

Aanbesteding



Leendert van den Berg
Severijn Hulshof Advocaten

Formaliteitenrecht?

In 2006 heb ik in een annotatie in *Bouwwrecht*¹ aanbestedingsrecht 'formaliteitenrecht' genoemd. Deze uitspraak is mij veelvuldig in aanbestedingszaken nagedragen, doorgaans daar waar ik zelf de marges opzocht van datzelfde aanbestedingsrecht.

Kan acht jaar later nog steeds gezegd worden dat aanbestedingsrecht formaliteitenrecht is of is die term achterhaald?

De grondbeginselen van aanbestedingsrecht zijn objectiviteit en transparantie, welke beginselen weer voortvloeien uit het doel inschrijvers en gegadigden gelijk te behandelen. Dat lukt alleen indien alle inschrijvers en gegadigden dezelfde wedstrijd kunnen spelen en de voor die wedstrijd gestelde regels ook daadwerkelijk zo worden toegepast als vooraf te verwachten viel door een met voldoende vakkennis uitgeruste deelnemer aan de aanbesteding. De nationale rechtspraak op dit punt is helder en gebaseerd op de jurisprudentie van het Europese Hof.² De voor een aanbesteding gestelde criteria moeten steeds zo duidelijk, precies en ondubbelzinnig worden geformuleerd dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte daarvan kunnen begrijpen en op dezelfde manier kunnen interpreteren. Alleen dan is de aanbestede ook in staat om appels met appels te vergelijken. De uitlegmaatstaf voor aanbestedingsstukken is daarmee ook gegeven, de (logische) interpretatie van diezelfde (doorsnee-)inschrijver is maatgevend. Daarbij dient die inschrijver op basis

van de uitgebreide 'Grossmann-docrine'³ wel tijdig tijdens de aanbesteding vragen te stellen over (vrijwel) alles wat hem niet meteen duidelijk is. Doet hij dat niet dan zal de aanbestede doorgaans met succes kunnen stellen dat een eventuele onduidelijkheid ten nadele van de niet proactieve inschrijver moet worden uitgelegd. Op basis van deze uitgangspunten werd aanbestedingsrecht al gauw het eerder door mij beschreven formaliteitenrecht. Door het strikt handhaven van eenmaal gestelde voorwaarden konden aanbesteders immers niet het verwijt krijgen dat zij inschrijvers ongelijk behandelden. Indien aanbesteders hun formele vereisten echter niet goed doordacht hadden voorafgaand aan de aanbesteding kon dat echter tot (zeer) onwenselijke uitkomsten leiden.

In de loop van de tijd hebben bestekschrijvers getracht dergelijke problemen te ondervangen door het opnemen van bepalingen in aanbestedingsstukken die een volstrekte instemming van de inschrijvers vooronderstelden met alle voor een aanbesteding gestelde bepalingen. Indien zij niet binnen bijvoorbeeld twee weken na ontvangst bepalingen uit aanbestedingsstukken aan de kaak zouden stellen, zouden zij het recht verwerken dat op een later moment alsnog te doen. In vrijwel ieder hedendaags bestek zijn dergelijke bepalingen opgenomen. Daarnaast zijn bestekschrijvers beter gaan nadenken over het stellen van fatale voorwaarden. Zo werden bepalingen waarin een absolute uitsluiting van inschrijvers was opgenomen omgeschreven naar bepalingen waarin een beoordelingsvrijheid voor de aanbestede was verwoord ('kan' in plaats van 'zal'). Met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet vorig jaar is deze tendens ook wettelijk verankerd nu daarin een zekere deformalisering van het aanbestedingsrecht is ingezet. Zo kan onder vigeur van de Aanbestedingswet voor veel eisen volstaan worden met eigen verklaringen en maakt de Gids Proportionaliteit toetsing mogelijk van eisen die al te snel tot vervelende gevolgen leiden.

Een mooi voorbeeld van hedendaags formaliteitenrecht blijkt uit een uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag van 25 juli 2014.⁴ Aan de orde was een aanbesteding van Rijkswaterstaat. Deze had in de aanbestedingsstukken voor een aanzienlijke opdracht voor het onderhoud van vaarwerken opgenomen dat de in te dienen plannen van aanpak maximaal tien pagina's mochten beslaan, inclusief de daarbij behorende bijlagen en tekeningen. Met recht een formaliteit maar wel een die als eis geformuleerd was in de aanbestedingsstukken. Rijkswaterstaat wilde echter toch gunnen aan een partij die een plan van aanpak van 11 pagina's had ingediend. Hij stelde daartoe dat op het niet respecteren van de betreffende eis geen specifieke sanctie zou staan en dat verder een ongeldigverklaring van de betreffende bieding disproportioneel zou zijn. De rechter deelde deze visie echter niet. Op basis van verschillende bepalingen uit de aanbestedingsstukken en het ARW 2012 oordeelt hij dat een inschrijving die niet voldoet aan de gestelde eisen ongeldig is. Tezelfdertijd oordeelt hij ook dat het niet aangaat – in het licht van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie – om achteraf ongeldigverklaring achterwege te laten omdat ongeldigheid disproportioneel zou zijn. Daarbij liet de rechter zich overigens mede leiden door de constatering dat de inschrijver die het voorschrift had geschonden een andere pagina wilde weglaten dan Rijkswaterstaat (hetgeen niet bepaald zou bijdragen aan objectiviteit en transparantie). En zo zag een inschrijver vanwege één extra pagina een aanzienlijk werk aan zich voorbijgaan.

