

JAAN 2014/133

JAAN 2014/133, Rechtbank Den Haag, 20-05-2014, ECLI:NL:RBDHA:2014: 6203, C-09-462946 - KG ZA 14-376 (annotatie)

Transparantie aanbestedingsstukken, Ongeldige inschrijving, Aanvulling inschrijving en fouterstel, Opgewekt vertrouwen, Ongeldige inschrijving wegens ontbreken inschrijvingsbiljet, Ontbrekend stuk leent zich niet voor herstel, Het in aanbestedingsrecht geldende gelijkheidsbeginsel prevaleert boven het vertrouwensbeginsel

GEGEVENS

Instantie	Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak	20-05-2014
Publicatie	JAAN 2014/133 (Sdu Jurisprudentie Aanbestedingsrecht), aflevering 5, 2014
Annotator	mr. M.M. Fimerius
ECLI	ECLI:NL:RBDHA:2014:6203
Zaaknummer	C-09-462946 - KG ZA 14-376
Overige publicaties	ECLI:NL:RBDHA:2014:6203
Rechtsgebied	Aanbestedingsrecht
Rechters	mr. Van Ham
Partijen	Zaak nr. C/09/462946 / KG ZA 14-376, ECLI:NL:RBDHA:2014:6203 De besloten vennootschap [eiseres] Kust- & Oeverwerken BV te Sliedrecht, advocaat mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam, tegen de Staat der Nederlanden (ministerie van Infrastructuur en Milieu) te Den Haag, advocaat mr. A.C.M. Prasing-Remmé te Utrecht.

en

Zaak nr. C/09/462999 / KG ZA 14-384,
ECLI:NL:RBDHA:2014:6204
1. de besloten vennootschap
Aannemingsmaatschappij [A] & [B] BV te Schagen,
2. de naamloze vennootschap naar
Belgisch recht Dredging International NV te Zwijndrecht, België,
advocaat mr. B. van der Zijpp te Amsterdam,
tegen
De Staat der Nederlanden (ministerie van Infrastructuur en Milieu) te Den Haag, gedaagde,
advocaat mr. A.C.M. Prasing-Remmé te Utrecht.

Regelgeving -

SAMENVATTING

Rijkswaterstaat, een onderdeel van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, is in december 2013 een Europese openbare aanbesteding gestart voor een raamovereenkomst betreffende het stabiliseren en vastleggen van ontgrondingen door middel van bestorting om en nabij de Oosterscheldekering. Hoofdstuk 2 van ARW 2012 is van toepassing. In art. 4.2.1 lid 3 van de inschrijvingsleidraad staat dat de inschrijving dient te geschieden op het bij de aanbestedingsleidraad gevoegde inschrijvingsbiljet (bijlage C) dan wel op een geheel overeenkomstig daaraan opgesteld biljet. In lid 4 van het betreffende artikel staat dat inschrijver de 'Eigen Verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten' en de 'Aanvullende eigen verklaring' bij zijn inschrijving moet voegen. In de leden 5 en 6 wordt nog een tweetal verklaringen genoemd die inschrijver bij zijn inschrijvingsbiljet moet voegen. Bijlage A van de leidraad bevat een opsomming van de toe te voegen documenten. Daarin staat het inschrijvingsbiljet niet vermeld. Zes partijen schrijven in onder wie eiseres. Op 13 februari 2004 bericht Rijkswaterstaat aan eiseres dat hij heeft geconstateerd dat zowel het inschrijvingsbiljet als de Aanvullende verklaring ontbreken bij de inschrijving van eiseres. Echter, omdat het hier een 'aanmelding' voor een raamovereenkomst betreft en de invulling van het inschrijvingsbiljet daarom op essentiële punten verschilt van een aanbesteding waarbij het inschrijvingsbiljet het 'hart' (inhoud/prijs) van de aanbesteding vormt, ziet Rijkswaterstaat goede gronden om eiseres de mogelijkheid te

