

Jurisprudentie Alarm

Aanbesteding mislukt door
onduidelijkheid.

De zaak

De niet aanbestedingsplichtige Damster voetbalclub Appingedam ('DVC') besluit een meervoudig onderhandse aanbesteding te organiseren voor de nieuwbouw van een kantine, tribune en kleedruimte. DVC heeft het Aanbestedingsreglement Werken 2016 ('ARW 2016') van toepassing verklaard. De aanbesteding bestaat uit 2 percelen. Voor perceel 1, dat betrekking heeft op het voorbereiden en uitvoeren van bouwkundige werkzaamheden, wordt een aantal partijen uitgenodigd.

In de aanbestedingsbrief is vermeld dat de inschrijvingen gebaseerd moeten worden op diverse bijlagen, zoals een planning, bepalingen en tekeningen van het Definitieve Ontwerp ('DO'). De opdracht wordt gegund op basis van de laagste prijs. In de 'Algemene Bepalingen', een document waarop de inschrijving moet worden gebaseerd, is opgenomen wat wel en wat niet behoort tot de definitie van 'Hoofddraagconstructie'. Daaronder valt in ieder geval: "De volgens de tekeningen en/of berekeningen van de constructeur aangegeven constructies". Eén dag voor de inschrijfdatum komt de eisende partij tot de ontdekking dat constructieve onderdelen ontbreken op de DO-tekeningen van de constructeur. Na telefonisch contact met de constructeur besluit de eisende partij de ontbrekende elementen in haar inschrijving op te nemen en daarvoor extra kosten te rekenen. De kosten bedragen € 39.338,- en zijn apart benoemd bij 'opties (meer)prijzen' en geel gekleurd in haar offerte.

De inschrijvingen worden beoordeeld. Uit de beoordeling van de inschrijving van de eisende partij blijkt dat de eisende partij heeft ingeschreven met een bedrag dat slechts 577 euro hoger is dan dat van Bouwbedrijf 1. DVC besluit een verificatievraag te stellen aan de eisende partij of de genoemde kosten onderdeel uitmaken van haar werkzaamheden. De eisende partij bevestigt dit. DVC besluit vervolgens om te gunnen aan Bouwbedrijf 1. De eisende partij is het niet eens met de gunning en maakt een kort geding aanhangig. Zij stelt dat de kosten voor constructieve onderdelen op navraag van de constructeur zijn toegevoegd en dat zij de enige partij is die dat heeft gedaan.

De voorzieningenrechter overweegt dat DVC door het ARW 2016 van toepassing te verklaren de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht moet nemen. Het gelijkheidsbeginsel brengt onder meer mee dat DVC de door zichzelf opgestelde regels in de inkoopdocumenten op gelijke wijze jegens alle inschrijvers dient na te leven. Uit het transparantiebeginsel vloeit voort dat de voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aanbestedingsdocumenten dienen te worden vermeld. Op die manier kan er na het sluiten van de inschrijvingstermijn geen uitzondering worden gemaakt richting één of meerdere inschrijvers.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de beginselen van gelijkheid en transparantie zijn geschonden. Op basis van een taalkundige uitleg (conform de CAO-norm) komt de rechter tot de conclusie dat onderdelen die noodzakelijk zijn voor de veiligheid van het bouwwerk tot de hoofddraagconstructie behoren. De eisende partij draagt terecht aan dat het ontbreken van de constructieve elementen zou leiden tot een verhoogd risico op opwaaien en/of instorten van de luifel. Die hadden daarom onderdeel moeten zijn van de DO-tekeningen. Het verweer van DVC dat inschrijvers de constructieve elemen-

ten als 'overige bouwkundige constructie' hadden moeten inschatten en daarom zelf hadden moeten 'intekenen', volgt de rechter niet. Ook het argument van DVC dat een DO vanuit een bouwteamgedachte niet tot op spijkerniveau is uitgewerkt, leidt niet tot een ander oordeel. Hetgeen ontbreekt is daarvoor een te groot gebrek.

