

Aanbestedingsalert

Uitsluiten of herstellen?

Vanuit Significant Synergy delen wij regelmatig interessante jurisprudentie op het gebied van aanbesteden. Deze keer een casus over het mogen herstellen van een inschrijving.

De Staat start in november 2018 een openbare bidprocedure voor het winnen van schelpen in de Nederlandse kustwateren voor in totaal achttien kavels.

Bij de procedure wijst de Staat uitdrukkelijk er op dat inschrijvers goed op de inschrijfvoorwaarden moeten letten en dat de notaris zich hieraan strikt zal houden. Verder verplicht de Staat dat inschrijvers onder meer een 'bereidverklaring tot afgifte van een zekerheidsstelling' indienen. Ook stelt de Staat dat het inschrijven ongeldig zal verklaren als die niet aan de eisen voldoen. In december komen verschillende biedingen binnen. Uit het document van de notaris blijkt dat één van de inschrijvers de hoogste bieding heeft voor vier kavels. De notaris heeft niet onderzocht of de binnengekomen biedingen aan de inschrijfvoorwaarden voldoen.

In januari 2019 ontvangt de inschrijver met de hoogste bieding een brief dat zijn inschrijving ongeldig is. De reden: het ingediende pakket van documenten betrof o.a. een opdrachtbevestiging en factuur, alleen volgens de Staat is dit geen 'bereidverklaring'. En de documenten waren niet ondertekend. Als de inschrijver daarna bezwaar maakt, stelt de Staat dat het niet de gelegenheid kon bieden om dit gebrek te herstellen. Want volgens de Staat was een herstelkans niet mogelijk wanneer het aanbestedingsdocument beschrijft dat op het ontbreken van een document de sanctie van ongeldigheid van toepassing is.

De inschrijver maakt bezwaar bij de rechter. De rechter oordeelt dat de verplichte bereidverklaring niet kon worden opgemaakt uit het pakket van documenten. En omdat uitsluiting was voorgeschreven, kon de Staat *niet* om verduidelijking of herstel vragen.

De inschrijver gaat vervolgens in hoger beroep bij het Gerechtshof Den Haag.

Juridisch gezien

Uit het Manova-arrest¹ volgt: als het aanbestedingsdocument beschrijft dat het ontbreken van informatie leidt tot uitsluiting, dan is aanvulling of verbetering niet toegestaan. Van de aanbestedende dienst wordt immers verwacht dat het zijn eigen vastgestelde criteria in acht neemt.

Uit het SAG-arrest² volgt dat het aanbieden van een herstelkans een bevoegdheid is. Het is dus geen verplichting voor een aanbestedende dienst.

¹ Hof van Justitie, ECLI:EU:C:2013:647

² Hof van Justitie, ECLI:EU:C:2012:191

Het resultaat

In hoger beroep oordeelt het Gerechtshof als volgt:

- Het staat vast dat de vereiste verklaring ontbrak.
- Uit de ingediende documenten kon de Staat objectief vaststellen dat de inschrijver zeer waarschijnlijk wél beschikte over de verklaring, maar deze vergeten was mee te sturen.
- Het was aannemelijk dat uitsluiting ernstige gevolgen heeft voor het voortbestaan van de inschrijver. De Staat kon dit weten en handelde in strijd met het evenredigheidsbeginsel door in deze situatie niet een herstelkans te bieden.
- Hier tegenover staan de belangen van de overige inschrijvers. Die hebben echter ook andere kavels verkregen. Daardoor is niet aannemelijk dat hun voortbestaan is bedreigd als de uitgesloten inschrijver de fout kon herstellen.
- De nadelige gevolgen waren onevenredig in verhouding tot de gelijke behandeling van de inschrijvers.

In relatie tot de praktijk:

- ✓ De casus betreft een bijzondere situatie. Zo liet het Gerechtshof weten dat de bidprocedure buiten de Aanbestedingswet valt, maar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wel golden. De casus is dus niet een op een te vertalen naar een aanbestedingssituatie. De uitspraak geeft wel stof tot nadenken; het Gerechtshof Den Haag heeft nu immers herhaaldelijk een evenredigheids- en proportionaliteitstoets toegevoegd aan het leerstuk.
- ✓ Het gelijkheidsbeginsel gaat dus niet zo ver dat het een aanbesteder dwingt een inschrijving ongeldig te verklaren als je kunt afleiden dat een partij beschikte over een verplicht document maar deze was vergeten mee te sturen.

inschrijver

Handig

Bron

Gerechtshof Den Haag,
16 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2429.
Gepubliceerd: 16-09-2019.

De volledige uitspraak vind je op www.rechtspraak.nl

Contact

Heb je vragen of behoefte aan advies?
Mail ons via
aanbestedingsvraagbaak@significant.nl