



# AANBESTEDING VERLOREN? NEEM NIET ZOMAAR CONTACT OP MET DE AANBESTEDENDE DIENST!



## DE ZAAK

SWB Midden Twente (SWB) organiseert een Europese openbare aanbesteding voor het uitvoeren van onderhoud in het buitengebied van de gemeentes Hof van Twente en Hengelo. Na bekendmaking van de gunningsbeslissing neemt een eerste afgewezen inschrijver telefonisch contact op met SWB om zijn bezwaren te uiten. Volgens deze afgewezen inschrijver is de inschrijfsom van de winnende inschrijver abnormaal laag en kan dit niet zonder gevolgen blijven. Een tweede afgewezen inschrijver neemt ook SWB telefonisch contact op om vergelijkbare bezwaren te uiten. Een week later stuurt de eerste afgewezen inschrijver ook nog een e-mail naar SWB met een terugbelverzoek. SWB deelt mee dat het later terug zal komen op het verdere verloop van de aanbesteding. Uit de verificatie blijkt dat de bieding van de winnende inschrijver gewoon geldig is en SWB deelt dit mee aan de afgewezen inschrijvers. De afgewezen inschrijvers starten vervolgens een kort geding.

De voorzieningenrechter gaat eerst in op een formeel verweer van SWB. De aanbestedingsstukken bepalen dat het inschrijvers verboden is, op straffe van uitsluiting, contact te zoeken met SWB anders dan via TenderNed. De twee afgewezen inschrijvers hebben telefonisch contact opgenomen met SWB en één van hen heeft ook nog een e-mail gestuurd

naar SWB. De voorzieningenrechter constateert dat deze inschrijvers daardoor het contactverbod hebben overtreden en dat zij moeten worden uitgesloten van de aanbesteding. De aanbestedingsstukken bieden ook geen ruimte voor een proportionaliteitstoets ("op straffe van uitsluiting"). Zelfs al zou die ruimte er zijn geweest, dan is uitsluiting van de twee afgewezen eisers onder de gegeven omstandigheden – door tweemaal te bellen en een e-mail te sturen om de gunningsbeslissing te beïnvloeden – volgens de voorzieningenrechter ook niet buitenproportioneel.

De **voorzieningenrechter** komt dus niet toe aan de inhoudelijke bezwaren van de afgewezen inschrijvers. SWB heeft succesvol verweer gevoerd op dit formele punt. De voorzieningenrechter verwoordt het als volgt: "Deze uitkomst komt wellicht formalistisch over, maar bij een aanbesteding zijn meer partijen betrokken die stuk voor stuk (grote) belangen hebben en (juist) daarom zijn het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel centrale beginselen van het aanbestedingsrecht en deze beginselen worden welbeschouwd geraakt door de handelwijze van [eisers]." De vorderingen van de twee afgewezen inschrijvers worden afgewezen.



## JURIDISCH KADER

- Communicatie tussen een aanbestedende dienst en de deelnemers van een aanbesteding vindt in beginsel elektronisch plaats (artikel 2.52a Aw2012). Een toelichting op de aanbestedingsstukken vindt plaats door het stellen van (schriftelijke) vragen en het geven van (schriftelijke) antwoorden in een of meer nota's van inlichtingen (artikel 2.53 lid 1 Aw2012).
- Alleen niet essentiële elementen worden mondeling besproken. Wanneer er mondeling wordt gecommuniceerd, moet dit op papier worden vastgelegd (artikel 2.52bAw 2012). Dat laatste geldt overigens niet voor een evaluatiegesprek na bekendmaking van een gunningsbeslissing.
- Aanbestedende diensten geven aan deze wetsartikelen vaak een nadere invulling door in de aanbestedingsstukken een bepaling op te nemen die inschrijvers verplicht communicatie enkel via de verantwoordelijke inkoper (bijvoorbeeld via TenderNed) te laten verlopen. Vaak wordt daar de sanctie van uitsluiting aan gekoppeld wanneer een inschrijver toch op een andere manier probeert contact op te nemen met de aanbestedende dienst (zo ook in deze zaak: "op straffe van [automatische] uitsluiting").
- De beginselen van transparantie en gelijke behandeling liggen hieraan ten grondslag. Voorkomen moet worden dat een inschrijver buiten de andere inschrijvers om de aanbesteding in eigen voordeel – en daarmee in het nadeel van de anderen – kan beïnvloeden. Dit raakt de kern van het aanbestedingsrecht, waarbij inschrijvers gelijke kansen moeten hebben om een opdracht te verkrijgen en het risico op concurrentievervalsing moet worden tegengegaan. Dergelijke (schijn van) beïnvloeding kan tijdens de gehele aanbesteding plaatsvinden, dus ook na bekendmaking van een gunningsbeslissing.
- Het proportionaliteitsbeginsel brengt met zich mee dat een aanbestedende dienst, in de overweging om een inschrijver uit te sluiten vanwege het overtreden van het contactverbod, de proportionaliteit van deze maatregel moet overwegen (als die ruimte er is).



