



AANBESTEDENDE DIENST HAD ONDERNEMING MOETEN UITNODIGEN VOOR ONDERHANDELINGEN



DE ZAAK

Het Energieloket verschaft inwoners van Rotterdam informatie en advies over energiebesparingen. De gemeente Rotterdam houdt een aanbesteding voor het 'Energieloket 2.0'. Drie partijen, waaronder WoonWijzerWinkel, schrijven in op deze aanbesteding. De gemeente informeert WoonWijzerWinkel dat zij de opdracht gegund krijgt, omdat de twee andere inschrijvingen op deze aanbesteding ongeldig zijn verklaard. Eén van de afgewezen inschrijvers stelt dat de inschrijving van WoonWijzerWinkel óók ongeldig verklaard zou moeten worden, omdat WoonWijzerWinkel niet zou (kunnen) voldoen aan alle eisen uit het Programma van Eisen. De gemeente stelt verificatievragen aan WoonWijzerWinkel en komt tot de conclusie dat WoonWijzerWinkel inderdaad niet zal (kunnen) voldoen aan alle eisen uit het Programma van Eisen. De gemeente verklaart de inschrijving van WoonWijzerWinkel ongeldig en start een mededingingsprocedure met onderhandeling zonder aankondiging, zodat het Energieloket 2.0 alsnog gerealiseerd kan worden.

WoonWijzerWinkel hoopt de opdracht alsnog gegund te krijgen in de mededingingsprocedure met onderhandeling. De gemeente besluit WoonWijzerWinkel echter niet uit te nodigen voor deze procedure, omdat deelname van WoonWijzerWinkel zinloos zou zijn. Volgens de gemeente is de kans namelijk klein dat WoonWijzerWinkel op tijd zal (kunnen) voldoen aan alle eisen uit het Programma van Eisen. WoonWijzerWinkel is het daar niet mee eens en start een kort geding.

De voorzieningenrechter geeft WoonWijzerWinkel gelijk. De gemeente heeft erkend dat het WoonWijzerWinkel vrij staat een geheel nieuwe inschrijving in te dienen in het kader van de mededingingsprocedure met onderhandeling. Het is niet aan de gemeente om op voorhand te beoordelen welke partij wel of niet zal (kunnen) voldoen aan de eisen die de gemeente stelt in de mededingingsprocedure met onderhandeling. Dat geldt zeker aangezien het gaat om uitvoeringseisen waaraan inschrijvers moeten voldoen bij aanvang van de opdracht (en dus niet op de datum van inschrijving). De gemeente moet WoonWijzerWinkel alsnog uitnodigen voor deelname aan de mededingingsprocedure met onderhandeling.



JURIDISCH KADER

- Een mededingingsprocedure met onderhandeling is een procedure waarbij alle ondernemers naar aanleiding van een aankondiging een verzoek mogen doen tot deelneming, maar uitsluitend de door de aanbestedende dienst geselecteerde ondernemers een eerste inschrijving mogen indienen en waarbij door middel van onderhandelingen met een of meer van hen naar definitieve inschrijvingen wordt toegewerkt (artikel 1.1 Aanbestedingswet).
- De mededingingsprocedure met onderhandeling mag worden toegepast in de volgende vijf gevallen: (1) in de behoeften van de aanbestedende dienst kan niet worden voorzien zonder aanpassing van gemakkelijk beschikbare oplossingen, (2) het betreft onder meer ontwerp- of innovatieve oplossingen, (3) de overheidsopdracht kan wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico's niet worden gegund worden zonder voorafgaande onderhandelingen, (4) de aanbestedende dienst kan de technische specificaties niet nauwkeurig genoeg vaststellen op basis van een norm, Europese technische beoordelingen, een gemeenschappelijke technische specificatie of een technisch referentiekader in de zin van de punten 2 tot en met 5 van bijlage VII van richtlijn 2014/24/EU, of (5) wanneer in het kader van een openbare of niet-openbare procedure uitsluitend onregelmatige inschrijvingen (artikel 2.28 lid 3 Aanbestedingswet) of onaanvaardbare inschrijvingen (artikel 2.28 lid 4 Aanbestedingswet) zijn ingediend (artikel 2.30 lid 1 Aanbestedingswet in samenhang met artikel 2.28 lid 1 sub a en sub b Aanbestedingswet).
- Ten aanzien van deze laatste situatie (5) geldt het volgende. Wanneer uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend, mag de mededingingsprocedure met onderhandeling zonder aankondiging worden toegepast, mits aan deze (vervolg)aangebesteding alleen inschrijvers deelnemen die (i) niet zijn uitgesloten op grond van de uitsluitingsgronden van artikel 2.86 Aanbestedingswet en artikel 2.87 Aanbestedingswet, (ii) aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen en (iii) een inschrijving hebben ingediend die aan de formele eisen van de eerdere procedure voldeed. Bovendien mogen de oorspronkelijke voorwaarden voor de overheidsopdracht niet wezenlijk worden gewijzigd (artikel 2.28 lid 2 Aanbestedingswet). Dat is verklaarbaar, omdat aanbestedende diensten in geval van een wezenlijke wijziging in beginsel een volledig nieuwe aanbestedingsprocedure moeten starten mét aankondiging (een heraanbesteding op grond van het leerstuk van de wezenlijke wijziging; zie artikel 2.163a e.v. Aanbestedingswet).

