richtlijnen gevolgd uit de startnotitie worden in de trajectnota/MER⁹⁷ opgenomen. Een trajectnota/MER bevat een beschrijving van de mogelijkheden om het probleem op te lossen. Effecten die betrekking hebben op het milieu waaronder natuur, luchtkwaliteit, geluid enzovoorts dienen volgens artikel 3 lid 6 Tracéwet bij de trajectnota in een MER beschreven te worden.⁹⁸ In artikel 4 van de Tracéwet en artikel 7.10 Wm staan de precieze eisen beschreven waaraan een trajectnota/MER minimaal moet voldoen.

7.2 Inzage, inspraak en advisering

De trajectnota/MER ligt zes weken ter inzage.⁹⁹ In deze periode kunnen betrokkenen weer hun zienswijze geven. Rijkswaterstaat geeft in die periode ook speciale bijeenkomsten waar betrokkenen naar toe kunnen. Deze inspraakronde moet duidelijkheid geven over de informatie in de trajectnota/MER. Dus is de informatie correct en volledig genoeg om een besluit te nemen. Betrokkenen mogen een eigen voorkeur aangeven voor oplossingen. Ook de betrokken bestuursorganen zoals gemeenten, provincies en waterschappen mogen hun advies geven over de trajectnota. Termijn hiervoor is ten hoogste vier maanden.¹⁰⁰ Ook de Commissie MER brengt een advies over de trajectnota/MER uit. De trajectnota/MER geldt niet voor de verkorte Tracéwetprocedure. Een opdrachtgever is wel vrij om dit toe te passen.¹⁰¹

⁹⁷ Artikel 3 Tracéwet

⁹⁸ <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Wegen, Wetten en Regelgeving, Tracéwet, Trajectnota/m.e.r., datum 28 september 2009

⁹⁹ Artikel 7 lid 2 j.o. artikel 3:16 lid 1 Awb

¹⁰⁰ Artikel 8 lid 1 Tracéwet

¹⁰¹ <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Wegen, Wetten en Regelgeving, Tracéwet, Inspraak, advies en toetsing, datum 28 september 2009

7.2.1 Risico: Opstellen Milieueffectrapportage door de marktpartijen

Bij vervlechting wordt van de marktpartijen verwacht dat zij een milieueffectrapportage kunnen opstellen zoals geregeld in hoofdstuk 7 van de Wet milieubeheer (Wm) en het Besluit milieueffectrapportage 1994. Bij de normale procedure wordt dit opgesteld door de opdrachtgever. Core business van de aannemer is werken/projecten realiseren voor een zo laag mogelijke prijs. Risico hiervan is dat de aannemer geen ervaring en kennis heeft met het opstellen van een milieueffectrapportage. Het opstellen van een milieueffectrapportage is ingewikkeld en het vraagt de nodige deskundigheid op het gebied van milieu. In de praktijk is tot nu toe gebleken dat kwaliteit en vergelijkbaarheid knelpunten vormen. Bij de A2 Maastricht heeft en blijft de opdrachtgever hier zeer proactief op sturen. Bij de A4 Steenbergen heeft de opdrachtgever in de aanbestedingsprocedure referentie onderzoeken meegegeven als ondergrens voor kwaliteit. Uitgevoerde onderzoeken van de marktpartijen moeten tenminste van een gelijk niveau zijn.¹⁰² Om dit risico te verkleinen hebben de marktpartijen de mogelijkheid om dit uit te besteden aan bureaus die gespecialiseerd zijn in het opstellen van milieueffectrapportages. Ze kunnen ook deskundig personeel aannemen gespecialiseerd op het gebied van het opstellen van milieueffectrapportages.

7.3 Standpunt en voorlopige gunning

De ontvangen inspraakreacties en adviezen op de trajectnota/MER worden door de deelnemende marktpartijen verwerkt in de definitieve aanbiedingen en deze worden bij de opdrachtgever ingediend. Op basis van de inspraakreacties, de trajectnota/MER en de relevante informatie uit de definitieve aanbiedingen neemt het bevoegde gezag (de minister van het min. VenW in overleg met de minister van het min. van VROM) een standpunt¹⁰³ in met betrekking tot het voorkeursalternatief. Belangrijk hierbij is dat de minister in alle objectiviteit een standpunt kan innemen, zonder beletselen van de aanbestedingsprocedure. Daarna kan gekeken worden welke definitieve inschrijving het dichtst bij het standpunt in de buurt komt en voldoet aan de vooraf vastgestelde gunningcriteria en die de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) is.¹⁰⁴ Als daar sprake van is, dan wordt er voorlopig gegund.¹⁰⁵ Een voorlopige gunning wordt bekend gemaakt middels een voornemen tot gunning in een schriftelijke aankondiging aan de gegunde partij en aan de overige ingeschreven marktpartijen wordt een afwijzing verzonden.¹⁰⁶

Bij voorlopige gunning is uit de jurisprudentie (Alcatel-Arrest)¹⁰⁷ een verplichting voortgevloeid voor de opdrachtgever om na het bekend maken van een voorlopige gunning een termijn van minimaal 15 dagen te hanteren waarin de afgewezen marktpartijen beroep kunnen in stellen tegen de beslissing van de opdrachtgever. Dit is om de afgewezen marktpartijen de mogelijkheid te bieden om stappen te ondernemen, indien zij daar aanleiding toe achten. In artikel 55 lid 2 Bao is dit gecodificeerd.

¹⁰² Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009, Rijkswaterstaat, Dienst Infrastructuur, Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, Utrecht: WB Consulting augustus 2009, pag. 24

¹⁰³ Artikel 9 Tracéwet

¹⁰⁴ Artikel 29 lid 2 Bao

¹⁰⁵ J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005, pag. 56 en 57

¹⁰⁶ Artikel 35 lid 9 Bao

¹⁰⁷ HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98

De knoop rondom het standpunt is een van de belangrijkste knelpunten bij vervlechting. De minister van het min. van VenW neemt in overleg met de minister van het min. van VROM een standpunt in met betrekking tot het voorkeursalternatief. Als dit voorkeursalternatief afwijkt van de economisch meest voordelige inschrijving dan zal de aanbestedingsprocedure tussentijds eindigen.

Het standpunt geldt niet voor de verkorte procedure. Een opdrachtgever is wel vrij om de stappen uit de uitgebreide procedure toe te passen. Bij de A2 Maastricht is voorlopig gegund nadat een gunningadviescommissie een advies heeft uitgebracht en voordat het Ontwerp Tracébesluit is vastgesteld. Bij de A2 Maastricht is sprake van de verkorte procedure, omdat het gaat om het wijzigen van een bestaande weg en daarom is er niet voorlopig gegund op basis van het standpunt omdat die niet bij de verkorte procedure geldt.

7.3.1 Risico: Aanbestedingsprocedure tussentijds beëindigen

Hierboven is al beschreven dat er een kans bestaat dat de aanbestedingsprocedure tussentijds wordt beëindigd (voor gunning), omdat voorkeursalternatief bij het standpunt afwijkt van de economisch meest voordelige aanbesteding. Dit is een risico bij vervlechting. Een opdrachtgever is niet verplicht om de aanbesteding te gunnen, want noch de Europese, noch de nationale regelgeving verbiedt dit. Een opdrachtgever heeft dus ten alle tijden de mogelijkheid om de aanbesteding in te trekken voordat er definitieve gunning heeft plaatsgevonden. Indien de opdrachtgever de aanbesteding tussentijds beëindigd, dan heeft de opdrachtgever niet de mogelijkheid om de aanbesteding onder dezelfde eisen en wensen opnieuw aan te besteden. In een uitspraak van de Rechtbank Alkmaar¹⁰⁸ is als vereiste voor her-aanbesteding bepaald dat er sprake moet zijn van een wezenlijke wijziging(en)¹⁰⁹ en dat er geen sprake is van schending van het gelijkheids- en/of vertrouwensbeginsel alsmede de precontractuele goede trouw. Het inperken op het ontstaan van dit risico ligt bij de opdrachtgever. De opdrachtgever moet ervoor zorgdragen dat de gunningcriteria gelijk zijn aan de criteria van het standpunt, zodat voorkomen wordt dat de aanbestedingsprocedure tussentijds wordt beëindigd. Uit het volgende risico" Gunningcriteria komen niet overeen met criteria Tracéwetprocedure" blijkt dat dit niet makkelijk realiseerbaar is. Een aanbestedingsprocedure kan ook om andere reden tussentijds beëindigd worden, bijv. omdat de bestuursorganen niet op één lijn zitten met betrekking tot de plannen van het project. De opdrachtgever moet dit ten alle tijden proberen te voorkomen.

7.3.2 Risico: Gunningcriteria komen niet overeen met criteria Tracéwetprocedure

Bij een aanbestedingsprocedure moeten op voorhand de gunningcriteria bekend zijn aan de hand waarvan gunning plaatsvindt. Bij de Tracéwetprocedure hoeven de criteria waarop de besluitvorming plaatsvindt niet op voorhand vast te liggen. Het bevoegd gezag bepaald zelf haar criteria voor het besluitvormingskader (binnen de wettelijke kaders). Als bij het standpunt blijkt dat de criteria van het besluitvormingskader totaal niet overeenkomen met de criteria van de aanbestedingsprocedure, dan houdt dit in dat er geen gunning kan plaatsvinden. Uit de praktijk blijkt dat hiervoor geen eenduidige oplossing beschikbaar is en dat dit een inherent risico van vervlechting blijft. In de praktijk maakt de opdrachtgever gebruik van de mogelijkheid om wijzigingen in de gunningcriteria door te voeren. De desbetreffende marktpartijen zijn daarmee tot nu toe akkoord gegaan. Aanbestedingsrechtelijk is dit niet toegestaan en de opdrachtgever loopt hiermee een aanzienlijk juridisch risico.¹¹⁰

¹⁰⁸ Rb. Alkmaar 20 augustus 2009, LJN BJ5645, met name r.o. 4.1

¹⁰⁹ Zie voor meer informatie paragraaf 8.1.3

¹¹⁰ Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009, Rijkswaterstaat, Dienst Infrastructuur, Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, Utrecht: WB Consulting augustus 2009, pag. 23

8 Uitwerkingsfase – Risico's bij vervlechting

In dit hoofdstuk wordt in paragraaf 8.1 de procedure van het Ontwerp Tracébesluit en het Tracébesluit beschreven. Paragraaf 8.2 beschrijft de rechtsbescherming van de Tracéwet en paragraaf 8.3 de rechtsbescherming van de aanbestedingsprocedure. Ook worden in de paragrafen de risico's beschreven.