Het verweer van DVC dat de eisende partij op een eerder moment over deze onduidelijkheid een vraag had kunnen en moeten stellen, gaat niet op. Volgens de rechter is sprake van een zodanige onduidelijkheid in de aanbestedingsstukken dat op grond hiervan geen rechtmatige gunningsbeslissing genomen kan worden. De rechter oordeelt dat DVC de voorlopige gunningsbeslissing moet intrekken en de aanbesteding moet staken.

Juridisch kader

- Het ARW 2016 is bestemd voor het aanbesteden van Werken onder de Europese aanbestedingsdrempel en vult de Aanbestedingswet 2012 aan. Conform hoofdstuk 7 'Meervoudig onderhandse aanbesteding' van Deel III 'Algemene toelichting' moeten de beginselen uit Deel I van de Aanbestedingswet 2012 worden nageleefd.
- Het gelijkheidsbeginsel (artikel 1.8 Aw 2012) en het daarmee samenhangende transparantiebeginsel (artikel 1.9 Aw 2012) brengen mee dat een aanbestedende dienst de in het aanbestedingsdocument opgenomen procedures strikt dient na te leven.
- Het transparantiebeginsel en gelijkheidsbeginsel staan in beginsel niet toe dat inschrijvers hun inschrijvingen wijzigen of aanvullen nadat de termijn voor het indienen van inschrijvingen is gesloten.

Rechters aan het woord

- Het Succhi di Frutta-arrest van het Hof van Justitie heeft beslist dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen beoogt te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden. In deze casus is dat door de onvolledige DO tekeningen niet mogelijk.
- Het Grossmann-arrest van het HvJ EG betreft een overheidsopdracht voor 'occasionele vluchten' voor de Oostenrijkse regering en haar delegaties. Grossmann vraagt de aanbestedingsstukken op en komt tot de conclusie dat de aanbesteding is toegeschreven naar één partij (Lauda Air) en dat de aanbestedingsvoorwaarden dus discriminerend zijn. Grossmann besluit evenwel geen inschrijving te doen en stapt, pas nadat Grossmann met het gunningsbesluit bekend is geworden, naar de rechter. Onder deze omstandigheden acht het Hof het toegestaan dat een inschrijver wordt geacht "geen belang" te hebben bij de gunning van de betrokken opdracht. Grossmann had eerder moeten klagen.
- De rechtbank Midden-Nederland oordeelde in 2013 dat sprake was van een fundamenteel gebrek in de aanbesteding. In dit geval ging het over de gunningssystematiek. Een cruciaal onderdeel van die systematiek kon op verschillende manieren worden uitgelegd, hetgeen in strijd is met het transparantiebeginsel.
- In 2022 deed het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uitspraak over een andersoortig fundamenteel gebrek in een aanbesteding. De aanbestedende dienst had in zijn aanbestedingsstukken zo weinig informatie meegegeven, dat het niet mogelijk was een passende en concurrerende inschrijving te doen, noch ingediende inschrijvingen objectief met elkaar te kunnen vergelijken op een manier die een eerlijke mededinging waarborgt. Het 'Grossmann-verweer' gaat bij een dergelijk fundamenteel gebrek niet op.

Tips voor de praktijk



Bij vrijwillige toepassing van de ARW 2016 zijn automatisch de beginselen uit de Aanbestedingswet 2012 van toepassing. Dit betekent dat het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel strikt moeten worden nageleefd.



Stel als uitgenodigde of deelnemende inschrijver tijdig onduidelijkheden of gebreken aan de orde. Het is aan te raden de aanbestedingsdocumenten te controleren voor de eerste mogelijkheid tot het stellen van vragen.



Het contracteren op basis van een 'bouwteamgedachte' betekent niet dat de aanbestedingsdocumenten en/of het DO zodanige onduidelijkheden mogen bevatten dat dit ertoe leidt dat inschrijvers niet weten welke werkzaamheden of materialen van een prijs moeten worden voorzien.



MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze [website](#).

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met [Van Doorne Advies](#)
Advocaten, notarissen & fiscalisten en [EPSA Procurement](#).

epsa[™]
PROCUREMENT

Van Doorne