- Artikel 2.32 Aanbestedingswet bepaalt dat een aanbestedende dienst zonder voorafgaande bekendmaking één-op-één mag onderhandelen met een ondernemer, wanneer voldaan is aan drie cumulatieve voorwaarden. Ten eerste moet de aanbestedende dienst aantonen dat hij geen of geen geschikte inschrijving heeft ontvangen in het kader van een eerdere openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure die hij om die reden heeft beëindigd. Volgens de Europese Commissie gaat het hierbij om inschrijvingen die “onaanvaardbaar of onregelmatig zijn”, waarbij “de inhoud ervan volstrekt niet beantwoordt aan de aanbesteding” en “de offerte volstrekt ongeschikt is om aan de behoeften van de aanbestedende diensten te voldoen”. Een ongeschikte inschrijving kan als het ware gelijk worden gesteld met een inschrijving die “niet is gedaan”, omdat de inhoud dusdanig afwijkt van hetgeen is uitgevraagd. Ten tweede mogen de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd in de daaropvolgende onderhandelingsprocedure (zie ook hiervoor). Ten derde moet de aanbestedende dienst de Europese Commissie op verzoek een verslag over de stand van zaken kunnen overleggen. Tot slot is van belang dat aanbestedende diensten overheidsopdrach-

ten niet mogen opstellen met het doel deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van het aanbestedingsrecht of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. Zie ook een **eerdere editie van het Jurisprudentie Alarm** over dit onderwerp.

- **Het Aanbestedingsreglement Werken 2016** heeft andere regels dan de Aanbestedingswet ten aanzien van de omstandigheden waaronder een aanbestedende dienst mag besluiten tot het vervolgen van een mislukte aanbesteding met een mededingingsprocedure met onderhandeling. Op grond van artikel 2.28 lid 1 sub b Aanbestedingswet mag dat alleen als er uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend. Het ARW 2016 stelt deze beperking niet. Als de aanbestedende dienst de meest gerede inschrijving als onaanvaardbaar aanmerkt, dan vervolgt hij de procedure – overeenkomstig artikel 2.36.4 ARW 2016 – met een mededingingsprocedure met onderhandeling of een concurrentiegerichte dialoog. Dat neemt evenwel niet weg dat een aanbestedende dienst bij een Europese aanbesteding (ook) altijd artikel 2.28 Aanbestedingswet in acht moet nemen.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Een aanbestedende dienst hoeft een mededingingsprocedure met aankondiging niet aan te kondigen wanneer de inschrijvers op de eerdere aanbesteding een inschrijving hebben ingediend conform de ‘formele eisen’ van deze eerdere procedure (en voldaan is aan de andere voorwaarden van artikel 2.28 lid 2 Aanbestedingswet; zie hiervoor). De vraag rijst wat ‘niet voldoen aan de formele eisen’ van een eerdere procedure precies inhoudt.
- **De voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland** oordeelde dat een eerdere inschrijving moet zijn ingediend en ingericht overeenkomstig de formele regels die voor deze aanbestedingsprocedure gelden. Dat betekent dat de inschrijving tijdig moet zijn ingediend, begrijpelijk is toegelicht, serieus valt te nemen en geen blijk geeft van bedrog of manipulatie. Inschrijvers met inschrijvingen die geheel of gedeeltelijk niet-besteksconform zijn, komen volgens deze voorzieningenrechter dan ook in aanmerking om deel te kunnen nemen aan het vervolg op de eerdere aanbesteding.
- **De voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland** ziet in de mededingingsprocedure waarbij geen aankondiging wordt gedaan een compromis voor gevallen waarin de gewone mededinging niet heeft geleid tot een of meer aanbiedingen die aan de behoeften van de aanbestedende dienst voldoen. Het gaat daarbij met name om onregelmatige inschrijvingen, die wel voldoen aan de ‘formele eisen’, maar die niet besteksconform zijn, waardoor niet aan de materiële eisen wordt voldaan. Ook inschrijvingen die niet-besteksconform zijn, dienen volgens deze voorzieningenrechter te worden opgevat als inschrijvingen die in overeenstemming zijn met de formele eisen van de

aanbestedingsprocedure.

