

V. Aanbestedingsrecht

TER 2009/57

Hof Leeuwarden, 7 oktober 2008, zaaknr. 200.010.135/01, LJN: BG2102 (Herstel gebrek inschrijving)

Mr. Mollema, mr. Kuiper en mr. Breemhaar. Advocaat appellante, OHI: mr. H.P. de Lange. Advocaat geïntimeerde, de provincie: mr. T. Dankert

ARW 2005: art. 2.18.2, art. 2.25.1, art. 2.26.1, art. 2.14.4 en art. 2.7-2.13; BW: art. 6:103

Herstel gebrek inschrijfbiljet. Knock-out stelsel ARW 2005. Eenvoudig te herstellen:

Met gastnoot L.C. van den Berg¹, Red.

De beoordeling

Ten aanzien van de feiten

1. Tegen de weergave van de vaststaande feiten in rechtsoverweging 2 (2.1. tot en met 2.5) van genoemd vonnis is geen grief ontwikkeld, zodat ook in hoger beroep van die feiten zal worden uitgegaan.

Korte aanduiding van het geschil

2. Het gaat in dit aanbestedingsgeschil om het volgende.

2.1. De provincie heeft, gedeeltelijk vooruitlopende op de realisering van de 'Haak om Leeuwarden' tussen 2010 en 2015, op 20 maart 2008 een openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven en aangemeld betreffende het ontwerp en de aanleg van twee rotondes bij Marssum en onderhoud van een deel van de N31.

2.2. De provincie heeft een basiscontract met bijbehorende vraagspecificatie opgesteld. Daarin is de UAV-GC 2005 van toepassing verklaard. De provincie heeft voorts een aanbestedingsdocument 'rotondes Marssum' opgesteld, waarin is vermeld dat het ARW 2005 van toepassing is.

2.3. Het gunningscriterium was de laagste prijs.

2.4. Ondermeer BAM Wegen B.V. (verder: BAM) en OHI waren inschrijvers. BAM was de laagste inschrijver, voor € 475.000,--. OHI was de op één na laagste inschrijver, voor € 630.000,--.

2.5. Mr. Mulder, de notaris bij wie voor 13 mei 2008 te 10.00 uur de inschrijvingsbiljetten moesten worden gedeponereerd, heeft geconstateerd dat het inschrijvingsbiljet van BAM - als bedoeld in artikel 2.18.2 ARW 2005 - was voorzien van een stempel met bedrijfsadres en logo van BAM, maar niet van

een handtekening. De bijbehorende documenten waren wel voorzien van de vereisten handtekeningen; de aanbestedingsbrief, tevens ontvangstbevestiging, was ook door een daartoe bevoegde bestuurder ondertekend.

2.6. De provincie heeft bij brief van 16 mei 2008 BAM alsnog in de gelegenheid gesteld om een handtekening te plaatsen, welke brief is ingeleed als een verzoek tot verduidelijking of BAM inderdaad bereid is het gedane aanbod gedurende de in het Aanbestedingsdocument genoemde termijn gestand te doen.

2.7. BAM heeft op 16 mei 2008 een door een bevoegde bestuurder ondertekend inschrijvingsbiljet aan de provincie toegestuurd.

2.8. De provincie heeft bij brief van 28 mei 2008 aan OHI te kennen gegeven voornemens te zijn het werk aan BAM te gunnen.

2.9. OHI heeft in kort geding gevorderd dat het de provincie verboden wordt het werk aan BAM te gunnen. De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat de ontbrekende handtekening onder het inschrijfbiljet een onvolkomenheid was die op eenvoudige wijze kan worden hersteld, dat deze niet verplicht tot uitsluiting leidt en dat de provincie gerechtigd was om BAM in staat te stellen het inschrijvingsbiljet op het onderdeel "handtekening" aan te vullen.

