

PIANOo-congres 2009

WERK aan de CRISIS!

mr dr H.D. van Romburgh
Recente jurisprudentie aanbestedingsrecht

2

Recente jurisprudentie

- Slechts een greep uit actuele ontwikkelingen.
- Vandaag specifieke aandacht voor:
 - Quasi-in house-opdrachten
 - Wijzigen en aanvullen van gunningscriteria
 - Gebrekkige en voorwaardelijke inschrijvingen

3

Quasi-in house-opdrachten

Aanbesteden, tenzij

- het merendeel van zijn werkzaamheden worden verricht ten behoeve licha(a)men die hem beheersen (Teckal-arrest, r.o. 50, C-84/03, Commissie/Spanje, r.o. 39 en 40 en C-220/06 (Correos), r.o. 58 en
- Toezicht wordt uitgeoefend zoals op zijn eigen diensten (daadwerkelijke controle!).

4

Nastreven doelstellingen 'algemeen belang'

- Ook bij quasi-in house-opdrachten belangrijke rol weggelegd voor 'nuttig effect' van de richtlijn.
- Bij opdrachtverlening aan een derde waarin ook marktpartijen participeren – hoe gering ook – steeds aanbestedingsplicht (zie arrest Stadt Halle, r.o. 52, Mödling C-29/04 en C-410/04 ANAV, r.o. 33).

5

Merendeel werkzaamheden

- Van 'merendeel' is sprake als de werkzaamheden worden verricht ten behoeve van instantie of instanties die hem beheersen (arresten Teckal, r.o. 50; Parking Brixen, r.o. 62 en HvJ EG 13 november 2008, C-324/07, Coditel/ Brutélé, r.o. 26).
- Hoeft dus niet per se één instantie te zijn, maar ook groep van instanties met een gezamenlijk belang.

6

Toezicht

- 'Wie auf Ihre eigene Dienststelle'.
- Moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Daaruit moet blijken dat de toezichthouder beslissingen kan *beïnvloeden* (Coditel/Brutélé, r.o. 28).
- Het moet daarbij gaan om doorslaggevende invloed (Coditel/Brutélé, r.o. 34). Geen toezicht zonder bevoegdheden.
- Een grootaandeelhouder voldoet doorgaans niet aan dit toezichtscriterium.

Wijzigen en aanvullen gunningscriteria

- Aanvullen of wijzigen van gestelde eisen is niet toegestaan. Zie Hof Arnhem 7 februari 2006 (Menzis/Paul Hartmann) en HvJ EG van 24 januari 2008, C-532/06, Lianakis/Alexandroupolis).
- Geen wegingsfactoren of subcriteria toevoegen die niet reeds eerder in aankondiging of aanbestedingsdocumenten zijn bekendgemaakt.

Voldoende mate van transparantie

- Ook hier weer het 'nuttig effect' alleen vol te houden bij voldoende transparantie.
- Sprake van vrijheid in gebondenheid.
- Gestelde gunningscriteria in het kader van beoordeling niet nader uitwerken. Gunningcriteria gedurende hele procedure op dezelfde wijze uitleggen (SIAC-arrest, r.o. 43).

Alle elementen van EMVI vooraf bekend maken

HvJ EG van 24 januari 2008, C-532/06,
Lianakis/Alexandroupolis:

- Alle elementen moeten ten tijde van voorbereiding bekend zijn (r.o. 36);
- Immers men moet kennis kunnen nemen van bestaan en strekking van de gestelde eisen (r.o. 37);
- Geen afwegingsregels of subcriteria toepassen, die niet *vooraf* bekend zijn gemaakt (r.o. 38). Zo ook Vزر. Rb Haarlem 15 april 2009, LJN: BI2799.

Aanvullen relatief gewicht van criteria

HvJ EG in arrest 24 november 2005 (C-331/04, ATI EAC),
r.o.32:

Richtlijn verzet zich niet tegen aanbrengen van relatief gewicht aan subelementen van vooraf vastgestelde gunningscriteria, mits:

- Geen wijziging in vastgelegde gunningscriteria;
- Geen elementen bevat die de voorbereiding van de offertes had kunnen beïnvloeden;
- Geen elementen bevat die discriminerend kunnen zijn.

Gebrekkig of voorbehoud

- Inschrijvingen onder voorbehoud of gebrekkige inschrijvingen worden geacht niet te zijn gedaan (HvJ EG in Storebaelt, r.o. 43).
- Een onjuiste of voorwaardelijke inschrijving levert een gebrekkige inschrijving op (Vzr. Rb. Den Haag, 30 januari 2008, LJN: BG3977).
- De ongeldig verklaarde inschrijver heeft geen recht en belang om gebreken in de aanbesteding te laten toetsen (Hof Leeuwarden 9 januari 2008, LJN: BC1858). Immers geen belang, geen actie!