## RECHTERS AAN HET WOORD

- Het **gerechtshof Den Haag** oordeelde in 2020 dat het toegestaan is een contactverbod op te nemen in de aanbestedingsstukken. Een contactverbod strekt ertoe de gelijke behandeling van inschrijvers te waarborgen en te voorkomen dat inschrijvers op een niet transparante manier contact hebben met een aanbestedende dienst. Automatische uitsluiting bij overtreding van een contactverbod verbod is dan ook een proportionele sanctie, gelet op het belang dat door een contactverbod wordt beschermd, aldus het gerechtshof.
- Uit de **Manova**-zaak van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat een aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht dient te nemen. Dit geldt ook voor een contactverbod. Bepalen de aanbestedingsstukken dat een inschrijver onder bepaalde omstandigheden wordt uitgesloten? Dan is er in beginsel ook geen ruimte meer voor een proportionaliteitstoets. De inschrijver moet in dat geval ook daadwerkelijk worden uitgesloten, aldus de Hoge Raad in het arrest **Connexion/Staat**.
- Uitsluiting in geval van contact met een aanbestedende dienst vóór bekendmaking van de gunningsbeslissing is proportioneel, oordeelde **de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag**. Dat geldt zeker wanneer er telefonisch contact wordt opgenomen met een lid van het beoordelingsteam. In een andere zaak achtte **de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag** uitsluiting eveneens proportioneel, omdat een inschrijver een paar dagen voor sluiting van de inschrijvingstermijn contact opnam met de aanbestedende dienst, in strijd met het contactverbod.
- In een uitspraak van **de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant** werd geoordeeld dat een inschrijver die ná bekendmaking van de gunningsbeslissing telefonisch contact zocht met de gemeente, eveneens terecht was uitgesloten. Ook in een uitspraak van **de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg** werd een als tweede geëindigde inschrijver die ongeoorloofd contact zocht met de aanbestedende dienst na bekendmaking van de gunningsbeslissing op juiste gronden uitgesloten van een aanbesteding.
- **De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag** oordeelde dat een aanbestedende dienst géén gegronde reden had om een inschrijver uit te sluiten van (verdere deelname aan) een aanbesteding na overtreding van het contactverbod, ook al was in de aanbestedingsstukken de sanctie 'op straffe van uitsluiting' opgenomen. Volgens de voorzieningenrechter viel niet in te zien dat oneerlijke concurrentie had plaatsgevonden, omdat de gunningsbeslissing al genomen was op het moment dat de eiser het contactverbod overtrad. In een andere zaak van **de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam** werd een inschrijver uitgesloten omdat hij na bekendmaking van de gunningsbeslissing telefonisch contact opnam met twee wethouders. In die zaak achtte de voorzieningenrechter uitsluiting ook niet proportioneel, omdat de gunningsbeslissing al bekend was gemaakt. Daardoor was er geen sprake van beïnvloeding van het beoordelingsresultaat, aldus de voorzieningenrechter.



## TIPS EN ADVIEZEN VOOR DE PRAKTIJK

- Het is als inschrijver verleidelijk snel even telefonisch contact te zoeken met een aanbestedende dienst als je een aanbesteding verloren hebt. Deze zaak laat (wederom) zien dat de gevolgen daarvan verstrekking kunnen zijn. Je kunt een rechtszaak verliezen vanwege de schending van een contactverbod en dan komt de rechter niet eens toe aan jouw inhoudelijke bezwaren. Houd je als inschrijver dus altijd aan een contactverbod. Heb je als inschrijver toch behoefte aan telefonisch contact of een fysiek overleg? Vraag dan eerst via de in de aanbestedingsstukken voorgeschreven weg of de aanbestedende dienst instemt met dergelijk contact.
- Het is voor een aanbestedende dienst overigens niet verplicht de sanctie van automatische uitsluiting te koppelen aan een overtreding van een contactverbod. Het is ook toegestaan een proportionaliteitstoets op te nemen in de aanbestedingsstukken. Wij raden aan dat te doen. Schrijf dus op dat een schending van een contactverbod "kan" leiden tot uitsluiting (en niet automatisch "leidt tot uitsluiting"). Daarmee bouw je ruimte in om de proportionaliteit van een (eventuele) uitsluiting te toetsen.
- Bezie – wanneer je daadwerkelijk te maken krijgt met een schending van een contactverbod – of uitsluiting onder de gegeven omstandigheden proportioneel is. Wees erop bedacht dat rechters daar wisselend over oordelen (zie 'Rechters aan het woord' hierboven). Het is als aanbestedende dienst dan ook niet altijd even helder of je in geval van een schending van een contactverbod tot uitsluiting van de betreffende inschrijver dient over te gaan. Twijfel je over het al dan niet uitsluiten van een inschrijver? Win dan deskundig advies in.

### EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP