

AANBESTEDING

Kroniek aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie

Hierna volgt een beknopte bespreking van een drietal recente uitspraken op aanbestedingsrechtelijk gebied. Een volledig overzicht van de recente aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie is die bespreking niet; daarvoor is het bestek van dit artikel te beperkt. Bij gebrek aan thematische overeenkomst tussen de verschillende uitspraken behandel ik ze in chronologische volgorde.

Gebrek aan transparantie onrechtmatig?

Een eerste uitspraak die opvalt is die van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen van 25 juni 2003, die pas onlangs is gepubliceerd.¹ Aan de orde is de vraag of een gebrek aan transparantie in een aanbestedingsprocedure maakt dat de aanbesteder daardoor onrechtmatig handelt tegenover (afgewezen) inschrijvers in die procedure.

De Gemeente Stadskanaal wenste de opdracht tot de exploitatie van twee buitenzwembaden aan te besteden. Nadat de selectiecommissie van de gemeente aan het college van B&W had voorgesteld om aan partij Y de onderhavige opdracht te verlenen, omdat

1 NJ/Feitenrechtspraak 4 september 2004.

die partij naar de mening van de selectiecommissie de economisch meest voordelige aanbieder had gedaan en het college van B&W met die keuze had ingestemd, trad de selectiecommissie met partij Y in overleg over de nadere detaillering van het te sluiten contract. Voor de overige inschrijvers was echter niet duidelijk dat de gemeente al een keuze had gemaakt en zich naar deze volgende fase had begeven. Een van de afgewezen inschrijvers vorderde daarop primair gunning van de opdracht aan haarzelf en subsidiair heraanbesteding, stellende dat de gemeente onrechtmatig jegens haar had gehandeld door het gewraakte overleg met partij Y te starten. Door dat te doen had de gemeente volgens deze inschrijver gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel en de vereiste transparantie, en had zij niet mogen gunnen aan Y.

Zo ver wilde de voorzieningenrechter niet gaan. Hij overwoog dat voor een opdrachtgever de mogelijkheid bestaat om wat de nadere detaillering van een te gunnen overeenkomst betreft met de uitverkoren inschrijver in gesprek te gaan over de precieze inhoud daarvan.² De gemeente handelde niet onrechtmatig door aldus te handelen. Hierbij maakte de voorzieningenrechter echter wel de kanttekening dat een aanbestedende diverse fasen in een aanbesteding helder moet onderscheiden en die aan de belanghebbenden kenbaar dient te maken. De noodzakelijke transparantie vereist dat er op geen enkel moment in de aanbesteding misverstand bestaat over de vraag waar de aanbestedende mee bezig is. Op dit punt berispte de voorzieningenrechter de gemeente. Het gebrek aan transparantie maakte evenwel niet dat de gemeente niet tot gunning aan de partij van haar keuze zou mogen overgaan, aldus de voorzieningenrechter.

De schending van een voorschrift van aanbestedingsrecht kan in de regel worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad tegenover de door die schending benadeelde (potentiële) gegadigden en inschrijvers.³ Er is immers sprake van een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht. Wanneer een aanbestedende dienst de transparantie in een aanbestedingsprocedure onvoldoende waarborgt, handelt zij daarmee in strijd met een voorschrift – een grondbeginsel zelfs – van aanbestedingsrecht⁴ en mijns inziens dus per definitie onrechtmatig.

Nu de voorzieningenrechter in zijn vonnis opmerkt dat sprake was van een ‘gebrek aan transparantie’ in de onderhavige aanbestedingsprocedure, verdient zijn conclusie dat de gemeente toch niet onrechtmatig heeft gehandeld dus op zijn minst enige uitleg. Bedoelt de voorzieningenrechter te zeggen dat de handelwijze van

de gemeente weliswaar geen schoonheidsprijs verdient, maar uiteindelijk toch voldoet aan het vereiste minimum aan transparantie? Of heeft de gemeente wél onrechtmatig – want in strijd met haar wettelijke plicht om een voldoende transparante aanbestedingsprocedure te houden – gehandeld, maar lijden de inschrijvers in de onderhavige aanbesteding door die onrechtmatigheid geen schade? Via beide redeneringen kan de voorzieningenrechter komen tot de uitkomst waartoe zij in haar uitspraak komt. Onduidelijk is echter wat de gedachtegang van de voorzieningenrechter is geweest.

Einde certificering tijdens voorziene contractsduur

Een tweede interessante uitspraak is die van de Raad van Arbitrage voor de Bouw van 31 augustus jongstleden,⁵ betreffende de toepassing van het vereiste van een certificering als selectie-criterium.