2.10. Na de uitspraak van de voorzieningenrechter heeft de provincie bij brief van 10 juli 2008, verzonden op 14 juli 2008, de opdracht aan BAM gegund. De ontvankelijkheid van OHI in haar vorderingen in appel.

3. De gemeente heeft betoogd dat het belang van OHI bij haar in eerste aanleg ingestelde, en in appel gehandhaafde, vorderingen is komen te ontvallen nu het werk is gegund aan BAM.

4. Het hof overweegt dat OHI heeft aangevoerd dat zij ten onrechte in de kosten van de procedure in eerste aanleg is veroordeeld (grief V) zodat zij reeds op die grond, gelet op de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (zie HR 22 september 2006, *JBPr* 2007, 56) voldoende procesbelang heeft om in haar hoger beroep te kunnen worden ontvangen.

5. Dit neemt niet weg dat, eveneens volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (vgl. HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 78), voor toewijzing van de gevraagde voorzieningen sprake moet zijn van een

¹ Leendert van den Berg is als advocaat werkzaam bij Severijn Hulshof Advocaten te Rotterdam.

spoedeisend belang bij die voorzieningen, welk belang moet bestaan op het moment van de uitspraak van het hof.

6. De provincie heeft het werk inmiddels gegund aan BAM, nadat zij daartoe van de voorzieningenrechter van de rechtbank toestemming had verkregen. De provincie heeft ook belang bij spoedige uitvoering van het werk, gelet op grote hoeveelheid ongelukken die op het betreffende wegtracé plaatsvinden. De provincie behoeft alvorens het werk te gunnen de appeltermijn niet af te wachten (Hof Leeuwarden, 19 april 2006, LJN AW4179). De tussen de provincie en BAM gesloten overeenkomst is geldig tot stand gekomen en, indien de rechter alsnog gebreken in de aanbestedingsprocedure zou vaststellen, wordt die overeenkomst niet, behoudens bijzondere omstandigheden, op die enkele grond aantastbaar (HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305).

7. Voor OHI resteert, indien een schending van het aanbestedingsrecht wordt vastgesteld, slechts een schadevergoedingsvordering, welke in beginsel op een geldbedrag moet worden begroot, zij het dat die onder omstandigheden in een andere vorm kan worden toegekend (artikel 6:103 BW). Tot die andere vormen van schadevergoeding kan het op enigerlei wijze het alsnog verkrijgen van de opdracht voor het werk worden begrepen (onder opzegging van de opdracht aan de partij aan wie is gegund), waarbij het hof overweegt dat een dergelijke vorm van schadevergoeding eerder bij een duuropdracht in beeld komt dan bij een eenmalig werk als het onderhavige, zeker als de partij aan wie gegund is de uitvoering reeds voortvarend ter hand heeft genomen.

8. OHI heeft haar (oorspronkelijke) vordering (weergegeven onder 1.2 van het vonnis waarvan beroep) niet als een vordering tot vergoeding van de schade geformuleerd. De primaire vordering behelst het verbod voor de provincie om het werk aan een ander dan OHI te gunnen. Deze vordering is, nu reeds is gegund, achterhaald en niet meer toewijsbaar, zodat het belang daarbij ontbreekt. Hetzelfde geldt voor de subsidiaire vordering tot afbreken van de aanbestedingsprocedure en het starten van een nieuwe aanbestedingsprocedure. Door de gunning is de aanbestedingsprocedure geëindigd. Derhalve resteert in deze procedure alleen de proceskostenveroordeling ten laste van OHI als in aanmerking te nemen belang aan haar zijde.

Ten aanzien van de grieven I tot en met IV

9. Deze grieven strekken allen ten betoge dat het ontbreken van een handtekening op het inschrijvingsbiljet de aanschrijving ongeldig maakt en dat het de provincie niet was toegestaan om BAM in

staat te stellen dit verzuim te herstellen. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

10. Als meest vergaande stelling heeft OHI het standpunt betrokken dat op grond van artikel 2.25.1 van het ARW 2005 elke inschrijving die niet voldoet aan de eisen, gesteld in de ARW, de aankondiging, het bestek of de nota van inlichtingen, ongeldig is, zonder dat, indien de notaris de incompleetheid heeft geconstateerd, een herstelkans kan worden geboden. Artikel 2.18.2 van het ARW bepaalt dat het inschrijvingsbiljet ondertekend moet zijn door de inschrijver.

