epsa PROCUREMENT

Jurisprudentie Alarm

Snelkoppelingen in de inschrijving.

nr. 25

De zaak

Eind 2020 organiseert de Europese Commissie (hierna: “De Commissie”) een openbare procedure voor de opdracht met de titel “Raamovereenkomsten voor taalopleiding voor de instellingen, organen en agentschappen van de Europese Unie”. De opdracht is in acht percelen verdeeld. Perceel 3 betreft taalonderwijs in het Spaans. Voor de wijze van indiening schrijft het bestek voor dat de inschrijvingen moeten worden ingediend via de elektronische toepassing eSubmission. Zes inschrijvers, waaronder het Spaanse taalinstituut Instituto Cervantes (hierna: “**IC**”), dienen een inschrijving in voor perceel 3.

IC maakt in haar inschrijving bepaalde onderdelen uitsluitend toegankelijk via hyperlinks (ook wel: “**snelkoppelingen**”). De Commissie besluit om deze onderdelen niet te evalueren. In het beoordelingsschema van 19 april 2021 en in e-mails brengt de Commissie IC ervan op de hoogte dat zij de informatie die IC, ter beschrijving van haar inschrijving, uitsluitend via snelkoppelingen in die inschrijving toegankelijk had gemaakt, niet heeft beoordeeld. Het gebruik van snelkoppelingen zou immers niet in overeenstemming met het bestek zijn en bij het gebruik van dergelijke links bestaat het risico dat die informatie na de uiterste datum voor het indienen van inschrijvingen zou kunnen worden gewijzigd. Er kan daarom niet worden gewaarborgd dat de betrokken documenten na afloop van de indieningstermijn ongewijzigd blijven. In de beoordeling van de inschrijving heeft de Commissie de via snelkoppelingen toegankelijk gemaakte informatie aangemerkt als ontbrekend (hierna: “**ontbrekende documenten**”). IC eindigt in de aanbesteding op de tweede plaats.

IC is het niet eens met het besluit van de Commissie en stelt beroep in bij het Gerecht (van eerste aanleg van de EU). Het Gerecht stelt de Commissie in het gelijk. IC stelt een hogere voorziening in bij het Hof van Justitie van de EU (“**het Hof**”).

IC betoogt dat zij erop mocht vertrouwen dat elke via de toepassing eSubmission ingediende inschrijving, snelkoppelingen mocht bevatten naar beschrijvende documenten van de inschrijving op een website. Volgens IC kan immers noch uit verordening 2018/1046 (nu: verordening 2024/2509), noch uit het bestek worden afgeleid dat het gebruik van snelkoppelingen niet was toegestaan. Weliswaar mogen inschrijvingen na afloop van de indieningstermijn niet worden gewijzigd, maar een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver hoeft daaruit niet af te leiden dat hij geen snelkoppelingen mag opnemen naar een document op een website waarover hij controle uitoefent. In dit kader stelt IC dat ook andere inschrijvers snelkoppelingen hebben opgenomen in hun inschrijvingen en dat IC in een eerdere aanbesteding van de Commissie ook snelkoppelingen gebruikte en dat de daaraan gekoppelde informatie is beoordeeld. Tegen deze achtergrond doet IC een beroep op het vertrouwensbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel. Verder benadrukt IC dat de documenten die zij via snelkoppelingen ter beschikking had gesteld zich bevonden in een gesloten elektronische ruimte die uitsluitend bestemd was voor de opdracht in kwestie. Daardoor kan worden vastgesteld of de documenten zijn gewijzigd na afloop van de indieningstermijn. De Commissie had daarom kunnen controleren– door IC te verzoeken daarvoor bewijzen aan te dragen – dat die documenten vóór de uiterste indieningsdatum van de inschrijvingen bij deze snelkoppelingen waren gevoegd en

daarna niet meer waren gewijzigd.

Het Hof stelt voorop dat iedere persoon bij wie de autoriteiten van de Unie gegronde verwachtingen hebben gewekt zich op het vertrouwensbeginsel kan beroepen. Onder verwijzing naar het Coppo Gavazzi/Parlement-arrest onderstreept het Hof dat gegronde verwachtingen kunnen worden gewekt door inlichtingen die afkomstig zijn van nauwkeurige, onvoorwaardelijke, onderling overeenstemmende en van bevoegde en betrouwbare bronnen. Het feit dat andere inschrijvers ook snelkoppelingen zouden hebben gebruikt, is volgens het Hof niet een dergelijke inlichting waarop IC gerechtvaardigd mocht vertrouwen. Dit geldt ook voor het feit dat de Commissie in het kader van een eerdere aanbesteding de aan de snelkoppeling gekoppelde informatie van IC wel heeft beoordeeld. Het gaat hier immers om een andere aanbesteding.

