



INSCHRIJVER GEEFT SCHRIFTELIJKE TOELICHTING NA PRESENTATIE: UITSLUITING



DE ZAAK

Vijf gemeenten houden een Europese openbare aanbesteding voor advies over de energietransitie. Drie partijen, waaronder de Combinatie, doen een inschrijving en verzorgen een presentatie over hun bieding. In een eerste gunningsbeslissing krijgt de Combinatie te horen dat haar presentatie niet hoog gewaardeerd werd. Die gunningsbeslissing wordt ingetrokken en de Combinatie stuurt vervolgens een TenderNed-bericht om uit te leggen waarom de beoordeling van (onder meer) haar presentatie niet correct zou zijn en dat de Combinatie op basis van deze toelichting vertrouwt op een vakkundige herbeoordeling. In een nieuwe (herziene) gunningsbeslissing sluiten de gemeenten de Combinatie uit van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure, omdat de Combinatie met haar TenderNed-bericht geprobeerd heeft de beoordelingscom-

missie te beïnvloeden. De Combinatie vecht de uitsluiting aan in kort geding.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag oordeelt dat de Combinatie terecht is uitgesloten. De aanbestedingsstukken bepalen dat "elke positieve of negatieve beïnvloeding op welke manier dan ook leidt tot onmiddellijke uitsluiting van (verdere) deelname aan deze aanbesteding, tenzij dit in het specifieke geval disproportioneel is". Door na het geven van de presentatie een bericht te sturen met nadere toelichting, heeft de Combinatie geprobeerd de beoordelingscommissie te bewegen aan haar inschrijving een hogere score toe te kennen. De gemeenten hebben deze poging tot beïnvloeding terecht met uitsluiting gesanctioneerd en die maatregel is in dit geval proportioneel, aldus de voorzieningenrechter.



JURIDISCH KADER

- Communicatie tussen de aanbestedende dienst en de deelnemers vindt in beginsel elektronisch plaats (artikel 2.52a Aanbestedingswet 2012).
- Een ondernemer kan inlichtingen vragen over de aanbesteding. De aanbestedende dienst beantwoordt de gestelde vragen in een of meer nota's van inlichtingen, die hij aan alle gegadigden of inschrijvers verzendt (artikel 2.53 Aw 2012).
- Aanbestedende diensten geven aan deze artikelen vaak een nadere invulling door in de aanbestedingsstukken een bepaling op te nemen die inschrijvers verplicht communicatie enkel via de verantwoordelijk inkoper en via een bepaald publicatieplatform 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. Eenzelfde sanctie wordt vaak voorgeschreven voor pogingen tot beïnvloeding van de beoordelingscommissie.
- Het proportionaliteitsbeginsel brengt met zich mee dat een aanbestedende dienst, in de overweging om een inschrijver uit te sluiten vanwege een overtreding van een voorschrift uit de aanbestedingsstukken de proportionaliteit van deze maatregel moet overwegen. Echter: bepalen de aanbestedingsstukken dat een inschrijver onder bepaalde omstandigheden wordt uitgesloten? Dan is er 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.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Uit onder meer de arresten Succhi di Frutta en Manova 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.
- In de rechtspraak wordt wisselend geoordeeld over overtredingen van het contactverbod. Zo bespraken wij in de JA! van 23 november 2020 het oordeel van de voorzieningenrechter dat de aanbestedende dienst geen gegronde redenen had om eiseres uit te sluiten van (verdere deelname aan) de aanbesteding na overtreding van het contactverbod, ook al was in de aanbestedingsstukken de sanctie 'op straffe van uitsluiting' opgenomen. In de JA! nr. 9 van 2021 bespraken wij een geval waarin een inschrijver werd uitgesloten omdat hij na bekendmaking van de gunningsbeslissing telefonisch contact opnam met twee wethouders. In die zaak achtte de voorzieningenrechter uitsluiting disproportioneel, omdat de gunningsbeslissing al bekend was gemaakt. Daardoor was er geen sprake van beïnvloeding van het beoordelingsresultaat.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- In deze zaak nam een inschrijver – conform de communicatievoorschriften – contact op via TenderNed, om een presentatie nader toe te lichten. De aanbestedingsstukken bepaalden dat iedere poging tot beïnvloeding van de beoordelingscommissie in beginsel leidt tot uitsluiting van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure, en daarom werd de inschrijver uitgesloten. Maar je kunt je afvragen of je als aanbestedende dienst wel zo streng wilt zijn. Er zijn immers ook andere oplossingen (dan uitsluiting) denkbaar in dit soort situaties (zoals het simpelweg negeren van het verzonden bericht). Overweeg dus een minder vergaande bepaling op te nemen in de aanbestedingsstukken.
- Beschrijf in de aanbestedingsstukken in ieder geval duidelijk wat de gevolgen zijn van overtreding van een contactverbod.
- Voor inschrijvers is de boodschap simpel: houd je aan de communicatievoorschriften. Is er een contactverbod of een verbod tot beïnvloeding van de beoordelingscommissie op welke wijze dan ook? Houd je daar aan, voor én na bekendmaking van het gunningsvoornemen. Heb je 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.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE 

Aeves 
Benefit

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com