

COLOFON

Redactie:

mr. I.A.H. Dolmans-Budé
AT Osborne bv, Baarn

drs. M. Kok
Tender Professional, Hoofddorp

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

mr. L.J.W. Sueters
Bartels Sueters Aanbestedingsadvocaten,
'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: € 170,89 p.j. (incl. BTW)
Losse nummers: € 21,14 (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 0314-358358.

Aanvraag abonnementen/wijzigingen:

Klantenservice: (0314) 35 83 58
e-mail: klantenservice@reedbusiness.nl

www.kennisbankinkoopenaanbesteden.nl

De artikelen in de Tender Nieuwsbrief worden gearciveerd in de kennisbank Inkoop en Aanbesteden 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
© 2012
ISSN: 1384-2838

DE ZAAK

Oeps, een foutje, wat nu?

Inschrijven op Europese aanbestedingen is mensenwerk. En mensen maken nu eenmaal fouten. Een op het oog kleine fout kan grote gevolgen hebben. Niet zelden oordeelt de rechtbank tot ongeldigheid van de inschrijving. Toch zijn er wel degelijk mogelijkheden tot herstel. Het Hof van Justitie heeft zich in de SAG ELV-zaak¹ uitgesproken over de vraag of een aanbesteder om nadere toelichtingen moet/kan vragen, indien een inschrijving abnormaal laag, onnauwkeurig, of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek is.

De zaak

NDS (een onderneming die voor 100% in handen is van de Slowaakse staat) schreef een niet-openbare procedure uit voor de inning van tolgelden op autosnelwegen. Op deze aanbesteding schreven onder meer SAG ELV en Slovakpass in. NDS verzocht beide inschrijvers om een nadere toelichting op hun inschrijving. De vragen zagen op de technische aspecten van elk van de inschrijvingen en op de abnormaal lage prijzen die zij hadden voorgesteld. Beide inschrijvers beantwoordden de vragen. Hierna sloot NDS beide inschrijvers uit. Beide inschrijvers maakten bezwaar, gingen in beroep, en vervolgens in cassatie. Het Hooggerechtshof van Slowakije vraagt zich af of de beginselen van non-discriminatie en transparantie zich ertegen verzetten dat de aanbesteder een inschrijving kan afwijzen (i) op grond van de abnormaal lage prijs van de inschrijving, zonder de inschrijver hierover voldoende duidelijke vragen te hebben gesteld, of (ii) op grond van de niet-naleving van het bestek, zonder de inschrijver vooraf te hebben verzocht om een nadere toelichting te geven over dit tekortschieten. Het Hooggerechtshof heeft hierover prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie, die deze heeft beantwoord.

Abnormaal lage inschrijving

Het Hof wijst allereerst op artikel 55 van de Richtlijn 2004/18, dat ziet op abnormaal lage inschrijvingen. Het Hof oordeelt, dat uit de dwingende bewoordingen van artikel 55 volgt, dat de aanbesteder:

- verplicht is om de samenstelling van de abnormaal lage inschrijving te onderzoeken; en
- de inschrijver moet verzoeken om de benodigde motiveringen te verstrekken, zodat deze

kan bewijzen dat zijn inschrijving serieus is. Het Hof bepaalt voorts, dat artikel 55 zich er niet alleen niet tegen verzet dat een soortgelijke bepaling in de nationale wettelijke regeling inzake overheidsopdrachten is opgenomen, maar dit ook vereist.

Fout in inschrijving

Richtlijn 2004/18 bevat geen bepaling die uitdrukkelijk voorziet in het gevolg dat moet worden gegeven aan de constatering van de aanbesteder dat de inschrijving onnauwkeurig is of niet in overeenstemming is met de technische specificaties van het bestek.

Op de aanbesteder rust volgens het Hof geen enkele verplichting om een inschrijver te verzoeken zijn gebrekkige inschrijving toe te lichten. Het is immers aan de inschrijver zelf te wijten dat zij in strijd met de zorgvuldigheidsplicht bij het opstellen ervan (waaraan zij net als de andere inschrijvers is onderworpen) heeft gehandeld.

