



MET ELKAAR STRIJDIGE BEGINSELEN; WELKE GAAT VOOR?



DE ZAAK

De gemeente Tilburg (hierna: de gemeente) kondigt een Europese openbare aanbesteding aan voor onder meer het leveren van servers, storage- en netwerkcomponenten. De aanbestedingsdocumenten vermelden dat de opdracht wordt gegund aan de inschrijver die voldoet aan de gestelde geschiktheids- en minimumeisen en de laagste prijs aanbiedt. HET IT schrijft in op deze aanbesteding, biedt de laagste prijs aan en heeft daarmee de economisch meest voordelige inschrijving gedaan. De gemeente laat weten daarom voornemens te zijn de opdracht aan HET IT te gunnen. Daarna ontvangt HET IT echter een brief van de gemeente waarin deze bericht dat de beoordeling van de inschrijvingen niet volledig is geweest, dat de gemeente de gunningsbeslissing intrekt en overgaat tot herbeoordeling van de ontvangen inschrijvingen. Uit deze herbeoordeling blijkt vervolgens dat HET IT geen Uniform Europees Aanbestedingsdocument ('UEA') en uittreksel uit het Handelsregister bij haar inschrijving heeft gevoegd (de gemeente bleek de eerste fase over te hebben geslagen en de inschrijvingen meteen aan de laagste prijs te hebben getoetst). De gemeente besluit de inschrijving van HET IT alsnog als ongeldig terzijde te leggen. Verder vermeldt de gemeente dat bij de herbeoordeling gebreken in het prijsblad zijn geconstateerd en dat de inschrijving ook om die reden terzijde gelegd moet worden. HET IT maakt bezwaar tegen de uitsluiting van haar inschrijving en start een kort geding.

De [voorzieningenrechter](#) overweegt dat zich door de werkwijze van de gemeente een botsing tussen de verschillende beginselen voordoet. Allereerst heeft de gemeente in strijd

gehandeld met het gelijkheids- en transparantiebeginsel door zich niet te houden aan haar eigen beoordelingscriteria. Door de eerste fase over te slaan en de inschrijvingen meteen te toetsen aan de laagste prijs, heeft de objectieve vergelijking van de inschrijvingen niet meteen plaatsgevonden. Het gelijkheidsbeginsel zou dan eigenlijk vereisen dat de ongeldige inschrijving alsnog - ten gunste van een andere inschrijver - ter zijde moet worden gelegd. De voorlopige gunningsbeslissing aan de inschrijvers is echter ook niet zorgvuldig voorbereid. Volgens de rechters komt in het aanbestedingsrecht doorgaans doorslaggevende betekenis toe aan toepassing van het gelijkheidsbeginsel, maar dat geldt niet voor situaties als deze. Het niet toetsen van de inschrijvingen aan de eerste fase kwalificeert als een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 van de Awb en leidt tot een ernstig gebrek in de aanbestedingsprocedure, die volgens de rechter maakt dat de procedure moet worden gestaakt. Met deze ernstige onzorgvuldigheid heeft de gemeente namelijk het aanzienlijke risico genomen dat de voorlopige gunningsbeslissing geen stand kon houden. Daarmee heeft de gemeente onvoldoende recht gedaan aan de belangen van alle inschrijvers, 'daaronder begrepen zij die niet zijn opgekomen tegen een negatieve gunningsbeslissing, die ervan mogen uitgaan dat alle inschrijvingen ook aan de eerste fase zijn getoetst'. De voorzieningenrechter oordeelt daarom dat onder deze omstandigheden het zorgvuldigheidsbeginsel eist dat de procedure wordt gestaakt (in plaats van dat de inschrijving op grond van het gelijkheidsbeginsel alsnog ten gunste van een andere inschrijver ter zijde wordt gelegd).



JURIDISCH KADER

- Het gelijkheidsbeginsel (art. 1.8 Aw 2012) en het daarmee samenhangende transparantiebeginsel (artikel 1.9 Aw 2012) brengen met zich mee dat een aanbestedende dienst in het aanbestedingsdocument opgenomen procedures strikt dient na te leven.
- Het bestuur van bepaalde aanbestedende diensten (waaronder het college van B&W van elke gemeente) kwalificeert ook als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht. Als zodanig is een dergelijk bestuursorgaan

bij het nemen van besluiten gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De belangrijkste beginselen zijn:

