

COLOFON

Redactie:

mr. I.A.H. Dolmans-Budé
Dolmans-Budé Legal B.V.

drs. S. de Jong
Tender Services Group, Den Haag

prof. mr. G.W.A. van de Meent
Loyens & Loeff advocaten, Amsterdam

mr. L.J.W. Sueters
Bartels Sueters Aanbestedingsadvocatuur BV,
's-Hertogenbosch

ir. H.L.J.M. Wijnen
PIANOo, Den Haag

mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV, Raalte

Eindredactie: Marit Hazeleger
E-mail: marit@redactioneleproducties.nl

Uitgever: Virginie Wagenaar
Tel.: (020) 515 93 95
E-mail: Virginie.Wagenaar@reedbusiness.nl

Abonnementen:
Abonnementen: € 216,00 p.j. (incl. BTW)
Losse nummers: € 30,50 (incl. BTW)
Bij betaling via acceptgiro zullen wij een bedrag van € 2,50 (incl. BTW) aan kosten in rekening brengen. Abonnementen lopen automatisch door, tenzij uiterlijk 30 dagen voor de vervaldatum bij onze klantenservice wordt opgezegd via telefoonnummer (0314) 35 83 58.

Aanvraag abonnementen/wijzigingen:
Klantenservice: (0314) 35 83 58
E-mail: klantenservice@reedbusiness.nl

www.xpertinkoopenaanbesteding.nl
De artikelen in de Tender Nieuwsbrief worden gearchiveerd in de kennisbank Xpert Inkoop en Aanbesteding van Reed Business bv.

De Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht fungeert als forum voor vraagstukken op het gebied van het nationale, Europese en internationale aanbestedingsrecht.

International Tender Services BV adviseert, begeleidt en traint overheden en nutsbedrijven ter optimalisering van hun inkoopprocessen en aanschaffingen in het kader van de implementatie van wettelijke EG-aanbestedingsvoorschriften.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden redactie en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele verbeteringen van de opgenomen gegevens houden zij zich gaarne aanbevolen.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Uw opgegeven gegevens kunnen worden gebruikt voor het toezenden van informatie en/of speciale aanbiedingen door Reed Business bv en speciaal geselecteerde bedrijven. Indien u hiertegen bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed Business bv, t.a.v. Adresregistratie, Postbus 808 7000 AV Doetinchem.

Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van
Reed Business bv, Amsterdam
© 2016
ISSN: 1384-2838

DE ZAAK

Het gelijkheidsbeginsel overruled

Terugkomen op een voorlopige gunningsbeslissing kan eigenlijk altijd. Het eventueel door die voorlopige beslissing opgewekte vertrouwen moet wijken voor het gelijkheidsbeginsel. Het enkele feit dat een aanbestedende dienst eerder herstel heeft toegestaan of een inschrijving geldig heeft bevonden is voor het passeren van het gelijkheidsbeginsel onvoldoende. Of toch niet?

Feiten

Rijkswaterstaat heeft in oktober 2015 een aanbestedingsprocedure georganiseerd voor, samengevat, ingenieursdiensten. De opdracht is onderverdeeld in drie percelen. Bij het sluiten van de inschrijftermijn op 28 oktober 2015 zijn door Rijkswaterstaat 45 inschrijvingen ontvangen. Rijkswaterstaat heeft de inschrijvingen gecontroleerd en geconstateerd dat (in ieder geval) twee inschrijvingen een ondertekeningsgebrek bevatten. Deze inschrijvers zijn in de gelegenheid gesteld dit gebrek te herstellen en maken daar beiden gebruik van.

Van deze twee inschrijvers heeft één inschrijver voor een van de drie percelen een opdracht voorlopig gegund gekregen. De andere inschrijver heeft te horen gekregen dat zijn inschrijving terzijde is gelegd omdat hij niet hoger dan een 4 heeft gescoord en daarom niet heeft voldaan aan een knock-outcriterium. Deze laatste inschrijver heeft tegen die voorlopige gunningsbeslissing een kortgeding aanhangig gemaakt. Voor zover hier van belang heeft zij in dat kortgeding gelijk gekregen, en is haar vordering tot herbeoordeling van de inschrijvingen toegewezen. In dit kortgeding is het ondertekeningsgebrek door Rijkswaterstaat niet aan de orde gesteld.

