

Jurisprudentie Alarm

Inschrijfeis of uitvoeringseis?

De zaak

De gemeente Brunssum organiseert een Europese openbare aanbesteding voor kantoormeubilair. In het programma van eisen (PvE) is opgenomen waar de meubels aan moeten voldoen. In het PvE staat in eis 48: "Bureaus zijn voorzien van kabelmanagement en moeten voldoen aan NPR 1813:2016. Er wordt gebruik gemaakt van uitsparingen in het werkblad ten behoeve van kabeldoorvoeren en monitorarm. En in eis 57: Alle kabels dienen netjes weggewerkt te kunnen worden in de armsteun."

Als gunningsmethode wordt 'value for money' gebruikt waarbij drie criteria meetellen. Een van deze criteria (K3) is een proefopstelling, die voor 40% van de punten meetelt. In dit gunningscriterium is vermeld dat de proefopstelling is bedoeld ter beoordeling van de geschiktheid, kwaliteit en functionaliteit van het door inschrijver voorgestelde meubilair én dat de proefopstellen de onderdelen zoals aangeboden in het prijzenblad moeten bevatten.

In de nota van inlichtingen (Nvl) worden vragen over eis 48 gesteld. Uit de beantwoording blijkt dat er twee uitsparingen in het bureau moeten zitten: Eén voor de kabeldoorvoer en één voor de monitorarm. Een oplossing zonder permanente aanpassingen aan het blad mag niet worden aangeboden. Dat valt buiten de gestelde eisen.

Ergonomiespecialist en Health2work schrijven in op de aanbesteding. Health2work krijgt de opdracht voorlopig gegund, waarop Ergonomiespecialist bezwaar indient bij de gemeente. Health2work zou namelijk niet voldoen aan eis 48. De bekabeling is niet weggewerkt in de monitorarm en het bureaublad beschikt niet over een uitsparing voor de monitorarm met kabeldoorvoer. Na onderzoek laat de gemeente het gunningsbesluit ongewijzigd. Ergonomiespecialist begint daarop een kort geding.

De voorzieningenrechter gaat eerst in op wat had moeten worden aangeboden conform het PvE in de offerte. De rechter concludeert op basis van eis 48 en de Nvl dat het bureau twee uitsparingen moet hebben. Ter zitting toont Ergonomiespecialist door middel van foto's aan dat de opstelling van Health2work tijdens de proefopstelling hieraan niet voldeed. Dit zou moeten leiden tot uitsluiting. De gemeente en Health2work bevestigen dat het bureau tijdens de proefopstelling niet voldeed, maar dit zou niet relevant zijn omdat Health2work in de inschrijving heeft aangegeven dat de monitor op twee manieren kan worden bevestigd en dat dit dus gemakkelijk kan worden aangepast. Omdat de inschrijving en de proefopstelling één geheel vormen volgens de gemeente, is de gemeente gebleven bij haar gunningsbeslissing.

De voorzieningenrechter oordeelt anders. De voorzieningenrechter overweegt dat het criterium K3 dusdanig is beschreven dat de gemeente op basis van de proefopstelling onder meer moet beoordelen of het aanbod ook aan de eisen in het PvE voldoet. Gelet hierop kan de inschrijving van Health2work die toets niet doorstaan en had deze moeten worden uitgesloten van verdere deelname in de aanbestedingsprocedure. Het verweer van de gemeente dat het gaat om een uitvoeringseis en niet om een inschrijfeis, volgt niet uit de aanbestedingsstukken. In tegendeel, de proefopstelling

en de antwoorden in de nota van inlichtingen geven geen enkele aanleiding voor inschrijvers om te denken dat het een uitvoeringseis betreft. Ten slotte blijkt ook duidelijk uit de NvI dat het bureau inclusief alle kenmerken conform PvE moest worden opgesteld tijdens de proefopstelling. Het verweer van Health2work dat zij twee bureaubladen in haar inschrijving had geoffreerd, brengt daarom geen verandering. De gemeente moet Health2work alsnog uitsluiten van de aanbestedingsprocedure en moet, indien de gemeente de opdracht nog wenst te gunnen, na herbeoordeling een nieuwe gunningsbeslissing nemen.

Juridisch kader

- **Artikel 1.10** Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) schrijft voor dat een aanbestedende dienst bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overheidsopdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria mag stellen aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
- **Artikel 2.75** Aw 2012 lid 1 en 2 bepalen dat een aanbestedende dienst de technische specificaties opneemt in de aanbestedingsstukken, waarin de voorgeschreven kenmerken zijn opgenomen. Lid 6 voegt hieraan toe dat de technische specificaties de inschrijvers gelijke toegang moeten bieden en niet leiden tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging.
- **Artikel 2.113** Aw 2012 schrijft voor dat de aanbestedende dienst de inschrijvingen toetst aan de door hem in de aanbestedingsstukken gestelde normen, functionele eisen en eisen aan de prestatie.

Rechters aan het woord

- In tegenstelling tot de besproken zaak oordeelde de Rechtbank Den Haag zeer recent dat er wél sprake was van een uitvoeringseis. TU Delft had in een aanbesteding voor dienstreizen eisen gesteld waarvoor een bepaalde Nederlandse licentie voor luchtverkeer nodig is. De winnende partij had deze bij inschrijving nog niet, maar kon hierover bij contractingang wel beschikken. De gunning kan daarom in stand blijven.
- In 2017 oordeelde de Rechtbank Den Haag dat het niet uitmaakt dat de winnende inschrijvers ten tijde van de inschrijving nog niet aan één van de gestelde eisen voldeden. Volgens de aanbestedende dienst kon de eis over de herkomst van het hout als uitvoeringseis worden gezien. Daar ging de rechter in mee: pas op het moment van levering van het circulaire kantoormeubilair waarop de opdracht ziet, moesten opdrachtnemers voldoen aan alle uitvoeringseisen. Uitgegaan moest worden van de juistheid van de verklaring van de winnende partijen dat zij aan de eisen voldoen.
- In een zaak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland waren partijen het oneens of een certificeringseis moest worden gezien als een geschiktheidseis of als een uitvoeringseis. Volgens de rechtbank was sprake van een geschiktheidseis. Dit had te maken met de bewoordingen die werden gebruikt in de aanbestedingsleidraad: de inschrijver (en niet de contractant) moest in het bezit zijn van de gevraagde certificaten.

Tips voor de praktijk

- Het verschil tussen een uitvoeringseis en een inschrijfeis kan een beslissende factor zijn bij de vraag of een marktpartij moet worden uitgesloten van een aanbesteding. Bedenk als aanbestedende dienst goed wanneer een inschrijver uiterlijk aan de eisen moet voldoen.
- Wees bedacht op de wijze van formulering in aanbestedingsstukken. Schrijf expliciet op als een proefopstelling slechts dient als voorbeeld waaraan nog mag worden gesleuteld. Duidelijk moet zijn voor alle partijen wanneer controles plaatsvinden en wanneer alles conform toekomstige levering moet zijn.



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