Aan de orde is de aanbesteding van werkzaamheden ter verbetering van een kade. In die aanbesteding werd als selectie-eis gesteld dat inschrijvers ten minste tot en met de opleveringsdatum VCA-gecertificeerd zouden zijn. Na aanbesteding maakte de aanbestedende het voornemen kenbaar om de werkzaamheden te gunnen aan de laagste inschrijver. De opvolgende inschrijver meende echter dat het werk aan haar gegund diende te worden, omdat het VCA-certificaat van de laagste inschrijver af zou lopen op een tijdstip gedurende de voorziene bouwtermijn, vóór het einde daarvan.

Arbiters oordeelden milder. Volgens hen dienden inschrijvers ten tijde van de aanbesteding gecertificeerd te zijn, en aan te tonen dat zij dit in beginsel tot het einde van het werk onafgebroken zouden zijn. Daartoe diende zonnodig een tussentijds verlopend certificaat te worden verlengd. Van inschrijvers mocht echter niet verwacht worden dat zij al vóór de aanbesteding zorg zouden dragen voor verlenging van een certificaat dat tijdens het werk zou aflopen. In casu speelde mee dat de audit, die ten behoeve van de verlenging van het certificaat vereist was, in beginsel plaatsvond op initiatief van de certificerende instelling en niet op initiatief van de certificaathouder.

Bovendien, zo stelden arbiters hypothetisch, kon de feitelijke opleverdatum later uitvallen dan de voorziene opleverdatum en kon een garantiocertificaat, dat op zich tot en met de datum van oplevering geldig zou zijn, tussentijds worden ingetrokken. In zo'n geval zou dan een inschrijver alsnog niet hebben voldaan aan het gestelde selectiecriteria. Dat kon volgens arbiters niet de bedoeling zijn van het selectiecriteria. Arbiters meenden dat deze redenering gesteund werd door het feit dat het bezit van een certificaat, ook wanneer dat wél tot de voorziene opleverdatum van het werk liep, niet garandeerde dat de desbetreffende inschrijver tot het eind van het werk gecertificeerd zou zijn. Het certificaat was immers wel voor een periode van enkele jaren afgegeven, maar zou tussentijds kunnen worden ingetrokken wanneer niet meer aan de eisen voor certificering werd voldaan. Indien de inschrijver op die wijze zijn certificering zou verliezen, zou zij jegens aanbestedende tekortschieten in de nakoming van haar verplichtingen. Dat was naar het oordeel van arbiters echter niet te beschouwen als een ‘niet-voldoen’ aan de selectiecriteria bij de

2 Was sprake geweest van een nadere invulling van de overeenkomst die verder ging dan de ‘nadere detaillering’ ervan, dan was het oordeel van de voorzieningenrechter op dit punt, naar ik aanneem, anders geweest. Het is een aanbestedende immers niet toegestaan om na gunning een essentiële voorwaarde voor uitvoering van de aanbestede opdracht te wijzigen, zoals zeer recent nog eens is bevestigd in een uitspraak van het Hof van Justitie EG van 7 oktober jl. (C-496/99 P, *Succhi di Frutta*).

3 Zie ook Pijnacker Hordijk & Van der Bend, *Aanbestedingsrecht*, Sdu Uitgevers 1999, p. 413 e.v.

4 In literatuur en jurisprudentie wordt algemeen aangenomen dat in aanbestedingen onder de richtlijnen naast die richtlijnen een drietal niet gecodificeerde normen geldt, de zogenoemde algemene beginselen van aanbestedingsrecht. Zij worden geacht voort te vloeien uit het EG-Verdrag. Te onderscheiden zijn het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het concurrentiebeginsel. De in de richtlijnen vervatte procedurevoorschriften zijn een uitwerking van deze beginselen.

5 Actualiteiten Bouwrecht 2 september 2004.

aanbesteding, maar als een bij aanbesteding nog onbekend verzuim na gunning van het werk. De laagste inschrijver voldeed naar het oordeel van arbiters dan ook aan het gestelde selectiecriteria.

Het feit dat ‘de bedoeling’ van het onderhavige selectiecriteria een zo uitvoerige uitleg behoeft, wringt mijns inziens wat, gezien de vereisten van objectiviteit en transparantie waaraan een aanbestedingsprocedure op grond van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht dient te voldoen. Zoals arbiters al aangeven was het in casu strikt genomen voor al de inschrijvers onmogelijk om aan te tonen dat zij tot en met de voorziene opleverdatum gecertificeerd zouden zijn. Er kon immers tussentijds van alles gebeuren waardoor die certificering onvoorzien zou komen te vervallen. De selectie-eis had, kortom, eenduidiger geformuleerd moeten worden. Ik op mijn beurt leg echter de bedoeling van arbiters dan maar zo uit, dat het onderhavige selectiecriteria in redelijkheid niet anders kan worden uitgelegd dan zij hier doen, en daarmee toch voldoende duidelijk en dus geldig is.⁶

Overschrijding bezwaartermijn

Minder soepel hanteerde de Rechtbank Amsterdam in een uitspraak van 7 oktober jongstleden⁷ de termijn die een cluster politieregio's had gesteld voor het protesteren tegen een gunningsbesluit, in een aanbestedingsprocedure terzake de levering van ademanalyseapparatuur. Voor ik aan bespreking van die uitspraak toekom, volgt een kort intermezzo over eerdere jurisprudentie terzake.