bieden het inschrijvingsbiljet te herstellen. Omdat het inschrijvingsbiljet (en ook de verklaring beschikking materieel) niet op de (uitputtende) lijst stond met in te dienen documenten, is er ook bij RWS sprake geweest van een omissie, aldus Rijkswaterstaat. Rijkswaterstaat vermeldt bovendien dat ook jurisprudentie hieromtrent aangeeft dat in situaties waarin aanbestedingsdocumenten onduidelijk waren en het alsnog indienen van ontbrekende documenten de gelijke kansen van de inschrijvers niet beïnvloedt, herstel wordt toegestaan. Eiseres krijgt van Rijkswaterstaat de kans om uiterlijk maandag 17 februari 2014 de ontbrekende documenten in te leveren, hetgeen eiseres doet. Blijkens de bij het Proces-verbaal van opening van de inschrijvingen van 5 februari 2014 gevoegde staat, hebben – naast eiseres – nog twee inschrijvers het inschrijvingsbiljet (bijlage C) niet bij hun inschrijving gevoegd. Op 6 maart bericht Rijkswaterstaat aan eiseres dat zij voornemens is de opdracht voor de raamovereenkomst aan drie andere ondernemingen te gunnen, en dat eiseres niet in aanmerking komt voor deelneming in de raamovereenkomst. Rijkswaterstaat bericht daarbij dat hij zich achteraf, ondanks de eerder toegezegde mogelijkheid tot herstel, op grond van het gelijkheids- en transparantiebeginsel, genoodzaakt acht zich strikt te houden aan de algemeen geldende regelgeving, die gebiedt dat het inschrijvingsbiljet bij de inschrijving gevoegd dient te zijn op straffe van ongeldigheid. Eiseres start een kort geding en vordert onder meer de Staat te gebieden de inschrijving van eiseres geldig te verklaren en met eiseres een raamovereenkomst aan te gaan. Eiseres stelt daartoe onder meer dat zij geheel overeenkomstig de inhoud van Bijlage A van de aanbestedingsleidraad heeft ingeschreven. In die bijlage wordt het inschrijvingsbiljet niet vermeld. Eiseres mocht ervan uitgaan dat in Bijlage A dwingend en uitputtend wordt voorgeschreven op welke wijze de inschrijving moet plaatsvinden en welke stukken en informatie daarvoor moeten worden verstrekt. Blijkens het e-mailbericht van 13 februari 2014 was Rijkswaterstaat die opvatting – aanvankelijk – ook toegegaan. Naderhand is Rijkswaterstaat daarop ten onrechte teruggekomen, waarmee Rijkswaterstaat tevens het bij eiseres opgewekte vertrouwen schond, dat zij – na voldoening aan de in het e-mailbericht gedane verzoeken – geldig zou hebben ingeschreven.

Geldigheid inschrijving zonder inschrijvingsbiljet

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is allereerst de vraag aan de orde of de op of vóór 4 februari 2014 door Rijkswaterstaat ontvangen inschrijving van eiseres moet worden aangemerkt als geldig, ondanks het niet bijvoegen van het inschrijvingsbiljet (Bijlage C).

De voorzieningenrechter stelt vast dat op de onderhavige aanbesteding (hoofdstuk 2 van) ARW 2012 van toepassing is. Ingevolge art. 2.15.2 en 2.15.6 Aanbestedingsreglement werken 2012 moet elke inschrijving zijn voorzien van een inschrijvingsbiljet dat is ondertekend door de inschrijver en is een inschrijving slechts geldig indien het inschrijvingsbiljet en alle gegevens die nodig zijn voor de beoordeling van de inschrijving, uiterlijk op het tijdstip voor de ontvangst van de

inschrijvingen zijn ingediend. In de aanbestedingsleidraad is – in art. 4.2.1 lid 3 – bepaald dat de inschrijving dient te geschieden op het bij de leidraad – als Bijlage C – gevoegde inschrijvingsbiljet, dan wel op een geheel overeenkomstig daaraan opgesteld biljet. In lid 4 van dat artikel is bepaald dat de inschrijver de ‘Eigen Verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten’ en de ‘Aanvullende eigen verklaring’ bij zijn inschrijving moet voegen. Dat betekent – gelet op het bepaalde in lid 3 – dat de inschrijver die (twee) verklaringen bij zijn inschrijfformulier moet voegen. Voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver, zoals eiseres, moet dat ook duidelijk zijn geweest. Dit betekent naar het oordeel van de voorzieningenrechter dat het inschrijvingsbiljet direct bij de inschrijving moet worden ingediend. Nu eiseres dat heeft nagelaten, is haar inschrijving – in beginsel – ongeldig.

