

Tender Nieuwsbrief 2017

De zaak: Fouten in inschrijvingen en procesbelang

Auteur(s): mr. A. Stellingwerff Beintema - Maasdam Broers Fischer advocaten

Fouten in inschrijvingen komen helaas met enige regelmaat voor. Wat zijn de (on)mogelijkheden voor herstel? En kan een inschrijver wiens inschrijving is afgewezen nog opkomen tegen een vermeende ongeldigheid van een andere inschrijver? Het Hof van Justitie heeft deze twee vragen beantwoord in de zaak Archus.¹

De zaak

Polskie (een Poolse aanbesteder) is een niet-openbare aanbesteding gestart voor onder meer het digitaliseren van de stukken van haar centraal archief. Er waren twee inschrijvers, te weten (i) de combinatie Archus en Gama ('Archus') en (ii) Digital-Center, die ieder een inschrijving hebben ingediend.

Zij dienden bij hun inschrijving twee documenten te voegen:

1. een gescande afdruk van een door Polskie opgesteld document, dat werd beoordeeld op basis van de ter evaluatie van de offertes opgestelde criteria;
2. en een proef van een microfilm, die werd beoordeeld volgens het beginsel 'voldoet/voldoet niet'. In geval van 'niet voldoen' diende de inschrijving te worden afgewezen.

Met een beroep op de Poolse aanbestedingswet heeft Archus Polskie verzocht om de proef van een microfilm om te wisselen, omdat per ongeluk een verkeerde was ingestuurd die niet voldeed aan de specificaties van het bestek. De Poolse aanbestedingswet voorziet namelijk in verplichtingen en mogelijkheden om inschrijvingen te herstellen. Polskie heeft dit verzoek gehonoreerd en Archus tevens verzocht om informatie te verstrekken ten aanzien van de proef van de microfilm. Deze informatie was ingevolge het bestek vereist, maar ontbrak bij de inschrijving. Na bestudering van de twee door Archus ingediende proeven heeft Polskie diens inschrijving afgewezen, omdat de proef niet voldeed. Archus is in rechte opgekomen tegen deze beslissing, en tegen de beslissing tot aanvaarding van de inschrijving van Digital-Center.

De Poolse rechter heeft het Hof van Justitie (HvJ) twee relevante prejudiciële vragen gesteld. De ene vraag ziet op de (on)mogelijkheden voor herstel. De andere vraag ziet op het procesbelang van een afgewezen inschrijver.

(On)mogelijkheden voor herstel

Het HvJ stelt voorop dat het gelijkheidsbeginsel tot doel heeft de mededinging te bevorderen. Daarom moeten alle inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijvingen dezelfde kansen krijgen en moeten voor alle inschrijvingen dezelfde voorwaarden gelden. Het gelijkheidsbeginsel verzet zich tegen onderhandelingen met een inschrijver.

Het uitgangspunt is daarom dat een inschrijving niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbesteder of van de inschrijver. Echter, een inschrijving mag wél worden verbeterd of aangevuld als aan een aantal voorwaarden is voldaan, te weten:²

1. Een verzoek om nadere toelichting mag pas worden gedaan nadat de aanbesteder kennis heeft genomen van alle inschrijvingen. Het verzoek moet op vergelijkbare manier worden gericht aan alle inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren en moet alle punten van de inschrijving behandelen die precisering behoeven.
2. Het verzoek mag er niet toe leiden dat een betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving voorstelt.
3. Bij de beoordeling van de mogelijkheid van een verzoek om nadere toelichting moeten de inschrijvers op gelijke en loyale wijze worden behandeld, zodat het verzoek om toelichting aan het einde van de beoordelingsprocedure van de inschrijvingen en in het licht van de uitkomst daarvan niet overkomt als ten onrechte in het voordeel of nadeel van een inschrijver aan wie dat verzoek was gericht.
4. Het ontbreken van een stuk of informatie dat volgens de aanbestedingsstukken verplicht moet worden verstrekt kan niet worden hersteld.