8.1 Ontwerp Tracébesluit en Tracébesluit

De marktpartij waar voorlopig aan is gegund werkt binnen 6 maanden na het nemen van het standpunt zijn ontwerp uit voor het Ontwerp Tracébesluit.¹¹¹ Het Ontwerp Tracébesluit wordt daarna ter inzage gelegd voor inspraak en advies. De reacties die volgen op het Ontwerp Tracébesluit worden verwerkt voor het uiteindelijke Tracébesluit, die uiterlijk 5 maanden na ter inzage leggen van het Ontwerp Tracébesluit moet zijn vastgesteld.¹¹² De minister van het min. VenW neemt in overleg met de minister van het min. van VROM het definitieve Tracébesluit. Betrokken kunnen tegen dit besluit in beroep gaan bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.¹¹³ Is het Tracébesluit eenmaal onherroepelijk, dan moeten de betrokken bestuursorganen ervoor zorgen dat de gekozen oplossing in het gebied wordt ingepast door bijvoorbeeld de benodigde vergunningen te verlenen en bestemmingsplannen hierop aan te passen.¹¹⁴

Definitieve gunning vindt plaats nadat er een Tracébesluit (onherroepelijk en nog niet onherroepelijk) is genomen. In de praktijk blijkt definitieve gunning al plaats te vinden voor het Ontwerp Tracébesluit en het Tracébesluit. Bijvoorbeeld bij de A4 Steenbergen en de A2 Maastricht, hier is bij beide al definitief gegund voordat het Ontwerp Tracébesluit is opgesteld. Voordat er definitief wordt gegund moet wel eerst de Alcatel periode in acht worden genomen.¹¹⁵ Na definitieve gunning wordt de overeenkomst met de aannemer opgesteld.

Als er definitieve gunning heeft plaatsgevonden eindigt formeel de vervlechting omdat de aanbestedingsprocedure is geëindigd. Vervlechting eindigt ook als de Tracéwetprocedure eerder is afgerond. Meestal eindigt de aanbestedingsprocedure eerder dan de Tracéwetprocedure. Risico's die later ontstaan, maar wel voortvloeien uit de vervlechting worden in dit hoofdstuk nog wel meegenomen. Voorbeeld vernietiging Tracébesluit als er al definitief is gegund en de overeenkomst is opgesteld.

Een voorbeeld van bijvoorbeeld een Ontwerp Tracébesluit of een Trajectnota/MER is niet in de bijlage opgenomen omdat deze een grote omvang hebben. Deze kunnen worden gedownload bij het kopje actuele zienswijzenprocedures op de site www.inspraakpunt.nl van het centrum voor publieksparticipatie.

¹¹¹ Artikel 10 lid 2 Tracéwet

¹¹² Artikel 15 lid 1 Tracéwet

¹¹³ Artikel 25a Tracéwet

¹¹⁴ <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Wegen, Wetten en Regelgeving, Tracéwet, Tracébesluit, datum 28 september 2009

¹¹⁵ Zie voor meer informatie paragraaf 7.3

8.1.1 Risico: Opstellen ontwerp Tracébesluit door aannemer

Bij vervlechting is het de bedoeling dat de gegunde marktpartij het ontwerp Tracébesluit opstelt die voldoet aan de minimumeisen zoals genoemd in artikel 11 lid 2 en 3 Tracéwet. Voorbeeld: Volgens artikel 11 lid 2 sub b Tracéwet moet de gegunde marktpartij een beschrijving geven van de wijze waarop de inpassing van de aan te leggen of te wijzigen hoofdweg zal plaatsvinden en welke compenserende maatregelen er zullen worden getroffen. Het opstellen van een Ontwerp Tracébesluit is ingewikkeld voor een marktpartij (geen ervaring) en kost veel tijd. De marktpartij Avenue2, gegunde aannemerscombinatie A2 Maastricht, heeft dit bij het congres Vervlechten, Sneller en Beter van 12 november jl. ook aangegeven. Momenteel is Avenue2 bezig met het opstellen van het ontwerp Tracébesluit. De tijd zal uitwijzen hoe dit uitpakt. Als de marktpartij hiertoe niet in staat blijkt vormt dat een risico voor de marktpartij en voor de opdrachtgever (RWS). Voor de opdrachtgever is er ook het risico dat het ontwerp Tracébesluit niet voldoet aan de verwachtingen. Zie ook paragraaf 7.2.1 "Risico: Opstellen Milieueffectrapportage door de marktpartijen".

8.1.2 Risico: Vertraging ontwerp Tracébesluit

Als het Ontwerp Tracébesluit ter inzage is gelegd bestaat er een risico dat door betrokkene/belanghebbenden zienswijzen worden ingediend. Die zienswijzen kunnen bijvoorbeeld inhouden dat er nader onderzoek moet worden uitgevoerd op geluidsaspecten, omdat de gegunde marktpartij daar te weinig naar heeft gekeken. Dat zal de nodige vertraging opleveren, omdat er een aanpassing moet komen op het Ontwerp Tracébesluit. Bij de normale procedure kan dit risico natuurlijk ook optreden, maar bij vervlechting moet de gegunde marktpartij zelf het Ontwerp Tracébesluit opstellen en omdat de vervlechtingprocedure nieuw is en de huidige marktpartijen weinig tot geen ervaring hebben met het opstellen van een Ontwerp Tracébesluit is het risico groter. De opdrachtgever kan dit risico mogelijk inperken door goede begeleiding te bieden.

8.1.3 Risico: Wezenlijke wijziging van de opdracht

Omdat bij de vervlechtingprocedure veel initiatief komt vanuit de marktpartijen kan dat sneller inhouden dat gunningcriteria gewijzigd moeten worden omdat er gewijzigde inzichten zijn ontstaan, of vanwege afwijkende criteria in het planproces en/of vanwege budgettaire problemen. Dit kan zowel voor als na gunning ontstaan. Als er sprake is van een wezenlijke wijziging is er het risico dat de aanbidding opnieuw aanbesteed moet worden en dat er schadevergoeding uitgekeerd moet worden. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan er sprake zijn van een wezenlijke wijziging als de essentiële onderdelen van de opdracht wezenlijk wijzigen, waardoor er in wezen een nieuwe opdracht ontstaat. Het Europese Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft in het arrest *Succhi di Frutta*¹¹⁶ bepaald dat een voorwaarde met name essentieel is wanneer het een bepaling betreft die, indien zij in de aankondiging van de opdracht van het bestek had gestaan, inschrijvers in staat zou hebben gesteld een aanzienlijk andere offerte in te dienen. Het Europese Hof is daarbij niet ingegaan op de betekenis van een aanzienlijk andere offerte.¹¹⁷

¹¹⁶ HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99

¹¹⁷ <www.kvdl.nl>, Home, Nieuwsbrief, Nieuwsbrief januari 2009, Wezenlijke wijziging van de opdracht, datum 24 november 2009

In het Arrest Presstext¹¹⁸ heeft Europese Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bepaald dat een wijziging van een lopende overeenkomst van een overheidsopdracht moet worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging indien:

- Voorwaarden worden ingevoerd die bij het aangaan van de overeenkomst zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan de oorspronkelijke of de keuze voor een andere offerte dan de oorspronkelijke.
- Er sprake is van een belangrijke uitbreiding van de oorspronkelijke afgesproken diensten.
- Het economische evenwicht van de overeenkomst verschuift in het voordeel van de opdrachtnemer.¹¹⁹

Als er een wezenlijke wijziging voor gunning heeft plaatsgevonden, houdt dit in dat de aanbesteding opnieuw moet worden aanbesteed. Als er al gunning heeft plaatsgevonden en de Alcatel-periode¹²⁰ van 15 dagen is voorbij en de overeenkomst met de gegunde is gesloten, is het in Nederland gebruikelijk om schadevergoeding¹²¹ uit te keren aan de rechtzoekende in plaats van de overeenkomst met de gegunde te vernietigen of nietig te verklaren. De rechtsbeschermingrichtlijnen¹²² bieden diverse mogelijkheden ten aanzien van de gevolgen van de gesloten overeenkomsten, maar Nederland heeft hiervan (nog) geen gebruik gemaakt. De Hoge Raad heeft in het arrest Uneto/De Vliet¹²³ bepaald dat overeenkomsten behoudens bijzondere omstandigheden, niet aantastbaar zijn vanwege strijd met het aanbestedingsrecht. Hierop is in de juridische literatuur veel kritiek gekomen, maar de onaantastbaarheid wordt gerelativeerd door artikel 6:103 BW. Dit artikel ziet ook op schadevergoeding anders dan in geld. In aanbestedingszaken kan gebruikmakend van dit artikel bijvoorbeeld ook opzegging of beëindiging van de overeenkomst worden gevorderd. In de praktijk worden deze vorderingen niet zelden toegekend.¹²⁴

De volledige arresten kunt u op EUR-Lex opzoeken.

Voor de opdrachtgever houdt dit in om proberen te voorkomen dat er wezenlijke wijzigingen optreden en voor de marktpartijen houdt dit in, dat als zij een opdracht niet gegund krijgen om gelijk actie te ondernemen als er een wezenlijke wijziging optreedt.

In de bijlage II is ter informatie een artikel uit het tijdschrift voor Bouwrecht van prof. mr. J.M. Hebly en mr. ir. M.B. Klijn opgenomen, genaamd "Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht". Hierin is beschreven wanneer er sprake kan zijn van een wezenlijke wijziging. Het arrest Presstext¹²⁵ wordt in dit artikel uitvoerig behandeld en de jurisprudentie die aan dit arrest voorafging wordt er kort behandeld.

¹¹⁸ HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06

¹¹⁹ <www.kvdl.nl>, Home, Nieuwsbrief, Nieuwsbrief januari 2009, Wezenlijke wijziging van de opdracht, datum 24 november 2009

¹²⁰ Zie voor meer informatie paragraaf 8.3.4

¹²¹ Artikel 6:95 e.v. BW

¹²² Richtlijn 2007/66/EG (richtlijn 2007/66/EG heeft directe werking, omdat deze op 20 december 2009 niet is geïmplementeerd). De richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG worden hierdoor vervangen.