Mogelijkheid tot herstel

Vervolgens is naar het oordeel van de voorzieningenrechter de vraag aan de orde of het gebrek in de inschrijving van eiseres – het ontbreken van het inschrijvingsbiljet – zich leent voor herstel. De voorzieningenrechter stelt voorop dat dat de primaire vordering van eiseres mede moet worden begrepen in die zin dat – voor zover haar op of vóór 4 februari 2014 ingediende inschrijving ongeldig is – zij vordert dat haar inschrijving, zoals op 17 februari 2014 aangevuld, geldig moet worden verklaard, aangezien Rijkswaterstaat haar terecht de gelegenheid heeft geboden het gebrek te herstellen. Bovendien wijst de voorzieningenrechter nogmaals op de toepasselijke bepalingen uit ARW 2012 (art. 2.15.2, 2.15.6 en 2.22.1). Vervolgens stelt hij vast dat het uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst bij de beoordeling van inschrijvingen moet uitgaan van de inschrijvingen zoals deze bij het sluiten van de inschrijvingstermijn zijn ontvangen. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog wijzigt of aanvult. Volgens vaste rechtspraak kan daar slechts in uitzonderlijke gevallen een uitzondering op worden gemaakt indien een inschrijving klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeft of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits de wijziging/aanvulling er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld (HvJEU 29 maart 2012, zaaknummer C-599/10/SAG). Het maken van een dergelijke uitzondering is echter uitgesloten ingeval van een ontbrekend stuk (of ontbrekende informatie) dat (die) op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt (HvJ EU 10 oktober 2013, zaaknummer C-336/12/Manova). De voorzieningenrechter stelt vast dat het inschrijvingsbiljet – op straffe van verdere uitsluiting van de aanbesteding – uiterlijk op 4 februari 2014 om 16.00 uur moest zijn ingediend. Eiseres heeft daaraan niet voldaan. In die situatie is naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen plaats meer voor herstel, in die zin dat eiseres in de gelegenheid wordt gesteld het inschrijvingsbiljet alsnog in te dienen. Reeds om die reden falen de daarop gerichte stellingen van eiseres. Rijkswaterstaat is naar het oordeel van de voorzieningenrechter dan ook op goede gronden teruggekomen op haar e-mailbericht van 13 februari 2014.

Het beroep van eiseres op het – volgens haar – door Rijkswaterstaat, middels het e-mailbericht van 13 februari 2014, bij haar opgewekte vertrouwen dat haar inschrijving niet ongeldig zal worden verklaard wegens het (aanvankelijke) ontbreken van het inschrijvingsbiljet verwerpt de voorzieningenrechter. Uit vaste jurisprudentie volgt immers dat het in het aanbestedingsrecht geldende gelijkheidsbeginsel prevaleert boven het vertrouwensbeginsel (zie ECLI:NL:RBDHA:2014:1711 en ECLI:NL:RBAMS:2011:BR3084). Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan daarom een beroep op het vertrouwensbeginsel er in ieder geval niet toe leiden dat eiseres haar ongeldige inschrijving mag herstellen.

De vorderingen van eiseres worden afgewezen.

Het oordeel van de voorzieningenrechter in zaak nr. C/09/462999 / KG ZA 14-384, ECLI:NL:RBDHA:2014:6204 is vrijwel identiek aan het oordeel in de bovengenoemde zaak.

UITSPRAAK

**Zaak nr. C/09/462946 / KG ZA 14-376,
ECLI:NL:RBDHA:2014:6203**

1 De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 6 mei 2014 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

1.1. Op 12 december 2013 heeft Rijkswaterstaat - een onderdeel van het ministerie van Infrastructuur en Milieu - een Europese openbare aanbesteding aangekondigd betreffende het sluiten van een raamovereenkomst ter zake van het stabiliseren en vastleggen van ontgroningen door middel van bestorting om en nabij de Oosterscheldekering.