11. Het hof overweegt dat de ARW 2005 niet een zo rigide knock-out stelsel bevat als door OHI wordt betoogd. Artikel 2.26, eerste lid, staat toe dat de aanbestedder op non-discriminatoire wijze de inschrijvers om verduidelijking kan vragen, waarbij onderhandelingen over fundamentele punten van de opdracht zijn uitgesloten. Artikel 2.14.4 van de ARW bepaalt dat de aanbestedder bij eenvoudig te herstellen gebreken de betrokken ondernemer in de gelegenheid moet stellen om binnen een termijn van twee werkdagen het gebrek te herstellen. Dit artikel heeft weliswaar betrekking op bewijsstukken als bedoeld in de artikelen 2.7 tot en met 2.13 van het ARW 2005, doch dient naar 's hofs oordeel analogoos te worden toegepast op soortgelijke gebreken in andere documenten teneinde recht te doen aan het zorgvuldigheidsbeginsel en evenredigheidsbeginsel. Als algehele regel in het verkeer met overheidsinstellingen geldt dat de particulier in beginsel in de gelegenheid moet worden gesteld eventuele verzuimen daarbij binnen een redelijke termijn te herstellen (zie ondermeer artikel 4.5, eerste lid, laatste volzin). Ook in het communautaire recht is sprake van een enigszins vergelijkbaar evenredigheidsbeginsel dat het vragen om precisering onder bepaalde omstandigheden zelfs verplicht stelt (zie het arrest Tideland, GEA EG 27 september 2002, zaak T211/02, met name r.o. 42 en volgende).

12. De provincie heeft in het aanbestedingsdocument niet voor een stringenter formulering gekozen dan het ARW 2005. Artikel 3.4 van het aanbestedingsdocument kent de provincie expliciet het recht toe om bij de inschrijvers om verduidelijking en/of aanvulling van ontbrekende gegevens te vragen.

13. Deze herstelkans kan eerst worden benut na opening van de aanbestedingen door de notaris, die ze in een gesloten enveloppe in ontvangst heeft genomen. Voordien heeft de provincie daarvan uiteraard geen kennis kunnen nemen.

14. De grieven stuiten hierop af. Grief V, die betrekking heeft op het dictum en de proceskostenveroor-

deling, behoeft in dit licht geen verdere behandeling.

De slotsom

15. Het hof zal OHI niet-ontvankelijk verklaren in haar primaire en subsidiaire vordering en voor het overige de grieven verwerpen, het vonnis waarvan beroep bekrachtigen en OHI, als de in het ongelijk te stellen partij, in de kosten van de procedure in appel veroordelen, voor wat het salaris voor de advocaat betreft te begroten op 1 punt naar tarief II. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

In eerdere annotaties² schreef ik eens dat aanbestedingsrecht formaliteitenrecht is. Waar de grondbeginselen van aanbestedingsrecht immers gelijkheid, objectiviteit en transparantie zijn, is een formele benadering van een aanbestedingsprocedure vaak de enige manier om recht te doen aan deze beginselen. Een ieder die wil meedoen aan een aanbesteding dient immers volgens vaste rechtspraak voorafgaand aan de aanbesteding te weten waar hij aan toe is en dient een goede inschatting van zijn kansen te kunnen maken. Dat kan eigenlijk alleen maar indien aan de eenmaal gestelde criteria strak de hand wordt gehouden. En dat, terwijl het formuleren van zodanige voorwaarden en criteria dat enerzijds deze beginselen niet in gevaar komen en anderzijds het doel van de aanbesteding – het in de markt zetten van een overheidsopdracht – toch wordt bereikt, als een hele opgave wordt ervaren door menig aanbestedder. Vandaar dat veel aanbestedingsgeschillen zien op de uitleg van de door de aanbestedder gestelde criteria en verder op de toetsing van de rechtsgeldigheid van aanbiedingen.