Het Hof oordeelt dat een gebrekkige inschrijving *in beginsel* niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbesteder of van de inschrijver:

- dit zou in strijd zijn met het gelijkheids- en transparantiebeginsel, welke zich verzetten tegen elke onderhandeling tussen de aanbesteder en de inschrijver; en
- dit zou een risico opleveren, dat het zou lijken alsof de aanbesteder, ingeval de herstelde inschrijving uiteindelijk zou worden gekozen, over die inschrijving heimelijk heeft onderhandeld, ten nadele van de andere inschrijvers, en in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Het gelijkheidsbeginsel staat er volgens het Hof evenwel niet aan in de weg, dat een gebrekkige inschrijving, *in uitzonderlijke gevallen*,

gericht kan worden verbeterd of aangevuld. Bijvoorbeeld omdat de inschrijving klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeft, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten. Voorwaarden zijn, dat

- de wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld;
- de verschillende inschrijvers gelijk en op loyale wijze worden behandeld;
- het verzoek om nadere toelichting slechts mag worden gedaan nadat de aanbesteder kennis heeft genomen van alle inschrijvingen;
- het verzoek op vergelijkbare manier moet worden gericht aan alle ondernemingen die in dezelfde situatie verkeren, in het bijzonder wanneer de inschrijving hoe dan ook in het licht van andere aspecten moet worden afgewezen; en
- het verzoek alle punten van de inschrijving moet behandelen die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek. De inschrijving kan niet worden afgewezen wegens een onduidelijkheid waarop het verzoek geen betrekking had.

Commentaar

Er zijn aanbesteders die menen, dat als je maar goed zoekt er in elke inschrijving wel wat onregelmatigs te vinden is. En wat dan? Geen enkele aanbesteder zit te wachten op een mislukte aanbesteding. Het SAG ELV-arrest ziet op twee typen onregelmatige inschrijvingen, te weten (i) abnormaal lage inschrijvingen en (ii) gebrekkige inschrijvingen.

In de praktijk doen zich regelmatig vragen voor ten aanzien van 'abnormaal lage inschrijvingen'. Kort gezegd geldt hiervoor het volgende:

- Van een 'abnormaal lage inschrijving' is pas sprake wanneer de aanbesteder wordt geconfronteerd met een zodanig lage inschrijvingsomdat hij gegronde reden heeft te vrezen dat de inschrijver een fout heeft gemaakt of een irreële prijs heeft geboden, op grond waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de inschrijver zijn inschrijving niet zal waarmaken en/of in de uitvoeringsfase pogingen zal ondernemen om zijn al dan niet ingecalculerde verlies op enige wijze goed te maken.² Inschrijving onder kostprijs maakt *an sich* een inschrijving overigens nog geen abnormaal lage inschrijving.³
- Een aanbesteder die geconfronteerd wordt met een in zijn ogen (of in de ogen van een concurrent-inschrijver) abnormaal lage inschrijving hoeft deze niet ongeldig te verklaren, laat staan te onderzoeken. Een

concurrent-inschrijver kan zich dus niet op artikel 55 Richtlijn 2004/18 beroepen.⁴

- Een aanbesteder die een inschrijving, die in zijn ogen abnormaal laag is, ongeldig wil verklaren, mag dit pas nadat de samenstelling hiervan is onderzocht.⁵ Het Hof bevestigt dit.

In de praktijk doet zich met zeer grote regelmaat ook de vraag voor of een aanbesteder die wordt geconfronteerd met een gebrekkige inschrijving, deze ongeldig moet verklaren. Uit vaste nationale jurisprudentie volgt dat een inschrijver onder omstandigheden in de gelegenheid kan worden gesteld om kleine gebreken te herstellen. Het Hof bevestigt dit, en preciseert de voorwaarden waaronder herstel is toegestaan.

Het Hof beperkt de mogelijkheid tot herstel niet tot louter formele fouten (waaronder het ontbreken van stukken). Ook materiële fouten (fouten in de inschrijving zelf of innerlijke tegenstrijdigheden in de inschrijving) lenen zich volgens het Hof voor herstel. Uiteraard, mits voldaan wordt aan de hiervoor door het Hof genoemde voorwaarden.

