

AANBESTEDEN

Mogelijk 'leuren' de kop ingedrukt

Een aanbestedende dienst die onder een onwettig aanbestedingsresultaat uit wil komen door nagenoeg dezelfde opdracht opnieuw aan te besteden, handelt in strijd met het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel en de precontractuele goede trouw. Dit 'leuren' wordt voorkomen doordat de aanbestedende dienst verplicht is om de opdracht bij heraanbesteding wezenlijk te wijzigen.



Ruben Chee,
Severijn Hulshof
Advocaten

DOOR RUBEN CHEE

Recentelijk deed de voorzieningenrechter van rechtbank Den Haag (18 september 2018, ECLI:NL:RBD-HA:2018:11407) uitspraak in een kwestie die in de kern draaide om deze problematiek. De vraag was of de wijzigingen in de heraanbestede opdracht wezenlijk waren. Het ging om een Europese openbare aanbestedingsprocedure van de gemeente Den Haag voor de levering van groen gas. De eer-

ste aanbesteding werd door de aanbestedende dienst ingetrokken na een zich voortslepende discussie met inschrijver nr. 2 over de geldigheid van de inschrijving van de voorgenomen winnaar. Als motivering voor de intrekking geeft de aanbestedende dienst aan dat de uitvraag niet aansluit op de markt van groen gas. Ten overvloede merkt de aanbestedende dienst nog op dat de voorgenomen winnaar een ongeldige inschrijving heeft gedaan en enkel inschrijver nr. 2 een geldige inschrijving had gedaan, waardoor het concurrentieniveau te laag is. De Gemeente zegt toe de opdracht bij heraanbesteding wezenlijk te wijzigen.

De heraanbestede opdracht komt op de markt en inschrijver nr. 2 ruikt onraad en vraagt bij nota van inlichtingen op welke punten de uitvraag wezenlijk

verschilt van de eerdere procedure. De aanbestedende dienst antwoordt dat er een drietal wijzigingen is doorgevoerd: 1) de verplichting tot levering van 100% additioneel gas reeds in 2023, 2) het formuleren van nieuwe biedparameters en 3) de snelheid waarmee tot additioneel groen gas wordt overgegaan wordt meegenomen in de prijsberekening. Inschrijver nr. 2 is niet overtuigd en start onderhavig kort geding.

Wijziging van de specificaties van de opdracht zelf bepalend

De uitdrukkelijke toezegging dat de opdracht wezenlijk gewijzigd zou worden, maakt volgens de voorzieningenrechter gelet op het gewekte vertrouwen bij inschrijvers - dat de aanbestedende dienst gehouden was om de opdracht ook daadwerkelijk wezenlijk te wijzigen.

Vervolgens beoordeelt de voorzieningenrechter of er sprake is van een wezenlijk gewijzigde opdracht. Zij maakt duidelijk dat het moet gaan om een wezenlijke wijziging van de specificaties van de opdracht zelf. Het wijzigen van selectiecriteria levert geen wezenlijke wijziging op. De wijziging van de beoordelingssystematiek (biedparameters) evenmin. Daarom blijft enkel het eerste punt over, namelijk de verplichting tot levering van 100% additioneel gas in 2023.

De voorzieningenrechter stelt vast dat

de verplichting tot levering van 100% additioneel gas in 2023 een wijziging is ten opzichte van de eerste uitvraag, waarin die verplichting pas per 2026 gold. Vervolgens toetst zij aan de hand van de criteria zoals die zijn geformuleerd in het zogenoemde Presetext-arrest (HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06) of dit een wezenlijke wijziging is.

Presetext-arrest

Op grond van het Presetext-arrest kan een wijziging worden aangemerkt als wezenlijk wanneer:

(i) zij de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen;

(ii) zij het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld; of

(iii) zij voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen

De voorzieningenrechter overweegt ten eerste dat geen sprake is van een uitbreiding van diensten, aangezien de verplichting om additioneel groen gas te leveren al bestond bij aanbesteding 1. Ook is het economisch evenwicht van de overeenkomst niet in het voordeel gewijzigd van de opdrachtnemer, omdat de wijziging een verzwarende van de gestelde eis inhoudt. Een verzwarende van een eis leidt evenmin tot een grotere kring van gegadigden. Tot slot zal de gewijzigde eis niet tot de keuze voor een andere offerte leiden dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen. Inschrijvers nr. 1 en nr. 2 uit de eerste aanbesteding voldeden immers al ruimschoots aan de verzwarende eis.

Conclusie

Conclusie: geen wezenlijke wijziging. De voorzieningenrechter oordeelt dat de opdracht niet wezenlijk gewijzigd is en dat de gemeente aldus gehouden is de tweede aanbesteding in te trekken en ingetrokken te houden. Deze uitspraak toont wat mij betreft de noodzaak aan van het wezenlijke wijzigen van de opdracht bij heraanbesteding. Mogelijk leuren wordt daarmee de kop ingedrukt. De voorgenomen winnaar uit de eerste aanbestedingsprocedure kreeg bij aanbesteding 2 als het ware een tweede kans om wel een geldige inschrijving te doen onder nagenoeg dezelfde voorwaarden. Dat kan en mag niet.