Op de toetsing van de rechtsgeldigheid van een aanbesteding zag ook deze procedure bij het Hof Leeuwarden. In een tijdbestek van iets meer dan drie maanden viste hier een inschrijver in twee instanties achter het net. Het geschil was daarbij betrekkelijk overzichtelijk. In een aanbestedingsprocedure van de provincie Friesland (volgens het ARW 2005) had de laagste inschrijver verzuimd zijn inschrijvingsbiljet te ondertekenen. Op het inschrijfbiljet was wel een bedrijfsstempel aangebracht en de begeleidende brief was ondertekend door een bestuurder maar het biljet zelf was niet getekend. De Provincie heeft dat opgemerkt en heeft de laagste inschrijver gevraagd om – bij wijze van (volgens de Provincie) verduidelijking – alsnog een ondertekend biljet in te vullen. De laagste inschrijver voldeed aan dit verzoek en de Provin-

cie wilde vervolgens aan hem gunnen. De opvolgende inschrijver achtte dit echter onrechtmatig en spande een kort geding aan.

In het kader van de eerder door mij gegeven kenschets van het aanbestedingsrecht als formaliteitenrecht zou de uitkomst even eenvoudig hebben kunnen zijn. Het niet (bevoegd) ondertekenen van het inschrijfbiljet is het niet voldoen aan een gestelde formaliteit, hetgeen tot ongeldigheid van de betreffende inschrijving zou leiden. Het liep echter anders. In twee instanties oordeelde de rechter echter dat deze ‘aanvulling’ toelaatbaar was en de ontbrekende handtekening niet tot ongeldigheid leidde. De Voorzieningenrechter oordeelde in eerste aanleg dat er sprake was van een kennelijke omissie. Hij achtte daarvoor van belang dat de andere documenten die ondertekend moesten worden wel ondertekend waren, er wel een stempel op het inschrijfbiljet stond en het inschrijfbiljet op briefpapier van de betreffende inschrijver was afgedrukt. De Voorzieningenrechter achtte van belang dat er sprake was van een onvolkomenheid die op eenvoudige wijze kan worden hersteld en verder dat in de aanbestedingsstukken de mogelijkheid van het vragen van een aanvulling was opengelet. De mededinging zou niet in gevaar zijn geweest nu de laagste inschrijver zijn inschrijving inhoudelijk niet heeft gewijzigd en inschrijvers zouden er niet gerechtvaardigd op hebben mogen vertrouwen dat een niet volledige inschrijving per definitie ongeldig verklaard zou worden. Het Hof volgt de Voorzieningenrechter en vult diens overwegingen aan met een analoge toepassing van artikel 2.14.4 AWR 2005 waarin aanbesteders verplicht worden een termijn van twee werkdagen te bieden voor het herstellen van eenvoudig te herstellen gebreken die de selectiedocumenten betreffen. Het Hof gaat nog verder en formuleert een algemene regel voor het verkeer met overheidsinstellingen die inhoudt dat een particulier in dat verkeer in beginsel in de gelegenheid moet worden gesteld eventuele verzuimen binnen een redelijke termijn te herstellen, waarbij het Hof ook in het communautaire recht een dergelijk beginsel meent te ontwaren. Ook bij het Hof bleef de gunningbeslissing derhalve overeind.