¹²³ HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305

¹²⁴ J.M. Hebly, E.T. De Boer, F.G. Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding*, Uitgeverij Paris: Zutphen, 2007, pag. 94

¹²⁵ HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06

8.2 Rechtsbescherming Tracéwet

Tegen een Tracébesluit kunnen betrokkenen, die ook een zienswijze naar voren hebben gebracht, beroep instellen bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Het beroepschrift moet binnen zes weken na de dag van bekendmaking van het Tracébesluit ingediend zijn. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State beslist binnen 12 maanden na ontvangst van het beroepschrift. Er is een mogelijkheid om de termijn te verlengen met drie maanden.¹²⁶ Voor het Tracébesluit A74 geldt een uitzondering. Daar moet de beslissing binnen 6 maanden worden genomen omdat bij dit project veel haast is geboden.¹²⁷

Het instellen van beroep schorst de werking van het besluit niet.¹²⁸ Wil men het besluit schorsen dan zal men een voorlopige voorziening moeten aanvragen.¹²⁹

8.2.1 Risico: Vernietiging Tracébesluit

De minister van het min. van VenW neemt in overeenstemming met de minister van het min. van VROM een Tracébesluit volgens artikel 15 Tracéwet. De betrokkenen/belanghebbenden¹³⁰ die eerder een zienswijze hebben ingediend tegen het Tracébesluit kunnen hiertegen in beroep gaan. Als de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State het Tracébesluit vernietigt, heeft dit enorme risico's voor de gegunde marktpartij en de opdrachtgever. De uitvoering komt stil te liggen. De aanbestedingsprocedure wordt afgebroken of het contract kan worden ontbonden.¹³¹ Het hangt ervan af op welke gronden het Tracébesluit wordt vernietigd. Als een Tracébesluit wordt vernietigd op bijvoorbeeld de luchtkwaliteit, dan houdt dit in dat er nader onderzoek moet plaatsvinden en dit heeft geen erge consequenties voor de aanbestedingsprocedure/het contract. Wel zal de gegunde marktpartij een schadevergoeding indienen bij de opdrachtgever. Voorbeeld is de A4 Burgerveen-Leiden.¹³²

Als een Tracébesluit wordt vernietigd op bijvoorbeeld het ontwerp omdat er bijvoorbeeld te weinig onderzoek is gedaan naar alternatieve varianten, dan heeft dit consequenties. Bij de A4 Steenbergen was hiervan sprake. Daar is Tracébesluit in 2001 vernietigd.¹³³ In die tijd was er nog geen sprake van vervlechting, dus dit had voor de aanbestedingsprocedure geen consequenties. Als dit plaatsvindt bij een vervlechtingprocedure, zal dat de consequentie meebrengen dat het contract ontbonden moet worden indien er al definitief is gegund (officieel geen sprake meer van vervlechting). Hier zal een schadeclaim uit voortvloeien voor de opdrachtgever. Indien er nog geen gunning heeft plaatsgevonden houdt dit in dat er geen gunning zal plaatsvinden en zal de aanbestedingsprocedure opnieuw opgestart moeten worden. Dit is een risico dat altijd kan optreden en waarop gedeeltelijk invloed uit te oefenen is. De opdrachtgever en de marktpartijen/aannemers kunnen in het voortraject zoveel mogelijk commitment proberen te creëren en luisteren naar de belanghebbenden. Daarnaast moeten beide partijen het Tracébesluit zo goed mogelijk voorbereiden en ervoor zorgen dat de gronden waarop vernietiging kan plaatsvinden zo veel mogelijk worden weggenomen.

¹²⁶ Artikel 25b lid 1 en 2 Tracéwet

¹²⁷ Artikel 15a lid 4 sub E Wet versnelling besluitvorming wegprojecten j.o. artikel 25b lid 1 Tracéwet

¹²⁸ Artikel 6:16 Awb

¹²⁹ Artikel 8:81 Awb

¹³⁰ Onder belanghebbenden wordt verstaan "een ieder" volgens artikel 7 lid 2 Tracéwet j.o. artikel 3:15 Awb

¹³¹ Het ontbinden van het contract is bijvoorbeeld afhankelijk van wat erin het contract is bepaald. Daarnaast kan artikel 6:258 BW gelden (onvoorziene omstandigheden). Artikel 6:265 BW ziet ook op ontbinding, maar dit artikel geldt bij een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst.

¹³² ABRvS 25 juli 2007, 200602152/1 (www.raadvanstate.nl) (hier was geen sprake van vervlechting)

¹³³ ABRvS 22 januari 2001, rolno. E01.98.0552 (Tracébesluit A4 Dinteloord-Bergen op Zoom)

De knoop rondom het Tracébesluit is ook een belangrijk knelpunt bij vervlechting. Wordt het Tracébesluit vernietigd dan heeft dit de nodige gevolgen, die hiervoor bij het "Risico: Vernietigen Tracébesluit" zijn beschreven.

8.3 Rechtsbescherming aanbestedingsprocedure

Op 11 december 2007 heeft de Europese Commissie een nieuwe richtlijn 2007/66/EG aangenomen en op 20 december 2007 is deze richtlijn gepubliceerd in het EG-publicatieblad. Deze richtlijn geeft minimumvoorwaarden waaraan het nationale rechtsstelsel met betrekking tot rechtsbescherming in aanbestedingszaken moet voldoen. Deze richtlijn dient in Nederland uiterlijk 20 december 2009 geïmplementeerd te worden. De richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG worden hierdoor vervangen. Om de richtlijn 2007/66/EG te implementeren is er het Wetsvoorstel Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijnen Aanbesteden (WIRA) opgesteld.

De WIRA is op 20 december jl. niet in werking getreden en dit houdt in dat de rechtsbeschermingrichtlijn 2007/66/EG directe werking¹³⁴ heeft. In het najaar van 2009 is de WIRA door de Tweede Kamer aangenomen en momenteel ligt de WIRA voor in de Eerste Kamer.¹³⁵ Marktpartijen die deelnemen aan een aanbestedingsprocedure kunnen zich totdat de WIRA van kracht wordt direct beroepen op de bepalingen uit de rechtsbeschermingrichtlijn 2007/66/EG. Dit geldt voor opdrachten waarop de Bao en Bass van toepassing is.¹³⁶

8.3.1 Belangrijke veranderingen door de rechtsbeschermingrichtlijn

De rechtsbeschermingrichtlijn bepaald dat de aanbestedende dienst een gunningbeslissing, met opgaaf van redenen, voldoende moet motiveren. Als een aanbestedende dienst de gunningbeslissing onvoldoende motiveert, gaat de opschortende termijn van vijftien dagen (Alcatel periode) niet van start. De benadeelde marktpartij kan na die termijn dus ook naar de rechter, omdat de opschortende termijn pas start na een voldoende gemotiveerde gunningbeslissing. Een benadeelde marktpartij kan de rechter verzoeken de overeenkomst te laten vernietigen in het geval de opdracht ten onrechte niet is aanbesteed. Slechts in uitzonderingsgevallen kan de rechter de overeenkomst (deels) in stand laten en alleen als dwingende redenen van algemeen belang dit rechtvaardigen.¹³⁷

8.3.2 Beroep bij aanbestedingsprocedure

Marktpartijen hebben de mogelijkheid een kort geding¹³⁸ procedure in te stellen bij de burgerlijke rechter. Het instellen van een kort geding moet bij de burgerlijke rechter plaatsvinden omdat het bij aanbestedingszaken gaat over een privaatrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan. In het aanbestedingsrecht wordt hiervan veel gebruik gemaakt. Voor de kort geding procedure moet voldaan worden aan de vereisten van spoedeisend belang en de zaak moet zich lenen voor snelle en eenvoudige afwikkeling. Een kort geding leidt tot een voorlopige voorziening, wat een voorlopige uitspraak is van rechter. Om een definitieve uitspraak te bewerkstelligen hebben de partijen de mogelijkheid een bodemprocedure te starten. Een bodemprocedure wordt ingeleid met een dagvaarding.¹³⁹

¹³⁴ Voor uitleg van het begrip directe werking, zie de verklarende woordenlijst

¹³⁵ Op 15 december 2009 bespreekt de eerste kamer de WIRA

¹³⁶ <www.europadecentraal.nl>, Home, Dossiers, Aanbestedingen, voorpagina, Rechtsbescherming, datum 24 december 2009

¹³⁷ <www.pianoo.nl>, Wet- en regelgeving, Wetten, Rechtsbeschermingsrichtlijn en Wira, datum 24 december 2009

¹³⁸ Artikel 254 tot en met artikel 259 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)

¹³⁹ Artikel 78 Rv en 261 Rv en verder

8.3.3 Bezwaar maken

Naast het instellen van beroep kunnen de marktpartijen de mogelijkheid hebben om bezwaar te maken tegen een voorlopige gunningbeslissing alvorens beroep in te stellen. Dit is dan meestal bepaald in de aanbestedingstukken en/of in de kennisneming van voorlopige gunning. De marktpartijen kunnen schriftelijk hun bezwaar indienen en de opdrachtgever bepaald dan zelf wat hij hiermee doet. De bezwaarmaker heeft daarna altijd nog de mogelijkheid om in beroep te gaan.

8.3.4 Risico: Juridische geschillen door aanbieders die afvallen

Bij de aanbestedingsprocedure zullen er marktpartijen gaan afvallen. Als één of meerdere marktpartijen vinden dat hun recht is geschonden zullen zij een gerechtelijke kort geding procedure starten, die de nodige invloed heeft op het verdere verloop van het project. Als er beroep wordt ingesteld gedurende de Alcatel periode van 15 dagen, kan dit inhouden dat de aanbesteding onrechtmatig wordt verklaard en dat de aanbestedingsprocedure opnieuw moet worden aanbesteed. Na de Alcatel periode, als de overeenkomst is opgesteld zal de overeenkomst niet snel worden vernietigd of nietig worden verklaard, gezien het Uneto/De Vliert arrest. Meestal volgt dan schadevergoeding of er wordt via artikel 6:103 BW opzegging of beëindiging van de overeenkomst gevorderd.¹⁴⁰ Het Alcatel arrest houdt in dat de aanbestedende diensten/opdrachtgever tenminste een periode van 15 dagen moet aanhouden voordat zij een overeenkomst mogen sluiten ter zake van de aanbestede opdracht. De Alcatel periode wordt doorgaans ook als vervalttermijn gebruikt voor het instellen van beroep in rechte. Wordt na afloop van deze termijn beroep ingesteld dan is de ondernemer in beginsel niet ontvankelijk in zijn vorderingen. Een vervalttermijn wordt in de praktijk veelal opgenomen in de aanbestedingstukken en het opnemen van een vervalttermijn is in beginsel toelaatbaar, want de Europese rechter heeft dit in Universal Bau¹⁴¹ toegestaan.¹⁴²

Aangezien vervlechting nog nieuw is en de marktpartijen weinig ervaring hebben met vervlechtingprojecten, is er een risico aanwezig dat er meer gerechtelijke procedures zullen worden gestart dan bij een normale procedure. Dit kan komen omdat het makkelijker kan voorkomen dat gunningcriteria niet overeenkomen met de criteria voor de planprocedure (Tracéwetprocedure) en dan kunnen er sneller wezenlijke wijzigingen optreden waar de niet gegunde marktpartijen zich op beroepen. De opdrachtgever ziet dit in de Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009 ook als een risico. Ook kan het voorkomen dat rechtsbeginselen makkelijker worden geschonden. Voor de gegunde aannemer heeft dit als risico, dat de aanbesteding mogelijk niet doorgaat met de nodige financiële consequenties van dien. Voor de opdrachtgever zal dit kunnen inhouden dat de aanbesteding opnieuw aanbesteed moet worden met extra kosten en schadevergoedingen van dien. Vanuit de marktpartijen is op het ontstaan van het risico weinig invloed uit te oefenen. De opdrachtgever kan hierop wel invloed uitoefenen, door de procedures correct te volgen en geen aanbestedingbeginselen te schenden.