Uit het arrest blijkt, dat zelfs als de aanbesteder in de wet het recht heeft voorbehouden of zichzelf heeft verplicht om inschrijvers in de gelegenheid te stellen een inschrijving te verbeteren of aan te vullen (waaronder: fouten te herstellen) aan voornoemde voorwaarden moet zijn voldaan. Of anders gezegd: een dergelijk(e) voorbehoud of verplichting geeft geen vrijbrief voor herstel.

Procesbelang van een afgewezen inschrijver

Het HvJ stelt voorop dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat beroepsprocedures toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad. Inschrijvers hebben volgens het HvJ een belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen teneinde de opdracht binnen te halen:

1. uitsluiting van een inschrijver kan ertoe leiden dat de opdracht direct aan een andere inschrijver wordt gegund in het kader van dezelfde procedure;
2. ingeval alle inschrijvers worden uitgesloten en er een heraanbesteding volgt, kan elk van de inschrijvers opnieuw deelnemen en aldus indirect de opdracht gegund krijgen.

In het geval een aanbesteder twee simultane besluiten heeft vastgesteld – een besluit tot afwijzing van de inschrijving van inschrijver A en een besluit tot gunning van de opdracht aan inschrijver B – en er twee inschrijvingen zijn ingediend heeft inschrijver A volgens het HvJ een legitiem belang om tegen beide besluiten op te komen.³ Deze situatie deed zich hier voor. Echter, in het geval een aanbesteder eerst een besluit tot afwijzing van de inschrijving van inschrijver A heeft vastgesteld, en dit besluit definitief is, en vervolgens een besluit tot gunning van de opdracht aan inschrijver B vaststelt, dan kan inschrijver A volgens het HvJ het recht worden ontzegd om tegen het besluit tot gunning op te komen.⁴

Commentaar

Het arrest gaat allereerst in op de (on)mogelijkheden om fouten in de inschrijving te (laten) herstellen en sluit naadloos aan op eerdere arresten van het HvJ. Artikel 2.55 Aanbestedingswet 2012 bevat voor aanbesteders de mogelijkheid om een ondernemer te vragen om zijn inschrijving of verzoek tot deelneming nader toe te lichten of aan te vullen. Het ARW2016 bevat een vergelijkbare bepaling. Daarnaast bevat het ARW2016 een verplichting om bij een gebrek in de eigen verklaring of met betrekking tot de bewijsmiddelen inschrijvers in de gelegenheid te stellen dit gebrek binnen twee werkdagen te herstellen. Ook in aanbestedingsstukken staat regelmatig een bepaling waarin de aanbesteder zich het recht voorbehoudt om verduidelijking of herstel te vragen. Een aanbesteder die in een voorkomend geval gebruik wil maken van deze mogelijkheden, verplichtingen en voorbehouden zal het verzoek tot verduidelijking of herstel dus eerst langs de lat van de vier voornoemde cumulatieve voorwaarden die het HvJ heeft geformuleerd moeten leggen.

Als een fout 'op straffe van uitsluiting' is voorgeschreven in de aanbestedingsstukken zal dus tot uitsluiting moeten worden overgegaan. Het evenredigheidsbeginsel biedt evenwel volgens Nederlandse jurisprudentie in sommige gevallen nog ruimte voor herstel.⁵ Of het HvJ er ook zo over denkt valt evenwel te bezien, gelet op het onderhavige arrest en het eerder gewezen Connexion-arrest.⁶ In dit laatste arrest oordeelde het HvJ namelijk ten aanzien van de in de Aanbestedingswet 2012 opgenomen facultatieve uitsluitingsgrond 'beroepsfout' dat als deze in de aanbestedingsstukken *zonder meer* als uitsluitingsgrond is vastgesteld er geen ruimte is voor een beroep op het evenredigheidsbeginsel. Een aanbesteder die niet beperkt wil worden door de vierde voorwaarde doet er dan ook verstandig aan om (i) de term 'op straffe van uitsluiting' beperkt toe te passen en zo veel mogelijk te vervangen door een 'kan-bepaling' ('kan worden uitgesloten') of (ii) in de aanbestedingsstukken een evenredigheidsvoorbehoud op te nemen.