- **De voorzieningenrechter van rechtbank Den Haag** oordeelde dat een aanbestedende dienst mag weigeren een inschrijver uit te nodigen voor een vervolprocedure, indien zijn inschrijving niet voldoet aan ‘materiële eisen’ die de aanbestedende dienst stelt en die de aanbestedende dienst ook niet zou aanpassen in de vervolprocedure.
- **De voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht** oordeelde dat een inschrijver die geen ongeldige inschrijving heeft ingediend in een eerdere procedure, kwalificeert als een inschrijver die een inschrijving heeft ingediend die aan de formele eisen van die voorafgaande procedure voldoet.
- De Commissie van Aanbestedingsexperts overwoog in haar **Advies 508** dat een aanbestedende dienst een mededingingsprocedure met onderhandeling ten onrechte niet had aangekondigd. Doordat het gunningscriterium ‘de beste prijs- kwaliteitsverhouding’ was gewijzigd in het gunningscriterium ‘laagste prijs’ en in de mededingingsprocedure met onderhandeling ook ontwerpwerkzaamheden van de inschrijvers werden uitgevraagd, is sprake van een wezenlijke wijziging. De mededingingsprocedure met onderhandeling had moeten worden aangekondigd.
- In een zaak van **de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam** houdt de gemeente Amsterdam een aanbesteding voor onderhoud van openbare verlichting. De opdracht bestaat uit twee percelen. De gemeente verklaart alle inschrijvingen op het tweede perceel ongeldig en is voornemens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te starten op grond van artikel 2.32 Aanbestedingswet.

Volgens een afgewezen partij is een inschrijving alleen ongeschikt als zij niet relevant is voor de opdracht, omdat zij zonder ingrijpende wijzigingen kennelijk niet voorziet in de in de aanbestedingsstukken omschreven behoeften en eisen van de aanbestedende dienst. De voorzieningenrechter oordeelt dat de gemeente zich nog eens moet beraden over de vraag of de inschrijvingen op het tweede perceel daadwerkelijk ongeldig zijn in de zin van artikel 2.32 Aanbestedingswet. De voorzieningenrechter legt echter geen verbod op het starten van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking op, omdat deze procedure in de eerste plaats is aangespannen om uit te

maken of een inschrijving van de afgewezen partij (on) geldig is.

- In een uitspraak van **de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland** was een inschrijving ten onrechte ongeldig verklaard. De aanbestedende dienst had niet op juiste gronden gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot het starten van een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. De opdracht was inmiddels wel al aan een derde gegund en de voorzieningenrechter legt daarom een verbod op tot (verdere) uitvoering van met de derde gesloten overeenkomst.



TIPS EN ADVIEZEN VOOR DE PRAKTIJK

- Het komt regelmatig voor dat een aanbesteding mislukt omdat geen enkele inschrijver aan alle (uitvoerings)eisen blijkt te kunnen voldoen. Als aanbestedende dienst heb je dan (onder meer) de mogelijkheid een mededingingsprocedure met onderhandeling te starten om de opdracht nog een keer in de markt te zetten en te gunnen. Je krijgt als het ware een 'tweede kans'.
- Als aanbestedende dienst hoef je deze vervolprocedure niet aan te kondigen, mits voldaan is aan een aantal wettelijke voorwaarden (zie hiervoor: 'Juridisch kader'). Dit zijn limitatieve voorwaarden. Als aanbestedende dienst mag je hier geen voorwaarden aan toevoegen.
- Maak je als aanbestedende dienst gebruik van de mogelijkheid een mededingingsprocedure met onderhandeling te starten zonder aankondiging? Dan dien je alle afgewezen inschrijvers gelijk te behandelen. Je dient iedere partij die deelnam aan de voorafgaande aanbesteding en die (1) niet is uitgesloten, (2) voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen en (3) een inschrijving heeft ingediend die aan de formele eisen van die aanbestedingsprocedure voldeed, toe te laten tot deze procedure. Bovendien mag je de oorspronkelijke voorwaarden voor de overheidsopdracht niet wezenlijk wijzigen.
- Heb je het vermoeden dat een inschrijver niet zal (kunnen) voldoen aan de gestelde (uitvoerings)eisen? Dat is in beginsel geen reden om een dergelijke inschrijver niet uit te nodigen voor de vervolprocedure. Of deze inschrijver al dan niet zal (kunnen) voldoen aan de (uitvoerings)eisen, zal moeten blijken uit zijn inschrijving. Het is in beginsel niet aan jou als aanbestedende dienst – en in strijd met het gelijkheidsbeginsel – om daar op voorhand een oordeel over te vellen.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves
Benefit

VANDOORNE[⊕]

Het
NIC.

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com