Deze uitspraak geeft aan dat aanbestedingsrecht nog altijd formaliteitenrecht kan zijn. Toch geeft de ontwikkeling van de Europese rechtspraak een genuanceerder beeld. In het SAG-arrest⁵ overwoog het Hof van Justitie als volgt: 'Artikel 2 staat er in het bijzonder evenwel niet aan in de weg dat, in uitzonderlijke gevallen, de gegevens van de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke

materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld.' In het *Manova*-arrest⁶ voegde het Hof van Justitie daaraan toe: 'Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat het beginsel van gelijke behandeling aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet ertegen verzet dat een aanbestedende dienst na afloop van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een overheidsopdracht een gegadigde verzoekt documenten over te leggen waarin diens situatie wordt beschreven, zoals de gepubliceerde balans, en waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure, voor zover de stukken van die aanbesteding niet uitdrukkelijk de overlegging ervan voorschreven op straffe van uitsluiting van de inschrijving. Een dergelijk verzoek mag niet ten onrechte in het voordeel of nadeel zijn van de gegadigde of gegadigden tot wie dit verzoek is gericht.' Deze twee arresten – die in de aanbestedingsrechtelijke rechtspraak inmiddels gemeengoed aan het worden zijn – geven aan dat eenvoudige correcties in biedingen niet alleen toelaatbaar zijn maar ook *moeten* worden toegelaten. De grens is daarbij dat een precisering of correctie niet mag leiden tot een feitelijk nieu-

we inschrijving en dat herstel van gebreken waarop een specifieke uitsluiting is gezet niet mogelijk is.

Dat daarmee het woord weer aan de rechter is om aan de hand van de feiten van de zaak te bepalen wat wel herstelbaar is en wat niet blijkt bijvoorbeeld uit een recente uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland⁷ waarin zowel het *SAG*-arrest als het *Manova*-arrest aan de orde kwam. Door een inschrijver was verzuimd een certificaat van een onderaannemer over te leggen, daar waar dat wel expliciet was voorgeschreven door de aanbesteder. Nadat de voorzieningenrechter had vastgesteld dat de bieding hierdoor onvolledig was, oordeelde hij onder verwijzing naar de genoemde arresten dat het alsnog aanvullen van de inschrijving niet tot een nieuwe inschrijving zou leiden nu aan de voorwaarden van het *SAG*-arrest zou zijn voldaan. Daar waar de Haagse rechter een teveel van één pagina fataal oordeelde, oordeelde de Utrechtse rechter dat een essentieel deel van de bieding nog mocht worden toegevoegd. Uit een andere zeer recente Utrechtse uitspraak⁸ blijkt juist weer een zeer formele benadering. Een inschrijver die het uploaden van een bieding op *Tenderned* niet voor elkaar kreeg voor het vastgestelde tijdstip van 10 uur zag dit met ongeduldigheid van zijn bieding bestraft.

De voorzieningenrechter oordeelde dat het gelijkheidsbeginsel strikte naleving vereiste van voor een aanbesteding gestelde regels en dat voor een billijkheidscorrectie geen plaats was. De bieding was zeven minuten te laat binnengekomen. Deze uiteenlopende oordelen geven aan dat de formaliteiten in aanbestedingen nog altijd van belang zijn en dat het – zoals in de rechtspraak te doen gebruikelijk – aan de omstandigheden van het geval zal liggen of het niet respecteren van formaliteiten fataal kan zijn.

De formaliteiten zijn daarmee in het aanbestedingsrecht nog onverkort van belang maar of een formaliteit een inschrijver (of aanbesteder) fataal kan zijn hangt meer dan ooit af van de omstandigheden van het geval ...

1. BR 2006, p. 948, m.nt. L. Knoups en L.C. van den Berg.
2. Onder meer *EVN en Wienstrom* (HvJ EG 4 december 2003, C-448/01) en *Succhi di Frutta* (HvJ EG 29 april 2004, C-496/99).
3. Vernoemd naar het *Grossmann Air Service*-arrest (HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02).
4. ECLI:NL:RBDHA:2014:10786.
5. HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10.
6. HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12.
7. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 30 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3251.
8. Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, zaaknr. C/16/372840/KG ZA 14-497.