- o Het zorgvuldigheidsbeginsel: de overheid is verplicht alle relevante factoren en belangen in haar afwegingen te betrekken en haar taken zorgvuldig uit te voeren;
- o Het fair play-beginsel: de overheid handelt eerlijk, zonder vooringenomenheid of partijdigheid;
- o Het motiveringsbeginsel: de overheid is verplicht tot het opstellen van een draagkrachtige en kenbare motivering.

o Het rechtszekerheidsbeginsel: de overheid mag niet in strijd met de wet of de eigen procedures handelen en mag geen besluiten nemen die niet duidelijk zijn voor de burger of die voor de burger met terugwerkende kracht nadelige gevolgen hebben.

o Het vertrouwensbeginsel: door ambtenaren of de overheid opgewekt (gerechtvaardigd) vertrouwen moet worden gehonoreerd.

o Het gelijkheidsbeginsel: gelijke gevallen worden gelijk behandeld, ongelijke gevallen juist niet.



RECHTERS AAN HET WOORD

- In het arrest [Succhi di Frutta](#) heeft [het Hof van Justitie van de Europese Unie](#) overwogen dat een aanbestedende dienst gedurende de gehele aanbestedingsprocedure en ook gedurende de fase van uitvoering van de opdracht nauwgezet de door haarzelf vastgestelde criteria in acht dient te nemen.
- De voorzieningenrechter van [de rechtbank Den Haag](#) overwoog dat er situaties kunnen ontstaan waarbij toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur tot gevolg kan hebben dat deze beginselen voor de ene inschrijver anders uitpakken dan voor de andere inschrijver en ze dus met elkaar in strijd komen. Bij een dergelijke botsing dient door een afweging van alle omstandigheden van het geval te worden bepaald welk van de beginselen zwaarder weegt. In dit geval waren de onregelmatigheden dermate ernstig (een inschrijver was toegelaten terwijl hij niet aan de minimumeisen voldeed), dat de rechter van oordeel was dat het zorgvuldigheidsbeginsel zwaarder diende te wegen dan het gelijkheidsbeginsel. De aanbestedende dienst moest dan ook overgaan tot heraanbesteding, in plaats van het alsnog uitsluiten van de inschrijver.
- In een andere zaak bij [de rechtbank Den Haag](#) ging het ook om het botsen van beginselen. In deze zaak werd een inschrijving later alsnog ongeldig verklaard, wegens het niet voldoen aan een geschiktheidseis. De inschrijver had nagelaten om een VCA-certificaat en referentieopdrachten te overleggen. Vervolgens is de inschrijver nog in de gelegenheid gesteld haar VCA-certificaataanvraag en referenties in te dienen en heeft de Staat kenbaar gemaakt dat zij voornemens was om de opdracht aan deze partij te gunnen. Later heeft de Staat die beslissing ingetrokken en gesteld dat de inschrijver niet aan de minimumeisen voldeed. De inschrijver stelde dat hij in deze omstandigheden mocht vertrouwen op de mededeling van het bestuursorgaan dat de gunningsbeslissing werd gehandhaafd. De rechter oordeelde echter dat fouten voor herstel in aanmerking kwamen en dat dus het gelijkheidsbeginsel prevaleert boven het vertrouwensbeginsel.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Zorg er als aanbestedende dienst voor dat je je houdt aan je eigen spelregels en dat de procedures zoals beschreven in de aanbestedingsstukken ook worden nageleefd. Bouw ook controlemechanismen in, bijvoorbeeld door een persoon binnen de eigen organisatie verantwoordelijk te maken voor de naleving van alle in de aanbestedingsstukken beschreven procedures/formaliteiten. Zorg ervoor dat intern duidelijk is wie welke procedurestappen (wanneer) uitvoert. Leg in het aanbestedingsdossier vast of, wanneer en op welke wijze deze stappen zijn uitgevoerd.
- Wees u ervan bewust dat de mogelijkheden om al gesloten overeenkomsten te vernietigen in de toekomst waarschijnlijk worden verruimd bij grove schendingen van het aanbestedingsrecht. De staatsecretaris heeft in een [kamerbrief](#) uit 2021 aangegeven aan artikel 4.15 van de Aanbestedingswet 2012 een vierde vernietigingsgrond toe te voegen die de mogelijkheid biedt om een al gesloten overeenkomst in dat geval te kunnen vernietigen. Aan de precieze uitwerking van dit artikel wordt nog gewerkt. Er zal richting moeten worden gegeven aan wat wel en niet kwalificeert als 'grote schending van het aanbestedingsrecht'.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

Aeves
Benefit

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com