Jurisprudentie Alarm

Prijsformule aanpassen na inschrijving niet toegestaan



nr. 20

De zaak

De gemeente Katwijk houdt een aanbesteding voor een bouwproject. Inschrijvers op deze aanbesteding dienen vier prijzen in te vullen: bouwplaatskosten, bedrijfskosten, winst & risico en deelname bouwteam. De inschrijver met de laagste prijs per prijsonderdeel scoort maximaal op dat onderdeel en prijsscores van andere inschrijvers worden daaraan gerelateerd. Het inschrijfbiljet bevat hiervoor een voorbeeldformule, die (achteraf gezien) een fout blijkt te bevatten.

Eiseres eindigt als tweede in de ranking. De gemeente erkent dat de genoemde voorbeeldformule een fout bevat en daarom heeft de gemeente een andere formule gehanteerd. Deze aangepaste formule wordt pas na herhaald aandringen van (de als tweede geëindigde) eiseres en na de bekendmaking van de gunningsbeslissing aan eiseres bekendgemaakt. Volgens de gemeente heeft zij gekozen voor een gangbare formule die aansloot bij de bekendgemaakte beoordelingssystematiek.

Eiseres start een kort geding, omdat de gemeente een formule heeft gebruikt die niet vooraf aan inschrijvers bekend is gemaakt. Volgens eiseres is dit in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

De *voorzieningenrechter* is het eens met eiseres. De gemeente heeft niet transparant gehandeld door een vooraf bekendgemaakte formule na opening van de inschrijvingen te wijzigen. De prijsformule is een essentieel onderdeel van de puntentoekenning, omdat nergens anders in de aanbestedingsstukken is bepaald hoe prijzen van inschrijvers aan de laagste prijs per onderdeel worden gerelateerd. Het is bovendien aannemelijk dat een tijdig bekendgemaakte alternatieve formule tot andere inschrijvingen had kunnen leiden. Ook heeft de gemeente niet met berekeningen onderbouwd dat elke gangbare formule tot dezelfde winnaar zou hebben geleid. Ook wordt het de gemeente aangerekend dat deze wijziging niet uit eigen beweging aan inschrijvers bekend is gemaakt, maar pas na herhaald aandringen van eiseres. De voorzieningenrechter oordeelt dat de gemeente de formule voor puntentoekenning niet mocht wijzigen en dat dit gebrek alleen te herstellen is door middel van een heraanbesteding.

Juridisch kader

- **Artikel 1.8 Aw 2012** bepaalt dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen. Het gelijkheidsbeginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen, waarbij alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen. Dit beginsel schrijft voor dat alle inschrijvers onder gelijke voorwaarden moeten kunnen meedingen, zodat het risico op favoritisme en willekeur wordt uitgesloten.

- **Artikel 1.9 Aw 2012** betreft het transparantiebeginsel. Het transparantiebeginsel brengt de plicht met zich mee dat van te voren voor iedereen duidelijk moet zijn welke spelregels gehanteerd worden en de aanbestedende dienst dient die door hemzelf vastgestelde spelregels nauwgezet in acht te nemen.

- Een aanbestedende dienst dient de gunningscriteria en de wijze van beoordeling vooraf vast te stellen en bekend te maken (artikel 2.114 en 2.115 Aw 2012).

Rechters aan het woord

- Overeenkomstig het arrest HvJEU Succhi di Frutta dient een aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht te nemen. Deze rechtsregel vormde de kern van het oordeel dat de gemeente niet zomaar van formule mocht wisselen.
- In een uitspraak van begin dit jaar oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland eveneens dat een prijsformule na inschrijving niet mocht worden aangepast, als die een fout blijkt te bevatten. Volgens de voorzieningenrechter was sprake van een fundamenteel gebrek in de aanbestedingsprocedure.

Tips voor de praktijk

- Controleer als aanbestedende dienst rekenformules en rekenvoorbeelden in aanbestedingsstukken goed, voorafgaand aan publicatie. Een fout in een formule die de enige toelichting vormt op de puntentoekenning, kan meestal niet hersteld worden na het sluiten van de inschrijvingstermijn. Als je een dergelijke fout constateert, corrigeer dit dan direct, maak dit transparant bekend aan alle gegadigden/inschrijvers en verleng de inschrijftermijn waar nodig.

- Ook inschrijvers dienen beoordelingsformules vooraf goed te toetsen. Uit deze uitspraak blijkt dat het mogelijk is een na inschrijving aangepaste formule na de gunningsbeslissing met succes ter discussie te stellen. In het algemeen sta je echter sterker als je dergelijke afwijkingen of onduidelijkheden al in het kader van een nota van inlichtingen signaleert. Bovendien kun je daardoor mogelijk een heraanbesteding voorkomen.

MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze website.

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met Van Doorne Advocaten, notarissen & fiscalisten en EPSA Procurement.