Bij de daadwerkelijke beslissing tot wel uitsluiten of niet uitsluiten (en bieden herstel) is met name de tweede cumulatieve voorwaarde relevant. Leidt herstel evenwel tot in werkelijkheid een nieuwe inschrijving dan is herstel namelijk niet mogelijk. In de praktijk stranden hier veel fouten op.

Het arrest ziet verder op het procesbelang van een afgewezen inschrijver. Ook in dit opzicht sluit het arrest naadloos aan op eerdere arresten van het HvJ, te weten Fastweb en – recent – Bietergemeenschap. Het oordeel van het HvJ dat een eenmaal definitief uitgesloten inschrijver het recht kan worden ontzegd op te komen tegen de gunning aan een andere (eveneens ongeldige) inschrijver acht ik evenwel onbegrijpelijk. Het is goed mogelijk dat een inschrijving terecht terzijde is gelegd en hiertegen opkomen zo goed als kansloos is. Zelfs dan heeft deze inschrijver – die zijn eigen uitsluiting niet betwist – maar wel binnen de gestelde bezwaartermijn opkomt tegen het besluit tot gunning aan de beoogde winnaar (omdat die eveneens niet zou voldoen aan een gestelde eis) geen (rechtens te respecteren) belang volgens de voorzieningenrechter te Rotterdam die de jurisprudentie van het HvJ toepast.⁷

Het is ook goed mogelijk dat pas na ommekomst van de bezwaartermijn blijkt dat de inschrijving van de beoogde winnaar (en de andere geldige inschrijving(en)) ook terzijde had moeten worden gelegd. De redenen hiervoor kunnen divers zijn. Gedacht kan worden aan de volgende in de praktijk met enige regelmaat voorkomende situatie: de aanbesteder sluit eerst de afgewezen inschrijvers uit en neemt een bezwaartermijn in acht, beoordeelt intussen de overgebleven inschrijvingen, en deelt na ommekomst van de eerste bezwaartermijn de gunningsbeslissing mede aan de niet uitgesloten inschrijvers met eveneens bezwaartermijn.

In beide gevallen zou de aanbesteder dus gerechtvaardigd kunnen gunnen aan een inschrijver met een – eveneens – ongeldige inschrijving. Dit gaat er bij mij niet in. Naar mijn mening is dit pertinent in strijd met het gelijkheidsbeginsel. En naar mijn mening is er wel degelijk sprake van een rechtens te respecteren belang bij heraanbesteding conform artikel 3:303 BW. Het HvJ oordeelt dat de betreffende afgewezen inschrijver het recht kan worden ontzegd om beroep in te stellen. Dit is dus geen verplichting. Ik roep aanbestedende diensten en voorzieningenrechtshouders op om van dit recht geen gebruik te maken.

1. HvJ EU, 11 mei 2017, C-131/16, Archus.
2. Zie ook HvJ 29 maart 2012, C-599/10, SAG ELV, TN oktober 2012; HvJ 10 oktober 2013, C-336/12, Manova, TN januari 2014; HvJ 6 november 2014, C-42/13, Cartiera; HvJ 7 april 2016, C-324/14, Partner Apelski, TN juni 2016.
3. Zie ook HvJ 4 juli 2013, C-100/12, Fastweb, TN september 2013; HvJ 5 april 2016, C-689/13, PFE.
4. Zie ook HvJ 21 december 2016, C-355/15, Bietergemeinschaft.
5. Vzr. Rb. Gelderland 18 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3280.
6. HvJ 14 december 2016, C-171/15, Connexion, TN maart 2017.
7. Vzr. Rb. Rotterdam 22 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2263.

VIND Inkoop en Aanbesteding