¹⁴⁰ Zie voor meer informatie paragraaf 8.1.3

¹⁴¹ HvJ EG 12 december 2002, zaak C-470/99

¹⁴² J.M. Hebly, E.T. De Boer, F.G. Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding*, Uitgeverij Paris: Zutphen, 2007, pag. 76 en 77

8.3.5 Risico: Negatieve reactie Raad van State en civiele rechter op vervlechting

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en de civiele rechter hebben zich nog niet uitgelaten over de vervlechtingprocedure. Er is een risico dat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en/of de civiele rechter zeggen dat dit niet geoorloofd is bijvoorbeeld, omdat de beginselen van beide procedures met elkaar op gespannen voet staan. Bijvoorbeeld de beginselen openbaar (planproces) versus vertrouwelijkheid (aanbestedingen). Of de rechter zich negatief uitlaat over vervlechting blijft dus een vraag, eerst zal hierover geprocedeerd moeten worden. De toekomst zal dit uitwijzen. Daarnaast is de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State onder andere alleen bevoegd zich uit te laten over bestuursrechtelijke wetgeving waaronder de Tracéwet en de civiele rechter is onder andere alleen bevoegd zich uit te laten over privaatrechtelijke wetgeving waaronder het aanbestedingsrecht. Het kan dus zo zijn dat zij zich nooit uitlaten over de vervlechtingprocedure omdat ze bij hun eigen bevoegdheid moeten blijven. De marktpartijen en de opdrachtgever zullen met dit risico rekening moeten houden, maar ze moeten dit risico niet te zwaar laten wegen.

9 Realisatiefase

In dit hoofdstuk wordt in paragraaf 9.1 kort het verloop van de voorbereiding en uitvoering van het werk beschreven. Paragraaf 9.2 beschrijft kort de evaluatieprocedure die na realisatie van het werk uitgevoerd moet worden.

9.1 Voorbereiding en uitvoering

In deze fase hebben beide partijen met elkaar een overeenkomst gesloten en de aanbestedingsprocedure en de Tracéwetprocedure is volledig afgerond. Het werk zal voorbereid moeten worden, de benodigde grond en vergunningen moeten worden verworven en de middelen moeten beschikbaar worden gesteld. Hier kleven ook risico's aan, maar die worden verder niet behandeld omdat hier geen sprake meer is van vervlechting.

9.2 Evaluatie

Nadat het werk/project is gerealiseerd voert de minister van Verkeer en Waterstaat een evaluatie uit.¹⁴³ De minister van Verkeer en Waterstaat vergelijkt de (milieu)gevolgen die optreden na de uitvoering van het project met de gevolgen die in de Trajectnota/MER voorzien waren. In een evaluatieprogramma komt te staan hoe en wanneer er aanvullend onderzoek gedaan moet worden naar de effecten op het milieu. Mochten de effecten ernstiger zijn dan verwacht, dan kunnen er maatregelen genomen worden.¹⁴⁴

In de hoofdstukken 5 tot en met 9 is in grote lijnen beschreven hoe een vervlechtingprocedure verloopt. In de praktijk kan er voor diverse modellen worden gekozen. Dit houdt in dat bepaalde keuzes en stappen op andere momenten genomen kunnen worden en dat extra procedures, die wettelijk niet verplicht zijn, eraan worden toegevoegd.

¹⁴³ Artikelen 7.39 tot en met 7.42 Wm

¹⁴⁴ <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Wegen, Wetten en Regelgeving, Tracéwet, Evaluatie, datum 28 september 2009

10 Algemene risico's bij vervlechting

Hieronder worden, in de paragrafen 10.1 tot en met 10.10, de risico's beschreven die niet gelijk samenhangen met de hiervoor behandelde fases van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure (omdat een risico bijvoorbeeld betrekking heeft op alle fases) en zijn daarom apart in dit hoofdstuk opgenomen.

10.1 Risico: Schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb)

In Nederland zijn overheden gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De meeste beginselen zijn ontstaan uit jurisprudentie en een gedeelte is gecodificeerd in het Awb. Voorbeelden zijn:

- Het zorgvuldigheidsbeginsel (Zorgvuldige voorbereiding van een besluit);¹⁴⁵
- Het motiveringsbeginsel (Een besluit moet deugdelijk worden gemotiveerd);¹⁴⁶
- Het rechtszekerheidsbeginsel (De burger moet weten waar hij aan toe is. Bestuursbesluiten moeten duidelijk zijn en overheid moet rechtsregels consequent en juist toepassen);¹⁴⁷
- Het gelijkheidsbeginsel (Gelijke gevallen, gelijk behandelen);¹⁴⁸
- Het vertrouwensbeginsel (Houdt in dat de gewekte verwachtingen waarop een belanghebbende heeft mogen vertrouwen, worden gehonoreerd. Belangrijk daarbij is dat het vertrouwen is gewekt door een bestuursorgaan en de wijze waarop het vertrouwen is gewekt, bijvoorbeeld tijdens een vergadering);¹⁴⁹
- Het verbod van détournement de pouvoir (Bestuursorgaan mag geen misbruik maken van zijn bevoegdheid);¹⁵⁰
- Het beginsel van evenredige belangenafweging (Het bestuursorgaan moet belangen evenredig afwegen);¹⁵¹
- Het Fair play beginsel (Het bestuursorgaan moet onpartijdig zijn).¹⁵²

Bij de normale procedure is de Tracéwetprocedure al afgerond als de aanbestedingsprocedure start. Als de opdrachtgever, bevoegd gezag en/of een bestuursorgaan bij de normale procedure de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft geschonden heeft dit in beginsel geen doorwerking op de aanbestedingsprocedure omdat die dan nog niet lopende is. Schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de vervlechtingprocedure hebben wel doorwerking op de aanbestedingsprocedure. Als de opdrachtgever, bevoegd gezag en/of bestuursorgaan één van deze beginselen schendt zal dat vertraging opleveren en dat kan inhouden dat er bijvoorbeeld een wezenlijke wijziging optreedt. De aanbestedingsprocedure zal dan opnieuw moeten worden aanbesteed als er nog geen gunning heeft plaatsgevonden en/of zal er uitkering van schadevergoeding moeten plaatsvinden als er al wel definitieve gunning heeft plaatsgevonden. Zie voor meer informatie ook het risico "wezenlijke wijziging van de opdracht" in paragraaf 8.1.3.

Voorbeeld: bij vervlechting kan het vertrouwensbeginsel een risico vormen. Aan het begin van een project zullen de opdrachtgever en de marktpartijen commitment proberen te creëren bij betrokkenen. Het voornemen zal uitgelegd moet worden aan de betrokkene. Daarbij kan de situatie ontstaan dat de opdrachtgever dingen toe zegt aan een betrokkene, die later niet waargemaakt kunnen worden.

¹⁴⁵ Artikel 3:2 Awb

¹⁴⁶ Artikel 3:46 Awb

¹⁴⁷ P.M. van den Brekel en N.J.A.P.B. Niessen, Bestuursrecht, Boom Juridische uitgevers: Den Haag, derde druk, 2007, pag. 50

¹⁴⁸ Artikel 1 Grondwet

¹⁴⁹ P.M. van den Brekel en N.J.A.P.B. Niessen, Bestuursrecht, Boom Juridische uitgevers: Den Haag, derde druk, 2007, pag. 50

¹⁵⁰ Artikel 3:3 Awb

¹⁵¹ Artikel 3:4 lid 2 Awb

¹⁵² Artikel 2:4 Awb

Je kunt daarbij denken aan dat een bestuursorgaan tegen meneer x zegt dat zijn huis zeker gespaard wordt bij het aanleggen van een snelweg. Als uiteindelijk verder in het project blijkt dat het huis wel verwijderd moet worden voor de snelweg, gaat dat de nodige problemen opleveren. Het vertrouwensbeginsel zal dan aan bod komen, namelijk dat meneer x erop mag vertrouwen dat het bestuursorgaan (de overheid) zijn huis spaart omdat dit eerder is toegezegd. Dit soort situaties kunnen ontstaan en zullen door de opdrachtgever gedragen moeten worden, maar heeft altijd doorwerking op het uiteindelijke project. Meneer x kan naar de bestuursrechter stappen en als meneer x gelijk krijgt houdt dit in dat het uiteindelijke ontwerp aangepast moet worden, met de nodige consequenties van dien.

De opdrachtgever moet er alert op zijn om dit te voorkomen. Voor de marktpartijen houdt dit in dat als zij een schending constateren, dat zij dat gelijk met de opdrachtgever bespreken om de gevolgen in te perken.

Opgemerkt moet worden dat de abbb ook gelden ten opzichte van de aanbestedingsprocedure, naast de rechtsbeginselen van het aanbestedingsrecht. De opdrachtgever moet deze beginselen dus ook in acht nemen.¹⁵³

10.2 Risico: Oneerlijke mededinging

In artikel 6 (kartelverbod) en artikel 24 (verbod misbruik machtspositie) van de Nederlandse Mededingingswet en respectievelijk in artikel 81 en 82 van het EG-Verdrag is de mededinging geregeld. Artikel 6 Mededingingswet en artikel 81 EG-Verdrag regelen het Kartelverbod, dat inhoudt dat de ondernemingen onderling geen afspraken mogen maken die de concurrentie verhindert, beperkt of vervalst.¹⁵⁴ Bij de vervlechtingprocedures kan het voorkomen dat marktpartijen/aannemers dit verbod gaan overtreden omdat de vervlechtingprocedure voor een marktpartij/aannemer een langdurig en kostbaar proces is. Voorbeeld: bij de A2 Maastricht zijn de kosten van deelnemende marktpartijen opgelopen tot circa 10 miljoen tegenover een vergoeding van 3 miljoen euro.¹⁵⁵ Hierdoor kan het risico ontstaan dat de grote marktpartijen/aannemers¹⁵⁶ met elkaar samenspannen. De marktpartijen/aannemers bespreken dan onderling met elkaar welke biedingen zij doen en verdelen de opdrachten onder elkaar, zonder medeweten van de opdrachtgever.

Artikel 24 Mededingingswet en artikel 82 EG-Verdrag regelen het verbod misbruik machtspositie, dat inhoudt dat een onderneming een zodanige economische machtspositie heeft dat de onderneming zich onafhankelijk van concurrenten en afnemers kan gedragen en hiervan misbruik maakt. Het marktaandeel van een onderneming speelt daarbij een rol, maar alleen op basis daarvan is niet te zeggen of een onderneming een machtspositie heeft.¹⁵⁷ Bij de vervlechtingprocedure kan dit verbod ook overtreden worden en dat kan een risico vormen. Bij vervlechtingprojecten zie je dat diverse aannemers/marktpartijen met elkaar een aannemerscombinatie aangaan voor de duur van het project. Risico hierbij is dat zij een te groot aandeel kunnen vormen en dat zij met hun positie de andere marktpartijen/aannemers benadelen.

¹⁵³ M.A.M.C. van den Berg, A.G. Bregman, M.A.B. Chao-Duivis, *Bouwwrecht in kort bestek*, Stichting Instituut voor Bouwrecht: 's-Gravenhage, zesde druk, 2007, pag. 302

¹⁵⁴ <www.nmanet.nl>, Home, Consumenten, Wat doet de NMa voor u?, Kartelafspraken, Kartelverbod, datum 24 november 2009

¹⁵⁵ *Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009*, Rijkswaterstaat, Dienst Infrastructuur, Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, Utrecht: WB Consulting augustus 2009, pag. 24

¹⁵⁶ BAM, Heijmans, KWS, Ballast Nedam, Dura Vermeer en MNO Vervat

¹⁵⁷ <www.nmanet.nl>, Home, Consumenten, Wat doet de NMa voor u?, Misbruik van een economische machtspositie, Verbod van misbruik van economische machtspositie, datum 24 november 2009

Als de NMa vaststelt dat er sprake is van oneerlijke mededinging kan dit voor de marktpartijen/aannemers inhouden dat de NMa volgens artikel 56 Mededingingswet boetes, een last onder dwangsom en een bindende aanwijzing tot naleving van de wet mag opleggen.

