

Jurisprudentie Alarm

Herstel wijze van indienen inschrijfprijs
terecht.

De zaak

De Stichting Hoger Beroepsonderwijs Haaglanden ('de Hogeschool') organiseert een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de levering van Online Marketingdiensten en daaraan gerelateerde dienstverlening. Een inschrijver dient zijn inschrijving in door beantwoording van de vragen en waar nodig alle gevraagde bijlagen en formulieren – waaronder het door de Hogeschool opgemaakte Prijzenblad – in te vullen en te uploaden. In het Aanbestedingsdocument is bepaald dat inschrijvingen die op wezenlijke punten afwijken van de aanbestedingsstukken en inschrijvingen die worden gedaan onder wezenlijk afwijkende voorwaarden, onrechtmatig en ongeldig zijn en leiden tot uitsluiting van de inschrijver.

In de Nota van Inlichtingen is er in vraag 30 op gewezen dat slechts één uurtarief met een factor vier vermenigvuldigd wordt en dat bij vijf van de zes onderwerpen de uurtarieven met een factor twee zijn vermenigvuldigd. Dit terwijl volgens de toelichting in het prijzenblad de inschrijfprijs wordt berekend op basis van de maximale contractduur van vier jaar. De Hogeschool corrigeert dit door een nieuw prijzenblad beschikbaar te stellen waarin de aangeboden uurtarieven voor alle onderwerpen met een factor vier zijn vermenigvuldigd. Inschrijvers dienen dit nieuwe prijzenblad te gebruiken.

Uit het proces-verbaal van opening blijkt dat drie inschrijvers, waaronder Happy Horizon B.V. ('Happy Horizon'), hebben ingeschreven met een inschrijfprijs die lager ligt dan die van The Conversion Department B.V. ('TCD'). TCD heeft de Hogeschool erop gewezen dat zij voor alle zes onderwerpen het laagst toegestane uurtarief van € 75,00 heeft geoffreerd en dat het dus niet mogelijk zou moeten zijn om een inschrijfprijs te offren die lager ligt dan haar inschrijfprijs. De Hogeschool publiceert daarop een nieuw proces-verbaal met daarin hogere inschrijfprijzen van de betreffende drie inschrijvers. Deze hogere inschrijfprijzen zijn blijkens het bericht van de Hogeschool het gevolg van 'een kennelijke omissie ontstaan in het prijzenblad Inschrijfprijs'

Uit de voorlopige gunningsbeslissing blijkt vervolgens dat de Hogeschool voornemens is de Opdracht te gunnen aan Happy Horizon omdat zij volgens de Hogeschool de inschrijving is met de beste prijs-kwaliteitverhouding. TCD maakt bezwaar tegen dit besluit. Volgens TCD is de inschrijving ongeldig, omdat gebruik is gemaakt van het oude prijzenblad en de Hogeschool inschrijvers ten onrechte in de gelegenheid heeft gesteld om dit gebrek te herstellen.

De voorzieningenrechter benoemt de vaste rechtspraak ten aanzien van het herstel van gebreken en de beperkte bevoegdheid die een aanbestedende dienst daarbij heeft. Ook voegt de voorzieningenrechter daar aan toe dat, op grond van vaste jurisprudentie, onder omstandigheden binnen de grenzen van de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie er op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht ('Awb') op een aanbestedende dienst toch een verplichting kan rusten tot het bieden van een mogelijkheid tot herstel of aanvulling.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat iedere behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver op basis van de toelichting in het Prijzenblad en de beantwoording van vraag 30 in de Nota van Inlichtingen heeft kunnen en moeten begrijpen op basis van welke formule de inschrijfprijs aan de hand van de aangeboden uurtarieven wordt berekend. Daarom kan niet gezegd worden dat Happy Horizon door indiening van het oude Prijzenblad, met daarin voor vijf onderwerpen een vermenigvuldigingsfactor twee in plaats van vier, beoogd heeft onder een wezenlijk afwijkende voorwaarde in te schrijven. Ook is er geen aanleiding te veronderstellen dat Happy Horizon het oude Prijzenblad strategisch heeft ingevuld. Het overzetten van de door Happy Horizon geoffreerde uurtarieven van het oude naar het nieuwe Prijzenblad heeft er uitsluitend toe geleid dat de ingediende inschrijvingen qua berekende inschrijfprijs in één oogopslag objectief met elkaar vergeleken konden worden. Evenmin heeft Happy Horizon als gevolg van dit herstel concurrentievoordeel genoten, de eerlijke mededinging is hierdoor dus ook niet geschaad. Onder deze omstandigheden moet het er dan ook voor worden gehouden dat Happy Horizon bij het indienen van haar inschrijving abusievelijk het oude in plaats van het nieuwe Prijzenblad heeft ingevuld.