Rijkswaterstaat doet vervolgens wat haar is opgedragen en beoordeelt de inschrijvingen opnieuw. Bij de herbeoordeling komt Rijkswaterstaat tot de conclusie dat zij de beide inschrijvers geen mogelijkheid tot herstel van het ondertekeningsgebrek had mogen bieden. Rijkswaterstaat verwijst daarbij naar een uitspraak in een andere kwestie tussen Rijkswaterstaat en een inschrijver.¹ In die zaak oordeelde de voorzieningenrechter dat een ondertekeningsgebrek geen 'eenvoudig herstelbaar gebrek' is en dat herstel bovendien niet mogelijk is als de aanbestedingsstukken nadrukkelijk voorschrijven dat het betreffende gebrek tot ongeldigheid leidt. Rijkswaterstaat stelt vast

dat de beide inschrijvingen bij nader inzien toch – ondanks het eerdere herstel – ongeldig zijn, en dat het gelijkheidsbeginsel meebrengt dat niet aan een inschrijver met een ongeldige inschrijving mag worden gegund. De inschrijvingen worden alsnog terzijde gelegd. Tegen deze beslissing komen beide inschrijvers (afzonderlijk) op.²

Het oordeel van de voorzieningenrechter

De voorzieningenrechter oordeelt dat Rijkswaterstaat in dit geval niet meer kon terugkomen op de eerder geboden mogelijkheid tot herstel. Hij maakt daarmee een uitzondering op het uitgangspunt dat het gelijkheidsbeginsel voor het vertrouwensbeginsel gaat.

Kort samengevat hanteert de voorzieningenrechter de volgende drie argumenten om tot dat oordeel te komen:

- (1) Rijkswaterstaat heeft bewust herstel toegestaan en vervolgens lange tijd laten verstrijken voordat zij kenbaar maakte dat de inschrijving(en) (toch) ongeldig waren;
- (2) het arrest KPN/Staat brengt mee dat nadere aanvulling van gronden niet mogelijk is, ook niet als de nadere gronden juist zijn. Dit brengt mee dat wel aan een ongeldige inschrijving mag worden gegund; en
- (3) het Grossmann-arrest brengt (spiegelbeeldig) mee dat ook een aanbestedende dienst geen nodeloze vertraging mag veroorzaken.

Dit brengt mee dat beide inschrijvers naar het oordeel van de voorzieningenrechter (toch) moeten worden betrokken in de (her)beoordeling en daar doet niet aan af dat Rijkswaterstaat daarmee mogelijk aan een ongeldige inschrijver zou gunnen.

Commentaar

Deze uitspraken springen in het oog omdat vaste rechtspraak is – in ieder geval tot deze twee vonnissen – dat een ondertekeningsgebrek tot ongeldigheid zou moeten leiden en

geen eenvoudig gebrek is dat zich leent voor herstel en dat het gelijkheidsbeginsel voor gaat op het vertrouwensbeginsel. In beginsel zou je daarom verwachten dat de voorzieningenrechter juist waardering heeft voor Rijkswaterstaat, die bij een tweede zorgvuldige (her)beoordeling tot de conclusie komt dat de inschrijving vanwege het ondertekeningsgebrek terzijde had moeten worden gelegd. De voorzieningenrechter kiest echter een andere weg en schuift (veel) vaste jurisprudentie aan de kant. Op zichzelf is dit, gelet op het tijdspad en het weinig consequente handelen van Rijkswaterstaat daarin, wel te begrijpen. Het handelen van Rijkswaterstaat verdient niet de schoonheidsprijs. De argumenten waarmee de voorzieningenrechter zijn oordeel dat de inschrijvingen van beide inschrijvers (toch) moeten worden meebeoordeeld onderbouwt, lijken ons echter niet juist.

Ad (1): Op schreden terugkomen niet meer mogelijk

De discussie over de vraag of Rijkswaterstaat aan een inschrijver met een ongeldige inschrijving kan gunnen, spitst zich in eerste instantie toe op het verloop van de aanbestedingsprocedure. De voorzieningenrechter is van oordeel dat

- (a) het tijdsverloop (6 maanden),
- (b) het bewuste karakter van het initiële herstel dat aan de inschrijvers is geboden en
- (c) het feit dat er in een eerder kortgeding niet over dit herstel is geklaagd, meebrengen dat wél aan een inschrijver met een ongeldige inschrijving kan worden gegund. Gelet op de vaste jurisprudentie op dit punt achten wij die onderbouwing niet juist. Vaste jurisprudentie is immers dat ook als er al voorlopig is gegund, een aanbestedende dienst op dit gunningsvoornemen kan terugkomen en sterker nog: moet terugkomen, als sprake is van een ongeldige inschrijving. Het gelijkheidsbeginsel staat niet toe dat een opdracht wordt gegund aan een inschrijver met een ongeldige inschrijving.³

Ook in dit geval is sprake van een situatie waarin de opdracht nog niet definitief is gegund. Wij zien niet goed in hoe het feit dat er (groot) tijdsverloop is geweest, en het feit dat Rijkswaterstaat terugkomt op eerder geboden herstel, maakt dat daarmee het gelijkheidsbeginsel aan de kant zou moeten worden geschoven. Immers, in alle (eerdere) situaties is ook sprake van een situatie waarin een aanbestedende dienst pas op een moment ná voorlopige gunning terugkomt op haar eerdere oordeel dat een inschrijving

wel geldig was. Uiteraard moet in dat geval rechtsbescherming worden geboden en staat de beslissing om een inschrijving (alsnog) ongeldig te verklaren open voor toetsing door de rechter.