Dit is een risico die voor de marktpartijen makkelijk in te perken is, door daaraan niet mee te doen. Voor de opdrachtgever houdt dit in extra alert te zijn op vervalsingen van de mededinging.

10.3 Risico: Verschillende denkwijze

De opdrachtgever geeft met algemene gunningcriteria aan wat hij wil hebben. De marktpartijen krijgen dus veel ontwerpvrijheid. De opdrachtgever geeft bijvoorbeeld aan dat er een brug aangelegd moet worden. De marktpartijen krijgen daarbij de vrijheid om te beslissen hoe de brug eruit moet komen te zien binnen de grenzen van de gunningcriteria. Als de opdrachtgever daarbij een bepaald ontwerp (uiterlijk) totaal niet gewenst vindt, is dat een risico van vervlechten. Het is verstandig voor de marktpartijen om van tevoren te bespreken wat de opdrachtgever wel en niet gewenst vindt. Een goede verstandhouding is belangrijk. Ook voor het uitvoeren van het project, indien de marktpartij het project gegund krijgt. Beide partijen willen een optimaal resultaat behalen en op elkaar de wensen afstemmen is belangrijk.

10.4 Risico: Hoge transactiekosten

Bij vervlechting duurt de aanbestedingsprocedure langer dan bij de normale procedure. Risico voor de marktpartijen is dat de kosten daardoor aanzienlijk oplopen. De marktpartijen maken ook aanzienlijke kosten door de vele modelonderzoeken die nodig zijn in het kader van de milieueffectrapportage. Bij de A2 Maastricht zijn de kosten van deelnemende marktpartijen opgelopen tot circa 10 miljoen tegenover een vergoeding van 3 miljoen euro. De directeur generaal van RWS heeft tijdens een werkbezoek opgemerkt dat vervlechten met dergelijke hoge bedragen geen toekomst heeft.¹⁵⁸ Deze kosten zullen dus teruggedrongen moeten worden. Risico voor de opdrachtgever is dat marktpartijen kunnen beslissen in de toekomst niet meer met vervlechtingprojecten mee te doen als de kosten voor de marktpartijen te hoog oplopen. Risico wat er mee samenhangt voor de marktpartij, is dat een marktpartij door deze hoge kosten in het ernstige scenario failliet kan gaan. Meestal richten marktpartijen wel een aparte bv op zodat de onderneming niet in een eventueel faillissement wordt meegenomen.

Hiermee hangt ook samen dat een project financieel niet haalbaar kan zijn. De opdrachtgever wil met een bepaald budget een project realiseren. De marktpartijen gaan proberen een idee/ontwerp op te stellen dat voldoet aan het budget. De marktpartijen kunnen tot de conclusie komen dat het project voor dat budget niet realiseerbaar is. De opdrachtgever zal dus een reëel budget moeten vaststellen. Dit zal bij vervlechtingprojecten moeilijk zijn als op voorhand niet duidelijk is hoeveel de kosten gaan bedragen.

¹⁵⁸ *Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009*, Rijkswaterstaat, Dienst Infrastructuur, Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, Utrecht: WB Consulting augustus 2009, pag. 24

10.5 Te weinig kennis en ervaring

Bij vervlechtingprojecten wordt veel kennis en ervaring van de marktpartijen verwacht. De opdrachtgever stelt gunningcriteria op aan de hand waarvan het beste idee wordt uitgekozen. De marktpartijen kunnen in de voorfase of tijdens de uitvoering erachter komen dat zij niet aan de criteria kunnen voldoen. Bijvoorbeeld: bij vervlechting kan het voorkomen dat de marktpartij een milieueffectrapport moet opstellen. De meeste marktpartijen hebben hier geen ervaring mee en ook geen kennis van. In de ontwerpfase kan dit inhouden dat de marktpartij voortijdig afhaakt en niet deelneemt aan de gunning. Bij de uitvoering houdt dit in dat de marktpartij niet zijn contractuele verplichtingen kan nakomen beide met de nodige financiële- en imagoschade van dien. Een marktpartij moet van tevoren goed inschatten wat hij kan en wat hij niet kan om dit risico te verkleinen of te voorkomen. Eventueel kan er expertise ingehuurd worden.

10.6 Risico: Veranderde wet- en regelgeving

Veranderingen in wet- en regelgeving kunnen altijd optreden, maar bij vervlechtingprojecten zal dit grotere risico's meebrengen. Als bijvoorbeeld de normen voor geluidsbelasting in de Wg ten nadele worden aangepast en het Tracébesluit is niet nog genomen kan dat de nodige wijzigingen in ontwerpen en dergelijke opleveren, met de nodige gevolgen van dien. Bij de normale procedure kunnen er ook verandering in wet- en regelgeving ontstaan, maar zolang er nog geen Tracébesluit is, heeft dat voor de marktpartijen nog geen consequenties omdat de aanbestedingsprocedure pas na het Tracébesluit start. Bij de vervlechtingprocedure werken wijzigingen in wet- en regelgeving altijd door in de verdere procedure. Dit is een risico waar de marktpartijen en de opdrachtgever geen invloed op hebben. Beide partijen moeten duidelijke afspraken hierover maken om vast te leggen wie het risico gaat dragen. Daarnaast moeten beide partijen de ontwikkelingen op wet- en regelgeving goed volgen en eventueel meenemen in een project.

10.7 Risico: Onvoldoende kwaliteit en ervaring medewerkers

Voor vervlechtingprojecten moeten de medewerkers van zowel de opdrachtgever als de marktpartijen over de nodige kwaliteiten en ervaring beschikken. Ten eerste moeten de medewerkers bekend zijn met de normale procedure en hiermee ook meerdere jaren ervaring hebben. Daarnaast moeten de medewerkers bekend zijn met vervlechting. Als medewerkers geen ervaring hebben en niet over onder andere de volgende kwaliteiten beschikken: flexibiliteit, risico's goed kunnen inschatten, onderhandelen, deskundig en open staan voor andere disciplines¹⁵⁹ zal dit problemen gaan opleveren en zal de vervlechtingprocedure niet goed uitpakken. Om het risico te verkleinen kunnen het beste mensen worden ingezet die al een aantal jaren werkzaam zijn in het werkveld en onder andere over de bovenstaande kwaliteiten beschikken. Daarnaast is het belangrijk voor zowel de opdrachtgever als de marktpartijen om personeel gedurende de looptijd van het project op dezelfde functie te laten zitten. Plaats een werknemer gedurende het project niet over naar een ander project, omdat daarmee kennis verloren gaat en nieuw personeel halverwege een project inzetten levert vrijwel altijd problemen op. Personeel dat zelf weg gaat, bijvoorbeeld omdat diegene ontslag heeft genomen, is moeilijk tegen te houden. Daarbij is het wel belangrijk om goed voor je personeel te zorgen en ze te waarderen, personeel zal dan langer en met plezier blijven werken en daarmee verklein je het risico.

¹⁵⁹ *Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009*, Rijkswaterstaat, Dienst Infrastructuur, Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, Utrecht: WB Consulting augustus 2009, pag. 21 en 22

10.8 Risico: Beperkte zittingsduur van politieke partijen

Vervlechtingprojecten duren lang. Aan het begin van een vervlechtingproject kan er bij de politieke partijen, in de tweede kamer bijvoorbeeld, commitment zijn gecreëerd voor het project. Om de vier jaar vinden er in Nederland tweedekamer-, provinciale staten- en gemeenteraadsverkiezingen¹⁶⁰ plaats en dat kan inhouden dat de politieke samenstelling verandert en dat daarmee ook het commitment voor het project kan wijzigen. Dit is een risico waar weinig invloed op uit te oefenen is.

De opdrachtgever kan wel door bij de betrokkene, zoals bewoners, commitment te creëren ervoor zorgen dat zij op de partijen stemmen die ook voor het project zijn. Bij de normale procedure kan dit risico ook ontstaan, maar dan hebben de marktpartijen hiermee weinig mee te maken omdat zij bij het planvormingsproces niet betrokken zijn.

10.9 Risico: Spanningen samenwerking tussen aanbesteding en planproces

Bij de vervlechtingprocedure kunnen tussen de medewerkers die bezig houden met het planvormingsproces en met het proces voor de aanbestedingen spanningen ontstaan. In de normale procedure zijn eerst de planvormers aan het werk en pas als de Tracéwetprocedure is afgerond gaan de medewerkers die zich met de aanbestedingen bezig houden aan het werk. Dit is een risico die voornamelijk bij de opdrachtgever zal ontstaan, maar werkt natuurlijk door naar de marktpartijen. De spanningen kunnen ontstaan op inhoud en op houding en cultuur. De mensen van de aanbestedingsprocedure zijn gefocust op vertrouwelijkheid en snel trechteren (aanbieders laten afvallen). De planvormers zijn gericht op transparantie en opties zo lang mogelijk open houden. In de praktijk zijn deze spanningen ook ontstaan, want RWS heeft deze bevindingen beschreven in de monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009.¹⁶¹ Belangrijk is voor de opdrachtgever om vertraging en problemen hierover tijdens de vervlechtingprocedure te voorkomen en om hierover duidelijke afspraken te maken en samen te werken.

10.10 Risico: Stakeholders

Als er veel Stakeholders¹⁶² zijn kan dat voor vervlechting een risico vormen, want het heeft invloed op de vervlechtingprocedure. Zij kunnen bijvoorbeeld de Tracéwetprocedure vertragen door hun zienswijze¹⁶³ in te dienen op het Ontwerp Tracébesluit en beroep¹⁶⁴ in te stellen tegen het Tracébesluit bij de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Ook kan het gebeuren dat het Tracébesluit wordt vernietigd. Dit heeft natuurlijk doorwerking op de aanbestedingsprocedure, denk aan vertraging, vermogensschade of niet gunnen van de opdracht enzovoorts. Bij het aanleggen van een snelweg door een weiland heb je te maken met weinig Stakeholders. Bij het aanleggen van een snelweg door een stad heb je te maken met veel Stakeholders. Bij de Tracéwetprocedure kan een ieder¹⁶⁵ een zienswijze indienen en beroep instellen. De vereisten van het belanghebbende begrip (eigen belang, persoonlijk belang, objectief, actueel en rechtstreeks) gelden dan niet. Om het risico te verkleinen dat er veel zienswijzen worden ingediend en dat er beroepsprocedures worden gestart door de Stakeholders, is het belangrijk om zorgvuldig met de voorbereiding van het Tracébesluit om te gaan. Ook is het belangrijk om overleg te plegen met de Stakeholders. Plannen moeten door de opdrachtgever, eventueel met behulp van de marktpartijen, duidelijk en helder naar de Stakeholders gecommuniceerd worden om zoveel mogelijk commitment te creëren.