Ongeldige inschrijving I

Frequent voorkomende redenen:

- Inschrijving niet besteksconform (Vzr. Rb. Den Haag 31 maart 2009, LJN: BI2411);
- Te oude VOG maakt inschrijving ongeldig (Vzr. Rb. Zwolle, 22 juli 2008 Schonewille/Zwolle, LJN: BG0934; Vzr. Rb. Den Haag, 21 april 2009, LJN: BI3386);
- Voorgeschreven werkmethode is niet aangeboden (Vzr. RB Zwolle-Lelystad 11 juli 2008, LJN: BD9498);
- Aanmeldingsformulier niet door vennoten ondertekend (Vzr. Rb Den Haag 29 september 2008, LJN: BG3493).

Ongeldige inschrijving II

Maar ook ...

- Niet tijdig overleggen van KvK-uitreksel (Vzr. Rb. Den Haag 23 februari 2009, LJN: BH5601);
- Het niet besteksconform invullen van het prijzenblad;
- Het niet overleggen van een 'verklaring eigen risico' (Vzr. Rb. Den Haag 29 april 2008, LJN: BD3224);
- Het niet op alle voorgeschreven afleverlocaties bezorgen van producten .

Gebrekkige inschrijvingen

- Ook als wordt ingeschreven op een vrijwel identiek bestek, dan wordt inschrijver *niet* ontslagen van zijn verplichting om kennis te nemen van de inhoud van de selectieleidraad en zich daaraan te houden (Vzr. Rb Groningen 25 januari 2008 Team 4 Architecten/Haren, LJN: BC2790).
- Inschrijver mag afgaan op *laatst verstrekte opsomming* van aan te leveren documenten. Later alsnog gevraagde documenten kunnen niet leiden tot een ongeldig verklaring (Vzr. Rb Den Haag 4 maart 2008, LJN: BC6214).

Ook gebrekkig

- Een inschrijving is voorts gebrekkig als ná gunning van de opdracht aan de inschrijver, die de bewuste aanbidding heeft gedaan, dit aanstonds zal leiden tot een toerekenbaar te kort schieten door de inschrijver (Vzr. Rb. Arnhem 24 oktober 2008, Mobiele units, LJN: BG3627).
- Net als bij abnormaal lage inschrijvingen, leidt ook een irreële inschrijving tot uitsluiting.

Voorbehoud

- Als een inschrijver 41 keer in zijn inschrijving een opmerking maakt ten aanzien van de wijzigingsbevoegdheid en de uitsluiting van aansprakelijkheid door de inschrijver (Vzr. Rb. Den Haag 13 februari 2009, Kongsberg Norcontrol IT AS/Staat, n.n.g., r.o. 4.4).
- Voorbehoud ten aanzien van de prijzen (Vzr. Rb. Amsterdam 24 juli 2008, Cendris/ Sociale Verzekeringsbank, LJN: BG6574).

Gebrek altijd tot uitsluiting?

- Algemeen wordt aangenomen dat de aanbestedende dienst bij zijn beoordeling moet uit kunnen gaan van de juistheid en volledigheid van de inschrijving. Uitzondering hierop is denkbaar bij een voor een ieder kenbare omissie.
- Niet toepasbaar wanneer daardoor de eerlijke mededinging zou worden geschaad (Vzr. Rb. Zwolle 8 juli 2008, LJN: BD7207). Dan moet steeds uitsluiting volgen!

Kennelijke omissie en verschrijvingen

- Herstel is wel toegestaan: bij een niet volledig ingevulde eigen verklaring (Vzr. Rb. Arnhem 12 september 2008, LJN: BF3236).
- Eerlijke concurrentie is niet geschaad bij het een inschrijver in de gelegenheid stellen bij het alsnog over laten leggen van een ISO-certificaat (Vzr. Rb. 24 juni 2006, LJN: BD7653). Het gaat namelijk om een 'objectief bepaalbaar stuk'.
- Inschrijver had twee verschillende gestanddoeningstermijnen opgenomen (Vzr. Rb. Zwolle 8 juli 2008, LJN: BD7207). *'Het verduidelijken dan wel aanvullen van de onderhavige onbedoelde en voor een ieder kenbare omissie leidt niet tot een wijziging van fundamentele inhoudelijke onderdelen van de inschrijving zodat er geen sprake kan zijn van concurrentievervalsing of discriminatie.'*
- Evenals bij voor een ieder aanstonds kenbare rekenfouten (Vzr. Rb. Den Haag 15 april 2008, PAH/Staat, LJN: BD3216). De Staat was volgens de rechter zelfs bevoegd deze fout zelf te herstellen.

Geen kennelijke omissie

Overeenstemmen van wil en verklaring van de inschrijver bij het doen van de inschrijving. Gerechtvaardigd vertrouwen van de aanbestedder.

Er is dus geen ruimte om de te lage prijs als een kennelijke verschrijving aan te merken (Rb. Leeuwarden 8 april 2009, LJN: BI0681).

Jurisprudentie op www.pianoo.nl

- Selectie van diverse uitspraken van Europese en nationale rechters rond aanbesteden.
- Gerubriceerd naar aanbestedingstermen.
- PIANOo vat samen en beschrijft in het kort de relevantie voor de praktijk.
- Zie www.pianoo.nl (> Wet- en regelgeving > Jurisprudentie

Ik dank u!