Ad (2): Brengt KPN/Staat mee dat aan een ongeldige inschrijver kan worden gegund?

Volgens de voorzieningenrechter valt het standpunt dat niet aan een inschrijver met een ongeldige inschrijving mag worden gegund, niet te rijmen met het arrest KPN/Staat.⁴ Hij oordeelt dat het arrest van de Hoge Raad meebrengt dat een aanbestedende dienst de gunningsbeslissing niet (nooit?) zou mogen aanvullen en om die reden in dat geval *dus* aan een inschrijver met een ongeldige inschrijving kan worden gegund. Dat is wat ons betreft echter een onjuiste lezing van het arrest. In onze visie oordeelt de Hoge Raad *niet* dat aan een inschrijver met een ongeldige inschrijving mag worden gegund, maar geeft de Hoge Raad juist aan dat het gelijkheids- en transparantiebeginsel meebrengen dat de aanbestedende diensten de opgenomen uitsluitingsgronden daadwerkelijk toepassen. Als die grond niet aan de gunningsbeslissing ten grondslag is gelegd, kan aanvulling slechts plaatsvinden met inachtneming van een nieuwe 20-dagentermijn om op die manier rechtsbescherming te bieden aan (alle) inschrijvers.⁵ Dat is in het onderhavige geval door Rijkswaterstaat ook gedaan. Het sanctioneren van het handelen van Rijkswaterstaat op grond van het arrest KPN/Staat berust ons inziens dan ook op een onjuiste uitleg van dat arrest.

Nota bene:

Nu de voorzieningenrechter aan een inhoudelijk oordeel niet toekomt, kan niet worden vastgesteld of de toepassing van herstel en/of niet toepassen van uitsluiting terecht was. De redenering van de voorzieningenrechter zet de deur dan ook wagenwijd open voor het willekeurig toestaan van herstel en gebreken c.q. willekeurige toepassing van uitsluitingsgronden door een aanbestedende dienst, omdat zij daar later toch niet op mag (kan) terugkomen.

Ad (3): Grossmann-spiegelbeeld

De voorzieningenrechter past tot slot een soort Grossmann-spiegelbeeld toe en houdt Rijkswaterstaat voor dat zij ook op grond van de bestendige Grossmann-jurisprudentie niet zou mogen terugkeren op haar schreden. Ook deze onderbouwing lijkt ons ondeugdelijk. Anders dan de voorzieningenrechter veronderstelt, volgt uit het Grossmann-arrest niet dat nodeloze

vertraging en te voeren procedures moeten worden voorkomen. Uit het Grossmann-arrest volgt (slechts) dat het lidstaten is toegestaan om de toegang van *inschrijvers* tot de rechter te beperken. In Nederland heeft dit tot bestendige jurisprudentie geleid waarbinnen inschrijvers in het kader van rechtsverwerking tijdig hun bezwaren tegen (kenbare) fouten en omissies naar voren moeten brengen. Die bescherming strekt zich uit tot zowel alle inschrijvers als de aanbestedende dienst. Voorkomen moet immers worden dat in een (zeer) laat stadium blijkt dat de procedure of de beoordeling niet deugt en herstel of aanpassing van de procedure niet langer mogelijk is.

Die situatie deed zich hier echter niet voor. De inschrijving van de inschrijvers was en is ongeldig. Nadat dit door Rijkswaterstaat is geconstateerd, is dit direct meegedeeld en is de voorlopige gunningsbeslissing, onder verlenging van een rechtsbeschermingstermijn, ingetrokken. Met andere woorden: herstel van de procedure was hier nog wel mogelijk.

Slot

Ondanks al onze kritiek op de onderbouwing van het oordeel van de voorzieningenrechter, kunnen wij het oordeel wel begrijpen. Dit begrip komt voort uit het oogpunt van een zorgvuldig handelende overheid en de in alle (pre-)contractuele verhoudingen te betrachten redelijkheid en billijkheid. De specifieke feiten van deze uitzonderlijke zaak maken dat de uitkomst op zichzelf te billijken is. De juridische onderbouwing rammelt volgens ons echter wel enigszins.

mr. drs. R.P.G. Snel en mr. E.E. Zeelenberg
Hekkelman Advocaten & Notarissen

Noten

1. Het in de uitspraak genoemde 'Essentium-vonnis'.
Vzr. Rb. Den Haag 30 maart 2016, ECLI:N-L:RBDHA:2016:3335.
2. Vzr. Rb. Den Haag 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11210 en ECLI:N-L:RBDHA:2016:11209.
3. Zie onder meer: HvJ-EU 22 juni 1993, C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257 (Storebaelt); Vzr. Rb. Den Haag 24 maart 2015, ECLI:N-L:RBDHA:2015:4806; Vzr. Rb. Noord-Nederland 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4061.
4. HR 7 december 2012, ECLI:N-L:HR:2012:BW9233.
5. Voor een ander, volgens ons onjuist, oordeel: Vzr. Rb. Den Haag 20 juni 2016, ECLI:N-L:RBDHA:2016:6854.