In het Alcatel-arrest⁸ maakte het Hof van Justitie van de EG uit dat een belanghebbende bij de aanbesteding van een (aanbestedingsplichtige) opdracht vóór het sluiten van de overeenkomst tot uitvoering van die opdracht, de mogelijkheid dient te hebben om een onrechtmatig gunningsbesluit te doen vernietigen. In de Nederlandse wetgeving is – nog – niet voorzien in een procedure waarin een dergelijke toetsing plaatsvindt. Sindsdien creëren veel aanbesteders in de praktijk zelf die mogelijkheid, door aan inschrijvers in een aanbesteding kenbaar te maken dat het *voornemen* bestaat tot gunning aan een bepaalde inschrijver, of dat aan die inschrijver *voorzwaardelijk* wordt gegund, waarna uiterlijk op een door de aanbesteder bepaald tijdstip (dat meestal enkele weken na bekendmaking van het voornemen of de voorwaardelijke gunning ligt) in rechte kan worden opgekomen tegen de (gevolgen van) het gunningsbesluit. Ook het ARW 2004, dat krachtens beleidsregels⁹ verplicht van toepassing is op aanbestedingen van werken door de vier ‘bouwministeries’ VROM, VWS, Defensie en

LNV, kent een dergelijke regeling.¹⁰ Zo wordt de verplichte mogelijkheid geboden om een gunningsbesluit in rechte te doen toetsen, maar wordt toch snel zekerheid verkregen over de geldigheid van dat besluit. Deze praktijk wordt in de Nederlandse rechtspraak gesanctioneerd.¹¹

Dat een in een aanbestedingsprocedure gestelde bezwaartermijn ook hard is voor de aanbesteder die die termijn zelf gesteld heeft, blijkt uit genoemde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. De aanbesteder gunde de opdracht aan inschrijver D, onder de voorwaarde dat niet binnen vijftien dagen na de gunning bezwaar gemaakt zou worden tegen de gunning door het instellen van een civiel of arbitraal kort geding. Afgewezen inschrijver H maakte bezwaar, maar deed dat niet door het instellen van een kort geding. Zij berichtte in plaats daarvan aan de aanbesteder dat de gestelde termijn niet vijftien maar dertig dagen behoorde te zijn en stelde daarnaast dat de inschrijving van D inhoudelijk niet voldeed aan de gestelde eisen.

De aanbesteder liet daarop aan D – en naar ik aanneem ook aan de overige deelnemers aan de aanbesteding – weten dat de bezwaartermijn verlengd werd tot dertig dagen en kondigde nader onderzoek aan naar het verloop van de aanbesteding. Na dat onderzoek deelde de aanbestedende dienst aan D mee dat haar inschrijving inhoudelijk inderdaad niet voldeed en terzijde gelegd zou worden. De opdracht zou in plaats daarvan aan H gegund zou worden. H, die meende dat hiermee de kwestie in haar voordeel was afgedaan, verzuimde om zekerheidshalve alsnog een kort geding aanhangig te maken, voordat de gestelde termijn van dertig dagen afliep.

D beriep zich er vervolgens in rechte op dat de bezwaartermijn verstreken was zonder dat een kort geding tegen de gunning van de opdracht was ingesteld, waardoor haar overeenkomst met de aanbestedende dienst rechtens perfect was. Terecht, oordeelde de rechtbank. Nu de gunningsbeslissing al genomen was, had H haar bezwaren daartegen moeten laten toetsen in de voorgeschreven gerechtelijke procedure. Die procedure had binnen dertig dagen aanhangig gemaakt moeten worden, meende de rechtbank. Juist voor het geval zich zulke bezwaren als in het onderhavige geval zouden voordoen, was immers dit rechtsmiddel voorgeschreven. Gezien de aan een aanbestedingsprocedure te stellen eisen van transparantie en gelijke behandeling van inschrijvers, was het beroep van D op het verstrijken van de bezwaartermijn niet strijdig met de redelijkheid en billijkheid, aldus de rechtbank.