¹⁶⁰ Artikel C1 lid 1 en artikel C4 lid 1 Kieswet (KW)

¹⁶¹ Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009, Rijkswaterstaat, Dienst Infrastructuur, Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, Utrecht: WB Consulting augustus 2009, pag. 22

¹⁶² In de aannemerswereld wordt gesproken over Stakeholders. Dit is vergelijkbaar met het belanghebbenden begrip in het bestuursrecht

¹⁶³ Artikel 12 lid 3 Tracéwet

¹⁶⁴ Artikel 25a Tracéwet

¹⁶⁵ Artikel 7 lid 2 Tracéwet j.o. artikel 3:15 Awb, artikel 12 lid 3 Tracéwet en artikel 25 a Tracéwet

11 Conclusies en aanbeveling

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraagstelling die centraal staat in dit onderzoek. De vraagstelling is:

”Welke risico’s zijn er verbonden aan de vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure en wat betekent dit voor de BAM?”¹⁶⁶

In paragraaf 11.1 wordt kort uitgelegd wat vervlechting en de procedures inhouden. In paragraaf 11.2 worden de belangrijkste risico’s die voortvloeien uit vervlechting beschreven. Paragraaf 11.3 beschrijft de belangrijke risico’s van vervlechting voor de praktijk. In paragraaf 11.4 wordt een aanbeveling gegeven.

11.1 Vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure

Vervlechting: Bij vervlechting loopt de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure (gedeeltelijk) parallel en op bepaalde momenten verknopen beide procedures elkaar. Het doel is om marktbetrokkenheid te realiseren en om de kennis optimaal te benutten. Andere redenen zijn efficiency, financiële zekerheid en tijdwinst.¹⁶⁷ In de normale situatie wordt eerst de Tracéwetprocedure doorlopen en als die procedure is afgerond wordt de aanbestedingsprocedure doorlopen.

De Tracéwet is een procedurewet en regelt de besluitvorming omtrent het aanleggen of wijzigen van hoofdwegen (snelwegen), landelijke spoorwegen en hoofdvaarwegen. Overheden moeten naast het doorlopen van de Tracéwetprocedure een werk Europees aanbesteden als die boven bepaalde drempelbedragen komt.¹⁶⁸ Bij vervlechting wordt gebruik gemaakt van de aanbestedingsprocedure concurrentiegericht dialogisch. Van deze procedure wordt gebruik gemaakt indien een aanbestedende dienst/opdrachtgever alleen niet in staat is om technische oplossingen te vinden of de juridische en/of financiële voorwaarden van een project niet weet te specificeren.

11.2 Risico’s bij vervlechting

Uit vervlechting vloeien risico’s voort en de belangrijkste risico’s worden in deze paragraaf beschreven.

11.2.1 Vertraging

Een risico die kan ontstaan is dat de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure wordt vertraagd doordat er vooraf, voordat met de Tracéwetprocedure wordt gestart, geen of slechte afspraken met de bestuurlijke omgeving zijn gemaakt. Ook Stakeholders¹⁶⁹ kunnen de procedures vertragen, omdat zij zienswijze kunnen indienen en beroep kunnen instellen. Procedure kan ook worden vertraagd omdat bijvoorbeeld de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden geschonden bij burgers bijvoorbeeld. Vertraging kan ook optreden als er veel zienswijzen op het Ontwerp Tracébesluit door betrokkene/belanghebbenden worden ingediend. Door die zienswijzen kan het bijvoorbeeld voorkomen dat er nader onderzoek moet worden uitgevoerd op geluidsaspecten. Dit kan bij vervlechting eerder voorkomen omdat de vervlechtingprocedure nieuw is en de huidige marktpartijen weinig tot geen ervaring hebben met het opstellen van een Ontwerp Tracébesluit.

¹⁶⁶ Zie paragraaf 1.4, aanvulling op de centrale vraagstelling. De risico’s zijn beschreven voor de marktpartijen, waaronder de BAM, en voor de opdrachtgever (RWS)

¹⁶⁷ <www.verkeerenwaterstaat.nl>, onderwerpen, kennis en innovatie, Publiek-private samenwerking, publicaties, werkwijze vervlechting tracé/mer- en aanbestedingsprocedure bij infrastructurele projecten, datum 16 oktober 2009

¹⁶⁸ Zoals opgenomen in de verordening 1422/2007 (2008/2009) en verordening 1177/2009 (2010/2011)

¹⁶⁹ In de aannemerswereld wordt gesproken over Stakeholders. Dit is vergelijkbaar met het belanghebbenden begrip in het bestuursrecht

11.2.2 Tussentijdse beëindiging aanbestedingsprocedure

Er bestaat een risico dat de aanbestedingsprocedure tussentijds wordt beëindigd omdat er disproportionaliteit van de selectie- en gunningcriteria optreedt. Dit kan ontstaan omdat bij vervlechting de selectie- en gunningcriteria op hoofdlijnen zijn opgesteld en later in de procedure kan men ervaren dat de criteria disproportioneel zijn. Een aanbestedingsprocedure kan ook worden beëindigd omdat er vooraf geen of slechte afspraken met de bestuurlijke omgeving zijn gemaakt. Als daardoor het project komt stil te liggen en de huidige opdracht moet wezenlijk gewijzigd worden, houdt dit in dat de aanbestedingsprocedure beëindigd moet worden. Een aanbestedingsprocedure kan ook eindigen omdat er door een derde een ander alternatief wordt voorgesteld, die in de startnotitie niet is beschreven door de marktpartijen. Als het voorkeursalternatief van de minister van het min. van VenW bij het standpunt overeenkomt met het uitgewerkte alternatief van de derde die door de opdrachtgever is uitgewerkt eindigt de aanbestedingsprocedure en zal er opnieuw aanbesteed moeten worden. Hierboven is al kort aangegeven dat een aanbestedingsprocedure tussentijds kan beëindigen vanwege een wezenlijke wijziging. Dit kan ontstaan omdat bij de vervlechtingprocedure veel initiatief komt vanuit de marktpartijen en dat kan sneller inhouden dat de gunningcriteria gewijzigd moeten worden omdat er gewijzigde inzichten zijn ontstaan, of vanwege afwijkende criteria in het planproces en/of vanwege budgettaire problemen. In het arrest *Succhi di Frutta*¹⁷⁰ en *Pressetext*¹⁷¹ zijn de gronden aangegeven wanneer er sprake kan zijn wezenlijke wijziging. Een aanbestedingsprocedure kan ook tussentijds beëindigen omdat bijvoorbeeld de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden geschonden, bij burgers bijvoorbeeld, en waarvan het resultaat kan zijn de opdracht wezenlijk wijzigt. De afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State kan het Tracébesluit vernietigen. Het hangt ervan af op welke gronden het Tracébesluit wordt vernietigd. Vernietiging kan inhouden dat de aanbestedingsprocedure wordt beëindigd, indien er nog geen gunning heeft plaatsgevonden. Tussentijdse beëindiging kan ook voorkomen omdat voorkeursalternatief bij het standpunt afwijkt van de economisch meest voordelige inschrijving. De opdracht zal dan opnieuw her-aanbesteed moeten worden. Tussentijdse beëindiging kan ook voorkomen als de gunningcriteria niet overeenkomen met de criteria van de Tracéwetprocedure.

11.2.3 Rechtbeginselen moeilijk te waarborgen

Een risico wat kan optreden is dat de objectiviteit en transparantie¹⁷² bij de gunningcriteria moeilijk te waarborgen zijn. Ook het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel¹⁷³ kunnen sneller worden overtreden bij de gunningcriteria. Dit is omdat de gunningcriteria in de startfase op hoofdlijnen zijn opgesteld en omdat het moeilijk is ieder ontwerp gelijkwaardig te beoordelen en om iedere marktpartij gelijke informatie te verstrekken als de ontwerpen afwijken van elkaar.

11.2.4 Producten niet voldoen aan de eisen

Er bestaat een risico dat de producten die de marktpartijen moeten opstellen niet voldoen aan de eisen waaraan ze moeten voldoen. Dit kan voorkomen bij een milieueffectrapportage, zoals geregeld in hoofdstuk 7 van de Wet milieubeheer (Wm) en het Besluit milieueffectrapportage 1994, en een Ontwerp Tracébesluit, die moet voldoet aan de minimumeisen zoals genoemd in artikel 11 lid 2 en 3 Tracéwet. Core business van de marktpartijen (aannemers) is werken realiseren voor een zo laag mogelijke prijs. Marktpartijen hebben geen tot weinig ervaring hiermee.

¹⁷⁰ HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99

¹⁷¹ HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06

¹⁷² Artikel 2 van de Richtlijn 2004/18/EG en de Bao

¹⁷³ Artikel 2 van de Richtlijn 2004/18/EG, artikel 2 BAO en artikel 12 EG-Verdrag

11.2.5 Cherrypicking

Er bestaat een risico dat er cherrypicking kan plaatsvinden, want de ontwerpen worden bij vervlechting voortijdig, voor definitieve gunning, openbaar gemaakt. Marktpartijen kunnen bepaalde onderdelen van de andere marktpartijen stelen.

11.2.6 Schadevergoeding

Bij vervlechting bestaat er een risico dat er schadevergoeding¹⁷⁴ uitgekeerd moet worden. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een wezenlijke wijziging van de opdracht. Het kan zich ook voordoen bij vernietiging van het Tracébesluit bijvoorbeeld. Het is dan wel afhankelijk van de gronden waarop het Tracébesluit is vernietigd en wat er in het contract is afgesproken (na gunning). Het contract wordt dan ontbonden¹⁷⁵ en de gegunde marktpartij heeft dan recht op schadevergoeding.

11.2.7 In geding komen vertrouwelijkheid versus openbaarheid

De vertrouwelijkheid (aanbestedingsprocedure) versus openbaarheid (Tracéwetprocedure) kunnen met elkaar in geding komen. In de normale procedure volgen deze elkaar op en bij vervlechting lopen beide gelijktijdig.

11.2.8 Wijzigingen ontwerpen en dergelijke

Door veranderingen in wet- en regelgeving kunnen er wijzigingen optreden in ontwerpen en dergelijke. Dit kan zich voordoen als bijvoorbeeld de normen voor geluidsbelasting in de Wg worden aangepast. Ook rekening houdende met de mogelijkheid van een wezenlijke wijziging.

11.2.9 Hoge transactiekosten

Er is een risico dat kosten voor de marktpartijen aanzienlijk oplopen. Dit komt omdat de aanbestedingsprocedure bij vervlechting langer duurt en omdat de marktpartijen vele modelonderzoeken moeten uitvoeren bijvoorbeeld in het kader van Ontwerp Tracébesluit en de milieueffectrapportage. Daarnaast wordt maar een gedeelte van de transactiekosten vergoed.

11.2.10 Niet beschikken over de nodige kwaliteiten, kennis en ervaring

Als de medewerkers van zowel de opdrachtgever als de marktpartijen niet over de nodige kwaliteiten, kennis en ervaring beschikken met betrekking tot vervlechting, kan dat een risico vormen. Er kunnen grote fouten gemaakt worden.