Is mijn benaming ‘formaliteitenrecht’ dan nog wel houdbaar? En is dit een uitspraak die navolging verdient? Beide vragen beantwoord ik met ja en nee. Eerst de eerste vraag. Het Hof oordeelt niet dat niet aan de gestelde formaliteiten behoefte te worden voldaan maar vindt de ondertekening van het inschrijfbiljet een kennelijke fout die hersteld mag worden. Daarnaast levert een kort onderzoek naar de stand van de rechtspraak een veelvoud aan

² RvA 27 oktober 2005, No. 27.908 (*Inhoudelijke eisen*), m. gastnt. L.C. van den Berg, BR 2006, p. 951 en Vzgnr. Rb. Amsterdam 8 maart 2007, zaaknr. 361820/KG ZA 07-155 AB/JR (*Model K-verklaring*), m.gastnt. L.C. van den Berg, BR 2007, p. 633.

uitspraken op waarin juist aan formaliteiten strak de hand gehouden wordt (zie bijvoorbeeld Vzng. Den Haag 21 juli 2008, LJN:BD9891, Vzng. Roermond 17 juli 2008, LJN: BD8702, Vzng. Maastricht 13 maart 2007, LJN: BA0781). Nog altijd formaliteitenrecht dus. Indien echter de algemene regel die het Hof formuleert wordt gevolgd, zou ieder verzuim wel herstelbaar lijken te zijn. Van formaliteitenrecht is dan geen sprake meer.

Dan de tweede vraag; verdient deze uitspraak navolging? Vanuit de praktijk zal deze vraag waarschijnlijk bevestigend worden beantwoord omdat het niet zelden voorkomt dat een inschrijver uitglijdt op een oncompleteheid van of onjuistheid in zijn aanbieding. Een zo algemene regel als het Hof formuleert zou dan uitkomst kunnen bieden. Ook hier is echter ook een ontkennend antwoord mogelijk en misschien wel meer op zijn plaats. Zo heeft de regelgever van het BAO en het ARW de mogelijkheden voor het aanvullen van inschrijvingen nogal beperkt omschreven. Het Hof past bijvoorbeeld de 'twee dagen regel' voor de aanvulling van eenvoudig te herstellen gebreken analoog toe en geeft hieraan een ruimere strekking. Dit, terwijl de regelgever deze regeling juist zeer beperkt heeft opgeschreven en het aan de praktijk heeft overgelaten wat wel of niet als 'eenvoudig te herstellen gebrek' moet worden aangemerkt. Daarmee wordt in de praktijk nog dagelijks geworsteld. Een duidelijk voorbeeld waar deze regel niet toegepast wordt betreft het K-formulier (de verklaring van de statutair bestuurder omtrent het mededingingsrechtelijk handelen van de inschrijver bij inschrijving) dat aanleiding heeft gegeven voor zeer strenge en rechtlijnige rechtspraak. Toch zou het alsnog zetten van een handtekening onder dat formulier eenvoudig te herstellen zijn en zou een dergelijke aanvulling (in de woorden van de Voorzieningsrechter) de mededinging niet hoeven te schaden nu de inschrijving op zich niet wordt gewijzigd. Interessant is overigens dat nog het vonnis in eerste aanleg, noch het arrest vermelden of hier het K-formulier wel was ondertekend. Mij kan worden tegengeworpen dat dit geen goed voorbeeld is nu het ontbreken van het K-formulier een expliciete ongeldigheid oplevert onder het ARW en die ongeldigheid expliciet door de regelgever is gewild. De 'aanvullingsregel' is hier door de regelgever dus al op voorhand uitgesloten. Er zijn echter vele andere voorbeelden te noemen waarin de redenering van de Voorzieningsrechter en van het Hof kwetsieus zou uitpakken. Denk aan de uitspraken over het tijdig indienen van de inschrijving of over fouten in de aangeboden aanneemsom. Bij die onderwerpen zou de door het Hof gestelde algemene regel naar mijn mening al gauw