In tegenstelling tot menig nationale rechter⁶ vereist het Hof niet dat de fout:

- onbedoeld is (c.q. een kennelijke verschrijving is);
- voor een ieder (lees: aanbesteder) aanstonds kenbaar is;
- te wijten is aan omstandigheden die liggen in de risicosfeer van de aanbesteder.

De belangrijkste voorwaarde is dat de wijziging er niet toe mag leiden dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Het is de vraag wanneer sprake is van 'in werkelijkheid een nieuwe inschrijving'. Aangezien het Hof de herstelmogelijkheid als een uitzondering ziet, moet worden aangenomen dat deze voorwaarde restrictief moet worden geïnterpreteerd. Als het herstel van de fout van invloed is op de inhoudelijke beoordeling van de inschrijving zal naar mijn mening al snel sprake zijn van een nieuwe inschrijving. Dit ligt anders als bijvoorbeeld (een voorbeeld, uitdrukkelijk niet als voorwaarde bedoeld) sprake is van een kennelijke verschrijving of onbedoelde fout, waarbij objectief kan worden vastgesteld wat door de betreffende inschrijver wel was bedoeld.

Fouten die zien op het ontbreken van stukken ten aanzien van de geschiktheid (conform artikel 2.14.4 ARW2005) mogen mijns inziens wel hersteld worden. In dat geval is naar mijn mening geen sprake van 'in werkelijkheid een

nieuwe inschrijving'. Immers, de feitelijke situatie (wel/niet voldoen aan de omzetsis) waarin de inschrijver zich bevindt noch de inhoudelijke aanbidding wijzigt in dat geval. Heeft de aanbesteder daarentegen uitdrukkelijk in de aanbestedingsstukken aangegeven dat het ontbreken van stukken leidt tot uitsluiting, dan is herstel evenwel ontoelaatbaar.

In de praktijk doet zich niet alleen de vraag voor of een aanbesteder de gebrekkige inschrijving mag laten herstellen, maar ook of de aanbesteder verplicht is om de inschrijver in staat te stellen om het gebrek ongedaan te maken. Het Hof oordeelt dat deze verplichting er niet is. Dit oordeel lijkt haaks te staan op de jurisprudentie van het Gerecht⁷, waaruit blijkt dat het onder omstandigheden in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur, gelijke behandeling en evenredigheid kan zijn, wanneer een aanbesteder een inschrijving afwijst zonder gebruik te maken van zijn bevoegdheid om preciseringen te vragen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een inschrijving dubbelzinnig is opgesteld, en de dubbelzinnigheid eenvoudig te verklaren is en makkelijk kan worden opgeheven.

Op dit moment kent elk type fout een eigen stapeltje jurisprudentie, te weten (i) wel en (ii) niet herstellen. Het SAG ELV-arrest biedt een goed toetsingskader bij het beoordelen of een fout wel of niet hersteld mag worden. Voor de praktijk en de rechtszekerheid zou het bijzonder welkom zijn als de nationale rechters dit toetsingskader als uitgangspunt nemen, en tot eenduidigere rechtspraak komen. Lichtpunt is dan ook het recente arrest van het gerechtshof Arnhem in de zaak *Océ tegen Alliander en Ricoh*.⁸

mr. A. Stellingwerff Beintema
Maasdam Broers Fischer advocaten

Noten

1. HvJ, 29 maart 2012, C-599/10, SAG ELV.
2. Vznr. Rb. Den Haag, 29 juli 2011, LJN: BR4136.
3. Vznr. Rb. Den Haag, 13 augustus 2007, LJN: BB1626.
4. Vznr. Rb. Alkmaar, 21 april 2011, LJN: BQ6481; Gerechtshof Arnhem, 8 februari 2011, LJN: BQ1539.
5. Vznr. Rb. Utrecht, 16 december 2011, LJN: BU8401.
6. Bijvoorbeeld Vznr. Rb. Den Haag, 28 juni 2012, LJN: 419309/KG ZA 12-505; Vznr. Rb. Den Haag, 1 december 2011, LJN: BU6716.
7. Gerecht, 10 december 2009, T-195/08, Antwerpse Bouwwerken.
8. Gerechtshof Arnhem, 7 augustus 2012, LJN: BX4609.