11.2.11 Gerechtelijke procedures

Het opstarten van gerechtelijke procedures, meestal kort geding¹⁷⁶ procedure, door de afgefallen aanbieders vormen een risico bij vervlechting. Dit kan bij de normale procedure ook voorkomen, maar bij vervlechting kan het makkelijker voorkomen dat de gunningcriteria niet overeenkomen met de criteria voor de planprocedure (Tracéwetprocedure) en dan kunnen er sneller wezenlijke wijzigingen optreden waar de niet gegunde marktpartijen zich op beroepen. Ook kan het voorkomen dat rechtsbeginselen makkelijker worden geschonden.

11.2.12 Wijzigen commitment project

Er bestaat een risico dat het commitment voor een project kan wijzigen, omdat de politieke samenstelling kan veranderen. Vrijwel alle vervlechtingprojecten duren langer dan de zittingsduur van de politieke partijen.

¹⁷⁴ Artikel 6:95 e.v. BW

¹⁷⁵ Het ontbinden van het contract is bijvoorbeeld afhankelijk van wat erin het contract is bepaald. Daarnaast kan artikel 6:258 BW gelden (onvoorziene omstandigheden). Artikel 6:265 BW ziet ook op ontbinding, maar dit artikel geldt bij een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst.

¹⁷⁶ Artikel 254 tot en met artikel 259 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)

11.3 Belangrijke risico's van vervlechting voor de praktijk

Welke risico's zijn belangrijk voor de praktijk? Bij vervlechting heb je te maken met diverse risico's en het ene risico heeft meer gevolgen dan een andere risico. Daarom wordt in deze paragraaf aangegeven wat de belangrijke risico's zijn voor de praktijk. Vertraging van de Tracéwetprocedure en/of de aanbestedingsprocedure is belangrijk voor de praktijk omdat voor beide partijen de kosten aanzienlijk kunnen oplopen. Het tussentijds beëindigen van de aanbestedingsprocedure is een risico die ook voor beide partijen niet gewenst is. Door beide zijn aanzienlijke kosten gemaakt en uiteindelijk wordt er dan tussentijds afgebroken. De aanbesteding moet weer opnieuw in de markt met de nodige gevolgen, want er wordt vereist voor her-aanbesteding dat er sprake moet zijn van een wezenlijke wijziging(en) en dat er geen sprake is van schending van het gelijkheids- en/of vertrouwensbeginsel alsmede de precontractuele goede trouw. Dit is bepaald in een uitspraak van de Rechtbank Alkmaar.¹⁷⁷

Voor de praktijk is het ook belangrijk dat er een risico bestaat dat de rechtsbeginselen waaronder objectiviteit en transparantie¹⁷⁸ en het gelijkheidsbeginsel en het non discriminatiebeginsel¹⁷⁹ moeilijk te waarborgen zijn. Schending hiervan brengt de nodige juridische gevolgen. Een ander belangrijk risico is dat de producten (zoals een milieueffectrapportage) die de marktpartijen moeten opstellen niet voldoen aan de eisen waaraan ze moeten voldoen. Hieruit ontstaat vertraging en hoger oplopende kosten. Een risico wat ook niet gewenst is voor de praktijk en dan met name voor de opdrachtgever, is dat er schadevergoeding uitgekeerd moet worden.

Hoge transactiekosten is ook een belangrijk risico, want het kan op den duur inhouden dat de marktpartijen kunnen beslissen in de toekomst niet meer met vervlechtingprojecten mee te doen als de kosten voor de marktpartijen te hoog oplopen. Tot slot is er een belangrijk risico dat de medewerkers van zowel de opdrachtgever als de marktpartijen niet over de nodige kwaliteiten, kennis en ervaring beschikken met betrekking tot vervlechting. Vervlechting is dan gedoemd om te mislukken.

11.4 Aanbeveling bij vervlechting

Aan vervlechting zijn behoorlijk wat risico's verbonden. Voor de opdrachtgever en de marktpartijen is het belangrijk de risico's beheersbaar te maken, want anders heeft vervlechting geen nut. Als marktpartij wil je immers het beste idee ontwerpen, maar daarbij geen te grote onzekerheden en risico's hebben en als opdrachtgever wil je graag het beste idee/ontwerp bereiken wat voldoet aan de eisen en wat uitgevoerd kan worden binnen het gestelde budget. **Belangrijk daarbij is om de risico's weg te leggen bij de partij die ze het beste kan beheersen en daarmee kan inperken op ontstaan ervan.** Bijvoorbeeld: Bij vervlechting wordt van de marktpartijen verwacht dat zij een Milieueffectrapportage en een Ontwerp Tracébesluit kunnen opstellen. Core business van de aannemer/marktpartijen is werken/projecten realiseren voor een zo laag mogelijke prijs. Risico hiervan is dat de marktpartijen geen ervaring hebben met het opstellen van een milieueffectrapportage en een Ontwerp Tracébesluit en dat deze producten niet voldoen aan de gestelde eisen. Hier is het voor beide partijen belangrijk om dit risico in te perken. Voor de gegunde marktpartij houdt dit in zich te verdiepen in de opstellen hiervan, eventueel met behulp van adviesbureaus die hierin gespecialiseerd zijn. Voor de opdrachtgever houdt in dat hij de gegunde marktpartij moet helpen hierbij, door voorbeelden uit te reiken en door begeleiding. Het uiteindelijke doel van vervlechting is om samen tot de beste oplossing te komen.

¹⁷⁷ Rb. Alkmaar 20 augustus 2009, *LJN* BJ5645, met name r.o. 4.1

¹⁷⁸ Artikel 2 van de Richtlijn 2004/18/EG en de Bao

¹⁷⁹ Artikel 2 van de Richtlijn 2004/18/EG, artikel 2 BAO en artikel 12 EG-Verdrag

12 Evaluatie/vervolg onderzoek

In dit hoofdstuk evalueer ik in paragraaf 12.1 mijn onderzoek. In paragraaf 12.2 doe ik een aanbeveling voor een vervolgonderzoek en ten slotte in paragraaf 12.3 geef ik mijn eigen mening over vervlechting.

12.1 Evaluatie van mijn onderzoek

Mijn onderzoek is gestart in september 2009 en eind december 2009 is mijn onderzoek afgerond. In het begin van mijn onderzoek was het de bedoeling dat ik een evaluatie over de vervlechting van Tracéwetprocedure en aanbestedingsprocedure zou gaan uitvoeren. In de eerste drie weken van mijn onderzoek kwam ik erachter dat een juridische evaluatie uitvoeren niet mogelijk was, omdat er nog geen projecten zijn afgerond waarbij er sprake is van vervlechting en de BAM heeft zelf nog geen vervlechtingprojecten aangenomen. Een juridische evaluatie uitvoeren is pas mogelijk als er vervlechtingprojecten zijn afgerond en daarnaast is het moeilijk om in contact te komen met de gegunde aannemers. Zij gaan geen belangrijke informatie prijsgeven voor een concurrent. Gelukkig kwam ik hier in het begin van mijn onderzoek achter en ik heb dit op tijd bij kunnen sturen. Uiteindelijk heb ik onderzocht welke risico's er ontstaan of kunnen ontstaan bij vervlechting van de Tracéwetprocedure en aanbestedingsprocedure.

Terugkijkend op de gehele periode ben ik tevreden met het resultaat. Het was een leerzame ervaring. In het begin van mijn onderzoek was ik nog zoekende. Ik wist niet goed wat het afstudeeradres en de Juridische Hogeschool van mij verwachtte. Gedurende het onderzoek werd mij dit wel duidelijk. Daarnaast vind ik leerzaam dat ik niet alleen op juridische aspecten maar ook op andere aspecten moet letten zoals financiële risico's.

Ik heb gebruik gemaakt van de onderzoeksmethode deskresearch en fieldresearch. Door gebruik te maken van beide onderzoeksmethodes ben ik tot dit rapport gekomen. Als ik alleen gebruik had gemaakt van de onderzoeksmethode deskresearch dan was ik niet tot dit resultaat gekomen. De informatie die verzamelde bij fieldresearch heb ik gekoppeld aan de informatie uit deskresearch. Door de verzamelde informatie heb ik mijn vraagstelling en de deelvragen kunnen beantwoorden. Het antwoord op mijn centrale vraagstelling vindt u terug in de hoofdstukken 5 tot en met 10. Het antwoord op de eerste deelvraag "Wat is er veranderd ten opzichte van de klassieke situatie?" vindt u onder andere terug in hoofdstuk 2. Het antwoord op de tweede deelvraag "Wat zijn de kenmerken van de vervlechtingprocedure?" vindt u ook terug in hoofdstuk 2. Het antwoord op de derde deelvraag "Waar bevinden zich de knelpunten in de vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure?" vindt u terug in de hoofdstukken 7 en 8. Als antwoord op deelvraag vier "Wat zijn risico's en hoe spoor je die op?" kan ik melden dat ik die heb opgespoord door literatuur te verzamelen en door fieldresearch uit te voeren. Het antwoord op de vijfde deelvraag "Hoe kunnen de risico's worden ingeperkt?" vindt u terug in de hoofdstukken 5 tot en met 10.

Mijn onderzoek is betrouwbaar want ik heb gebruik gemaakt van betrouwbare bronnen en ik heb de verzamelde informatie zoveel mogelijk met elkaar vergeleken. Verder is mijn onderzoek ook valide, omdat ik gemeten heb wat ik wilde meten, de risico's van vervlechting.

12.2 Vervolgonderzoek over vervlechting

Een interessant vervolgonderzoek kan zijn dat over een paar jaar als de A2 Maastricht en de A4 Steenbergen zijn afgerond er wel een juridische evaluatie plaatsvindt over de vervlechting van de Tracéwetprocedure en de aanbestedingsprocedure. Dan kunnen de ontstane risico's met de juridische consequenties in kaart worden gebracht en dan kan ook aan de hand van praktijkvoorbeelden worden aangegeven of vervlechting wel of niet werkt.