Aanbesteders verweer, dat D door geen (schriftelijk) bezwaar te maken tegen het aangekondigde onderzoek naar aanleiding van de

6 Hadden arbiters geoordeeld dat het gehanteerde selectiecriteria niet geldig was, dan is de vraag of dit criteria simpelweg terzijde kan worden gesteld, waarna de aanbesteding geldig kan worden voortgezet, of dat tot heraanbesteding dient te worden overgegaan. Met betrekking tot een aanbesteding waarin een onwettig gunningscriteria was gehanteerd, oordeelde het Hof van Justitie EG in een uitspraak van 4 december 2003 (C-448/01, Wienstrom) streng. Het Hof bepaalde dat het niet was toegestaan om het desbetreffende gunningscriteria weg te laten en vervolgens de aanbestedingsprocedure voort te zetten. Wenste de opdrachtgever de desbetreffende opdracht nog steeds te plaatsen, dan diende ze de lopende aanbesteding te annuleren en tot heraanbesteding over te gaan.

7 Rolnr. KG 04/1745 (Actualiteiten Bouwrecht 27 oktober 2004).

8 Hof van Justitie EG 28 oktober 1999 (C-81/98).

9 Stcrt. 6 juli 2004, p. 17.

10 Vgl. de artikelen 4.34.6 en 5.30.8 van het RAW 2004, die luiden: ‘De aanbesteder bericht elke inschrijver gelijktijdig en onder opgaaf van redenen omtrent de voorgenomen gunning. De aanbesteder vermeldt daarbij de naam van de inschrijver aan wie de aanbesteder voornemens is te gunnen. Aan het voornemen tot gunning kunnen geen rechten worden ontleend. Indien binnen 15 dagen een kort geding aanhangig is gemaakt tegen het voornemen van de aanbesteder, mag in beginsel de aanbesteder niet overgaan tot gunning van de opdracht, voordat in kort geding vonnis is gewezen, tenzij een zwaarwegend belang onverwijld gunning gebiedt.’

11 Zo oordeelde het Hof Amsterdam in een uitspraak van 13 maart 2003 dat het een aanbestedende dienst vrij staat om in haar bestek of offerteaanvraag een redelijke termijn te stellen waarbinnen, na bekendmaking van een voornemen tot gunning, een rechtsvordering tegen (de gevolgen van) het gunningsbesluit dient te worden ingesteld.

bezwaren van H, haar recht had laten verlopen om zich op het verstrijken van de bezwaartermijn te beroepen, werd door de rechtbank verworpen. Daartoe had D uitdrukkelijk afstand van dat recht moeten doen. Nu dat niet gebeurd was, was de voorwaarde waaronder de overeenkomst tussen de aanbestede en D was gesloten, komen te vervallen. Dat daardoor – tegen de wil van de aanbestede – gegund werd aan een inschrijver wiens inschrijving feitelijk niet voldeed, deed daar niet aan af.

Een streng maar rechtvaardig oordeel, naar mijn mening. Juist vanwege de rechtszekerheid – ten behoeve waarvan toch een bezwaartermijn als de onderhavige termijn gesteld wordt – dient door een aanbestede aan een eenmaal gestelde bezwaartermijn strikt de hand gehouden te worden, zowel jegens inschrijvers als jegens zichzelf. Dit is in lijn met de jurisprudentie betreffende de wijze waarop termijnen in aanbestedingen in het algemeen gehanteerd dienen te worden. Zo is, op een enkele uitzondering¹² na, vaste rechtspraak¹³ dat een inschrijving die na sluiting van de inschrijftermijn wordt ingediend te laat is en terzijde dient te worden gelegd, waarbij het risico voor tijdige inschrijving geheel voor de inschrijver komt. Ook de algemene bezwaartermijn van zes weken in het bestuursrecht – die parallel ligt hier mijns inziens in de rede – wordt strikt gehanteerd.

Met de rechtbank ben ik dan ook van mening dat D's recht om zich op het verstrijken van deze termijn te beroepen niet licht als verlopen beschouwd mag worden.

*Mr. H.C. Leemreize, advocaat Kennedy Van der Laan
Amsterdam*

¹² Hof Den Bosch 26 februari 1997 (BR 1997/453).

¹³ Zie onder meer HR 31 mei 1985 (NJ 19865/648), RvA 20 juni 1994 (BR 1994/1046), Pres. Rb. Den Bosch 6 februari 2001 (KG 2001/71) en vooral ook RvA 7 november 2000 (BR 2001/713), het vervolg op deze uitspraak van 29 april 2002 (BR 2003/59) en het recente hoger beroep van beide uitspraken van 19 juli 2004 (Actualiteiten Bouwrecht 25 augustus 2004), waarin de Raad uitmaakt dat een te late inschrijving ongeldig is, zelfs wanneer het aan de aanbestede zelf is te wijten dat een inschrijving te laat is ingediend. Zie terzake ook H.C. Leemreize: *Tijd & Redelijkheid, Contracteren* 2003, p. 23.