Het Hof vervolgt dat elke redelijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver kon weten dat hij ter ondersteuning van zijn inschrijving geen snelkoppelingen mocht opnemen naar documenten die toegankelijk zijn op een website en die dus, vanuit technisch oogpunt, konden worden gewijzigd na de indieningstermijn van de inschrijvingen. Het Hof hecht hierbij waarde aan een passage in het bestek, waarin is vermeld dat "*de inschrijvingen moeten worden ingediend via de toepassing eSubmission*". Dit is voldoende duidelijk en nauwkeurig. Het gelijkheidsbeginsel rechtvaardigt dat hieruit moet worden afgeleid dat álle documenten via eSubmission moeten worden ingediend, zonder uitzonderingen. Aangezien IC er niet op mocht vertrouwen dat zij snelkoppelingen mocht gebruiken, hoefde de Commissie niet te onderzoeken of de via snelkoppelingen toegankelijk gemaakte documenten na afloop van de indieningstermijn voor de inschrijvingen ongewijzigd waren gebleven.

Juridisch kader

- In lijn met artikel 163 van verordening 2024/2509 moet de Commissie het beginsel van gelijke behandeling in acht nemen. Dit beginsel is tevens wettelijk verankerd in artikel 1.8 van de Aanbestedingswet 2012 (voor Europese aanbestedingsprocedures) en artikel 1.12 lid 1 Aanbestedingswet 2012 (voor nationale aanbestedingsprocedures). Deze artikelen bepalen 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 is ook van belang bij de toepassing van aanbestedingsvoorwaarden over het tijdstip van indiening en de toegestane omvang van documenten. Het gebruik van snelkoppelingen mag niet leiden tot afwijking of omzeiling van die voorwaarden.

- Het Europeesrechtelijke vertrouwensbeginsel wordt ingekleurd door het Coppo Gavazzi/Parlement-arrest. Het Nederlandse bestuursrecht kent ook een vertrouwensbeginsel. Het vertrouwensbeginsel – dat is verknoopt met het (materieel) rechtszekerheidsbeginsel – impliceert dat het bestuursorgaan gerechtvaardigde verwachtingen van de burger als regel moet honoreren, tenzij dwingend geformuleerde wettelijke voorschriften en/of onvoorziene omstandigheden daaraan in de weg staan. Of een partij mag vertrouwen op een toezegging van een bestuursorgaan hangt af van drie vragen: (1) is er sprake van een toezegging, (2) kan deze toezegging aan het bevoegde bestuursorgaan worden toegerekend en, indien het antwoord bij stap 1 en 2 bevestigend is (3) moet het gerechtvaardigd gewekt vertrouwen worden gehonoreerd?

Rechters aan het woord

- In een zaak bij de rechtbank Den Haag ging het 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 ging daar niet in mee. Volgens de rechter prevaleerde het gelijkheidsbeginsel boven het vertrouwensbeginsel. Bovendien volgde uit de aanbestedingsstukken dat de aanbestedende dienst ook na de voorlopige gunning nog eigen fouten mocht herstellen.

- Uit het Storebaelt-arrest van het Hof van Justitie volgt dat het gelijkheidsbeginsel dwingt tot het terzijde leggen van een inschrijving die niet voldoet aan de vereisten uit de aanbestedingsstukken ('niet-bestekconform'). Een verschil met de IC-zaak is dat in die laatste zaak het opnemen van snelkoppelingen niet leidde tot niet-bestekconformiteit, maar (enkel) tot het buiten beschouwing van de via de snelkoppelingen beschikbare informatie.

Tips voor de praktijk

- Neem in het bestek expliciet op dat snelkoppelingen (of andere verwijzingen naar extra informatie) in inschrijvingen niet zijn toegestaan en niet worden meegenomen in de beoordeling. Dit kan discussies voorkomen.

- Ook het bestek niets vermeld over snelkoppelingen, verdient het de voorkeur deze buiten beschouwing te laten (met een beroep op het gelijkheidsbeginsel). Het helpt daarbij als in het bestek is opgenomen dat 'alle documenten via [systeem X] moeten worden ingediend'.

- Als u bij een eerdere aanbesteding per ongeluk iets hebt beoordeeld dat eigenlijk niet mocht (zoals documenten achter snelkoppelingen), dan kunnen inschrijvers daar bij een volgende aanbesteding niet zonder meer op vertrouwen. Elke aanbesteding staat op zichzelf.

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