12.3 Mijn mening over vervlechting

Gedurende mijn onderzoek vroegen collega's vaak wat ik vind van vervlechting, want binnen de organisatie lopen de meningen uiteen over vervlechting. De één vindt vervlechting niet werken en de ander wel. Voordat ik hierover mijn mening geef vond ik het belangrijk eerst mijn onderzoek te verrichten en mijn rapport te schrijven. Ik ben neutraal in dit onderzoek gestapt en ik heb mij niet laten leiden door meningen van anderen. In de voorgaande hoofdstukken heb ik mijn mening niet terug laten komen, omdat ik vind dat risico's neutraal moeten worden beschreven en daarnaast heeft het geen betrekking op mijn centrale vraagstelling. Nu aan het einde van mijn onderzoek kan ik wel mijn eigen mening hierover laten spreken. Ik vind dat vervlechting kan werken, maar daarbij gelden wel de volgende spelregels:

- Het project moet uitvoerbaar zijn en zich lenen voor vervlechting;
- Het beschikbare budget moet reëel en uitvoerbaar zijn. Niet voor een dubbeltje op de eerste rang willen zitten. Kwaliteit en kwantiteit zijn ook belangrijk;
- Politiek gezien moet iedereen op één lijn staan;
- Alle afspraken moeten vastliggen in een bestuursovereenkomst;
- Het aantal Stakeholders¹⁸⁰ moet nihil zijn of indien er veel Stakeholders zijn moeten deze commitment hebben voor het project. Veel zienswijze van Stakeholders kunnen de vervlechtingprocedure namelijk vertragen, met de nodige kosten van dien;
- De opdrachtgever moet de marktpartijen goed helpen met het opstellen van bijvoorbeeld een Ontwerp Tracébesluit en dergelijke, omdat vervlechting nieuw is en de marktpartijen hiermee weinig ervaring hebben;
- Beide partijen (opdrachtgever en marktpartijen) moeten de risico's die zij het beste kunnen beheersen zelf dragen. Als risico's die de opdrachtgever het beste kan beheersen worden verschoven naar de marktpartijen, gaat dit op den duur inhouden dat marktpartijen niet meer deel willen nemen aan vervlechting;
- Beide partijen moeten hetzelfde doel voor ogen hebben. Als de opdrachtgever een optimaal resultaat wil bereiken en bij de marktpartijen gaat het alleen om geld wat ze ermee kunnen verdienen, dan gaat vervlechting op voorhand niet werken. Het moet een samenspel zijn. De marktpartijen moeten er geld mee willen verdienen en een optimaal resultaat ermee willen bereiken.
- De opdrachtgever moet naar mijn mening hogere transactiekosten in de voorfase vergoeden. Bij de A2 Maastricht zijn de kosten in de voorfase opgelopen tot 10 miljoen euro waarvan 3 miljoen werd vergoed aan de marktpartijen. Dit vind ik niet acceptabel. Gezien de vrijheid van concurrentie, houdt dit altijd in dat marktpartijen afvallen. Als één marktpartij zich bijvoorbeeld op vijf vervlechtingprojecten inschrijft en deze uiteindelijk niet gegund krijgt, dan lijdt die marktpartij een dermate financieel risico en op den duur kan dat de marktpartij de kop kosten en die kan uiteindelijk failliet gaan.

¹⁸⁰ In de aannemerswereld wordt gesproken over Stakeholders. Dit is vergelijkbaar met het belanghebbenden begrip in het bestuursrecht

Bronvermelding

Boeken

D.B. Baarda, M.P.M. de Goede en J. Teunissen

D.B. Baarda, M.P.M. de Goede en J. Teunissen, *Basisboek Kwalitatief Onderzoek*, Groningen/Houten: Stenfert kroese, tweede geheel herziene druk, 2005

H.A.J. Gierveld 2009

H.A.J. Gierveld, *Tracéwet*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2009

J.M. Hebly, E.T. De Boer, F.G. Wilman 2007

J.M. Hebly, E.T. De Boer, F.G. Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding*, Uitgeverij Paris: Zutphen, 2007

M.A.M.C. van den Berg, A.G. Bregman, M.A.B. Chao-Duivis 2007

M.A.M.C. van den Berg, A.G. Bregman, M.A.B. Chao-Duivis, *Bouwrecht in kort bestek*, Stichting Instituut voor Bouwrecht: 's-Gravenhage, zesde druk, 2007

M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis 2008

M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht 17*, Kluwer: 's-Gravenhage, vijfde, herziene druk, 2008

M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis 2008

M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht 18*, Kluwer: 's-Gravenhage, vijfde, herziene druk, 2008

P.M. van den Brekel en N.J.A.P.B. Niessen

P.M. van den Brekel en N.J.A.P.B. Niessen, *Bestuursrecht*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag, derde druk, 2007

Brochures

Ambitiedocument 2007

Ambitiedocument, De vraag aan de markt, Projectbureau A2 Maastricht, Maastricht, april 2007, pag. 70

De verkorte Tracéwetprocedure 2006

De verkorte Tracéwetprocedure, Inspraakpunt Verkeer en Waterstaat, uitgave 2006

Drie plannen op een rij 2006

Drie plannen op een rij, Projectbureau A2 Maastricht, Maastricht november 2008, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, juli 2006

J. Arts en P. Sandee 2005

J. Arts en P. Sandee, *Werkwijzer vervlechting tracé/m.e.r.- en aanbestedings-procedure bij infrastructurele projecten*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, februari 2005

Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009

Monitor Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009, Rijkswaterstaat, Dienst Infrastructuur, Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, Utrecht: WB Consulting augustus 2009

Monitor vervlechting 2007

Monitor vervlechting 2007, Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Opgesteld door de RWS BD Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, uitgave 2007

Voorbeeldenboek Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009

Voorbeeldenboek Nieuwe Marktbenadering / Vervlechting 2009, Rijkswaterstaat, Dienst Infrastructuur, Afdeling Ontwikkeling Infrastructuur, Utrecht: WB Consulting augustus 2009

Werkwijzer Marktconsultatie 2006

Werkwijzer Marktconsultatie, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Rijkswaterstaat, juli 2006

Elektronische bronnen

www.aanbestedingskalender.nl

www.BAM.nl

- www.bam.nl, Profiel, Werkmaatschappijen, BAM Civiel, datum 14 december 2009
- www.bam.nl, Profiel, Werkmaatschappijen, BAM Infraconsult, datum 14 december 2009
- www.bam.nl, Profiel, Geschiedenis, datum 10 december 2009

www.europadecentraal.nl

- www.europadecentraal.nl, Home, Dossiers, Aanbestedingen, Wet- en regelgeving, Aanbestedingswet en voorpagina, aanbestedingwet, datum 8 oktober en 28 december 2009
- www.europadecentraal.nl, Home, Dossiers, Aanbestedingen, voorpagina, Rechtsbescherming, datum 24 december 2009
- www.europadecentraal.nl, Home, Dossiers, Aanbestedingen, Jurisprudentie, Non-discriminatie, datum 24 november 2009
- www.europadecentraal.nl, Home, Dossiers, Aanbestedingen, EG-verdragbeginselen, datum 15 december 2009
- www.europadecentraal.nl, Home, Dossiers, Aanbestedingen, Voorpagina, Drempelwaarden, datum 15 december 2009
- www.europadecentraal.nl, Home, Dossiers, Aanbestedingen, Aanbestedingsprocedures, datum 14 oktober 2009

www.europeseaanbestedingen.eu

- www.europeseaanbestedingen.eu, Europese aanbestedingen, Aanbestedende diensten, datum 15 oktober 2009

www.inspraakpunt.nl

- www.inspraakpunt.nl, Centrum Publieksparticipatie, Zienswijze, Trajectnota/MER Rijksweg 13/16 Rotterdam, link bekendmaking, datum 28 september 2009

www.kvdl.nl

- <www.kvdl.nl>, Home, Nieuwsbrief, Nieuwsbrief januari 2009, Wezenlijke wijziging van de opdracht, datum 24 november 2009

www.maastricht.nl

- <www.maastricht.nl>, Zoeken, Historisch overzicht A2 Maastricht, datum 15 september 2009

www.nmanet.nl

- <www.nmanet.nl>, Home, Consumenten, Wat doet de NMa voor u?, Kartelafspraken, Kartelverbod, datum 24 november 2009
- <www.nmanet.nl>, Home, Consumenten, Wat doet de NMa voor u?, Misbruik van een economische machtspositie, Verbod van misbruik van economische machtspositie, datum 24 november 2009

www.pianoo.nl

- <www.pianoo.nl>, Wet- en regelgeving, Wetten, Rechtsbeschermingsrichtlijn en Wira, datum 24 december 2009
- <www.pianoo.nl>, Metrokaart, wat zijn de beginselen van aanbesteden?, datum 15 december 2009
- <www.pianoo.nl>, Metrokaart, wat zijn de beginselen van aanbesteden?, datum 15 december 2009

www.postbus51.nl

- <www.postbus51.nl>, Overheid en democratie, Organisatie van de overheid, Vragen, Wat is de Wet openbaarheid van bestuur (Wob)?, Wob-verzoek, datum 28 december 2009

www.rijkswaterstaat.nl

- <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Actueel, Nieuws- en persberichten, Aannemerscombinatie aanleg A4 Steenbergen bekend (25-08-2009), datum 28 december 2009
- <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Over ons, datum 27 december 2009
- <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Wegen, Wetten en Regelgeving, Tracéwet, Evaluatie, datum 28 september 2009
- <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Wegen, Wetten en Regelgeving, Tracéwet, Tracébesluit, datum 28 september 2009
- <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Wegen, Wetten en Regelgeving, Tracéwet, Inspraak, advies en toetsing, datum 28 september 2009
- <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Wegen, Wetten en Regelgeving, Tracéwet, Trajectnota/m.e.r., datum 28 september 2009
- <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Wegen, Wetten en Regelgeving, Tracéwet, Startnotitie, datum 28 september 2009
- <www.rijkswaterstaat.nl>, Home, Wegen, Wetten en Regelgeving, Tracéwet, Inspraak en advies, datum 28 september 2009

www.ted.europa.eu

www.verkeerenwaterstaat.nl

- <www.verkeerenwaterstaat.nl>, onderwerpen, kennis en innovatie, Publiek-private samenwerking, publicaties, werkwijzer vervlechting tracé/mer- en aanbestedingsprocedure bij infrastructurele projecten, datum 16 oktober 2009

www.vrom.nl

- <www.vrom.nl>, Milieu, Wet milieubeheer, Milieu-effectrapportage, Wat is een milieu-effectrapportage (m.e.r.)?, datum 24 september 2009

Tijdschriftartikelen

Joost Zwaga 2009

Joost Zwaga, 'Bouw A4 Steenbergen prooi drie aannemers', Cobouw 26 augustus 2009

J.M. Hebly en M.B. Klijn 2008

J.M. Hebly en M.B. Klijn, 'Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht', Tijdschrift voor Bouwrecht TBR 2008/157, nr. 9 september 2008, pag. 822 tot en met 830

Wet- en regelgeving

- Algemene wet bestuursrecht
- Auteurswet
- ARW 2005
- Besluit aanbestedingen voor overheidsopdrachten.
- Besluit aanbestedingen speciale sectoren.
- Besluit Milieu-effectrapportage 1994
- Burgerlijk wetboek (met name boek 6)
- EG-Verdrag
- Grondwet
- Kieswet
- Richtlijn 2007/66/EG
- Richtlijn 2004/18/EG
- Richtlijn 2004/17/EG
- Richtlijnen 89/665/EEG
- Richtlijn 92/13/EEG
- Rijksoctrooienwet 1995
- Tracéwet
- Verordening 1177/2009
- Verordening 1422/2007
- Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
- Wet Milieubeheer
- Wet versnelling besluitvorming wegprojecten
- Wet openbaarheid van bestuur

Jurisprudentie

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06
HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99
HvJ EG 4 december 2003, zaak C-448/01
HvJ EG 12 december 2002, zaak C-470/99
HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 25 juli 2007, 200602152/1
ABRvS 22 januari 2001, rolnr. E01.98.0552

Hoge Raad

HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305

Rechtbank

Rb. Alkmaar 20 augustus 2009, *LJN* BJ5645