Ondanks dat het indienen van een onjuiste (lees: verouderde) versie van het Prijzenblad in de aanbestedingsstukken met uitsluiting is gesanctioneerd, oordeelt de voorzieningenrechter dat op grond van de omstandigheden een verplichting op de Hogeschool rustte om Happy Horizon een herstelmogelijkheid te bieden. De Hogeschool was daarom niet gehouden om de inschrijving van Happy Horizon als ongeldig terzijde te leggen.

Juridisch kader & Rechters aan het woord

- Het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling staan in beginsel niet toe dat een inschrijver zijn inschrijving na het sluiten van de inschrijvingstermijn nog wijzigt of aanvult.
- In het SAG ELV Slovensko-arrest oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) dat een aanbestedende dienst in uitzonderlijke gevallen de bevoegdheid heeft tot het bieden van herstel. De aanbestedende dienst mag een inschrijver verzoeken zijn inschrijving te verbeteren of aan te vullen, mits het slechts een eenvoudige precisering betreft, dan wel het herstel van een kennelijke materiële fout. Het is niet toegestaan dat door de verbetering of aanvulling een nieuwe inschrijving wordt gedaan.
- Het HvJEU oordeelde in het Manova-arrest overigens dat geen mogelijkheid tot herstel mag worden geboden als stukken ontbreken en de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk voorschrijven dat het ontbreken van stukken wordt gesanctioneerd met uitsluiting. Uit artikel 3:1 lid 2 van de Awb in verbinding met artikel 3:14 BW volgt dat het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 van de Awb van toepassing is op handelingen van aanbestedende diensten. De Rechtbank Midden-Nederland

en de [Rechtbank Limburg](#) oordeelden in 2021 dat dit onder meer kan betekenen dat de aanbestedende dienst moet nagaan of de materiële inhoud van de inschrijving waaraan een fout kleeft aan de eisen voldoet en of de fout zich voor herstel leent.

Tips voor de praktijk

Wees in het prijzenblad duidelijk over de functie van het gebruik van (fictieve) aantallen en de wijze van doorrekening naar de te beoordelen inschrijfprijs.

➤ Beschrijf en visualiseer welke onderdelen in het prijzenblad door inschrijvers ingevuld dienen te worden en op basis van welke (uur)tarieven en/of stuksprijzen uit welke cellen in het prijzenblad de daadwerkelijke facturering plaatsvindt.

➤ Benoem in de aanbestedingsdocumenten de bevoegdheid van de aanbestedende dienst om zich het recht voor te behouden om opheldering te vragen en herstel van een eenvoudig te herstellen gebrek toe te staan.

➤ Controleer als een inschrijvingsdocument niet, onvolledig of onjuist is ingevuld of de verlangde informatie of de verlangde informatie tijdig door de inschrijver is verstrekt in de inschrijvingsdocumenten of onmiskenbaar uit de inschrijving is af te leiden. In dat geval dient de aanbestedende dienst dit in beginsel op te vatten als een herstelbare vergissing.

➤ Let er bij het bieden van herstel op dat de inschrijver niet in de gelegenheid wordt gesteld zijn inschrijving materieel te wijzigen. Zie in dat verband ook de tips voor de praktijk die wij gaven in [Jurisprudentie Alarm editie nr. 3/2023](#).



MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze [website](#).

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met [Van Doorne Advies](#)
Advocaten, notarissen & fiscalisten en [EPSA Procurement](#).

epsa[™]
PROCUREMENT

Van Doorne