voor problemen zorgen. Komt de mededinging in gevaar als een inschrijving vijf minuten te laat wordt ingediend? Meermaals is geoordeeld van wel, waarbij de onderliggende redenering was dat er in die vijf minuten andere inschrijvers geweest konden zijn die van inschrijving afgezien zouden hebben omdat ze toch al te laat waren. Ook in dit geval kan de vraag gesteld worden of de mededinging echt niet in gevaar kwam door het gewraakte verzuim. Waar rechtbank en Hof alleen relevant achten dat de betreffende inschrijver zijn inschrijving niet meer heeft gewijzigd, zou ook gesteld kunnen worden dat die inschrijver na de aanbesteding nog de keuze had om zijn bieding wel of niet te 'bekrachtigen' met een handtekening. Gelet op de eis van bevoegde vertegenwoordiging van een onderneming en het feit dat juist de onderneming zelf daar een beroep op kan doen, zou de onderneming bij een onverhoopt veel te lage bieding zich op deze wijze nog aan diens bieding onttrokken kunnen hebben. Ook dat lijkt mij relevant voor de mededinging omdat de tweede inschrijver die mogelijkheid niet heeft.

Dan is er nog een - heel - ander interessant aspect in het arrest van het Hof. Zoals gezegd heeft de hele rechtsbescherming zich afgespeeld in een tijdbestek van iets meer dan drie maanden. Minder dan een week na de uitspraak in eerste aanleg heeft de Provincie het werk aan de laagste inschrijver gegund. Enkele dagen daarna, op 18 juli 2008, is reeds (inhoudelijk) spoedappèl ingesteld. De bezwaarde inschrijver heeft zich dus bepaald proactief opgesteld. Onder verwijzing naar het arrest *Uneto/De Vliert*³ (waarin werd geoordeeld dat een gebrek in de aanbestedingsprocedure niet tot nietigheid van de vervolgens gesloten overeenkomst leidt) oordeelt het Hof desondanks dat de bezwaarde inschrijver slechts een vordering tot schadevergoeding resteert en geen aanspraak meer kan maken op het werk. Het Hof oordeelt daarbij relevant dat de laagste inschrijver voortvarend met het werk is begonnen. De inhoudelijke vorderingen die strekten tot een verbod tot gunning aan een derde danwel het afbreken van de aanbestedingsprocedure en heraanbesteding stranden hier reeds op. Deze benadering is vanuit de geformuleerde vorderingen mogelijk begrijpelijk nu uit het arrest niet kan worden opgemaakt dat de bezwaarde inschrijver ook vorderingen geformuleerd had voor het geval reeds zou zijn opgedragen. Doorgaans wordt voor dergelijke gevallen immers opzegging van de reeds gesloten overeenkomst gevorderd. Is dat niet gevorderd dan kon het Hof zoiets ook niet toewijzen. Zou het echter wel zijn gevorderd en zou het Hof een dergelijke vordering met dezelfde overwegingen hebben afgewezen dan zou dat

3 HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305.

vanuit het perspectief van een effectieve rechtsbescherming in aanbestedingszaken in het licht van de Europese rechtspraak naar mijn mening onaanvaardbaar zijn. Waar het Hof immers verwijst naar *Uneto-De Vliert*, laat het de vele uitspraken die sindsdien zijn geweest waarin aanbesteders een gebod opgelegd kregen om een reeds gesloten overeenkomst op te zeggen, ten onrechte buiten beschouwing. Waar er –zoals hier– toch buitengewoon voortvarend is geprocedeerd zou het door de laagste inschrijver evenzeer voortvarend opgepakt zijn van het werk niet zonder meer een reden

mogen zijn om de mogelijkheid om via de rechter alsnog het werk te verkrijgen op voorhand door te strepen.

Terugkerend naar het begin van deze noot. Weet een ieder nu waar hij aan toe is? Zowel ten aanzien van de mate van toelaatbaarheid van aanvullingen van inschrijvingen als ten aanzien van de mogelijkheid om in kort geding gevolgd door spoedappél een werk te bemachtigen, vrees ik van niet.

L.C. van den Berg