1.2. Voor zover hier van belang vermeldt de "Aanbestedingsleidraad":

"1.3 Doel aanbestedingsleidraad

Deze aanbestedingsleidraad geeft nadere informatie over de raamovereenkomst en het verloop van de aanbestedingsprocedure, de eisen waaraan de (inhoud van de) inschrijving dient te voldoen. Tevens wordt de beoordelingsprocedure beschreven en - in algemene termen - de wijze waarop onderliggende nadere overeenkomsten tijdens de looptijd van de raamovereenkomst zullen worden gegund.

1.4 Aanbestedingsreglement

Op de aanbestedingsprocedure voor de Raamovereenkomst is het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (ARW 2012) hoofdstuk 2 (Europese aanbesteding volgens de Openbare procedure) van toepassing.

Op een aanbestedingsprocedure voor een nadere overeenkomst is, naast de raamovereenkomst, tevens de procedure uit hoofdstuk 10 van het ARW 2012 van toepassing.

(....)

4.2. Inschrijven

4.2.1 Bij de inschrijving te verstrekken documenten

1. (...)

2. (...)

3. De inschrijving dient te geschieden op het bij deze Aanbestedingsleidraad gevoegde inschrijvingsbiljet (bijlage C) dan wel op een geheel overeenkomstig daaraan opgesteld biljet.

4. De inschrijver dient bij zijn inschrijving twee volledig ingevulde, gedateerde en ondertekende eigen verklaringen te voegen:

a. een Eigen verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten, en

b. een Aanvullende eigen verklaring,

overeenkomstig de modellen die respectievelijk als bijlage D en bijlage E bij deze aanbestedingsleidraad zijn gevoegd.

(....)

5. De inschrijver dient bij zijn inschrijvingsbiljet een verklaring te voegen als genoemd in artikel 2.22.3 van het ARW 2012 (model K).

(....)

6. Indien de inschrijver zich, om te voldoen aan de geschiktheidseisen genoemd in paragraaf 3.3 van deze aanbestedingsleidraad, beroept op de ervaring en/of bekwaamheid van andere natuurlijke of rechtspersonen, dient de inschrijver dit aan te geven in de Eigen verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten.

Voorts dient de inschrijver bij zijn inschrijvingsbiljet de volgende bescheiden te voegen:

a. een door elke andere natuurlijke of rechtspersoon afzonderlijk ingevulde en ondertekende Derden verklaring uitsluitingsgronden, overeenkomstig het model dat als bijlage D bij deze aanbestedingsleidraad is gevoegd, alsmede de Aanvullende eigen verklaring; en

b. een door elke andere natuurlijke of rechtspersoon opgestelde, gedateerde en ondertekende verklaring, waarin deze jegens de aanbesteder verklaart dat de inschrijver over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen kan beschikken; en

c. voor wat betreft de technische bekwaamheid, een door elke andere natuurlijke of rechtspersoon opgestelde, gedateerde en

ondertekende verklaring, waarin deze jegens de aanbestede verklaart het betreffende onderdeel van de opdracht te zullen uitvoeren.

(...)

4.2.5 Indienen van inschrijvingen

(...)

2. Inschrijvingen dienen uiterlijk op 4 februari 2014 om 16.00 uur te zijn ingediend bij het in lid 1 genoemde dienstonderdeel. Deze datum geldt als uiterste datum voor ontvangst van de inschrijving."

1.3. Bijlage A van de Aanbestedingsleidraad luidt:

"Bijlage A Vereiste mapindeling bij inschrijving

Op envelop:

- Opschrift 'Vertrouwelijk'
- Opschrift 'Inschrijving Raamovereenkomst met zaaknummer: 31079664';
- Naam en adresgegevens van de geadresseerde;
- Naam en adresgegevens van de inschrijver.

In envelop:

1. Een digitale informatiedrager met informatie als genoemd in paragraaf 4.2.2 van deze aanbestedingsleidraad;
2. Een of meerdere Eigen verklaring(en) voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten conform bijlage D bij deze aanbestedingsleidraad en;
Een of meerdere Aanvullende eigen verklaring(en) conform bijlage E bij dit aanbestedingsleidraad;
3. Inge vulde gegevens omtrent bekwaamheid conform bijlage B bij deze aanbestedingsleidraad;
4. Verklaring bestuurder omtrent rechtmatige inschrijving (conform model K bij het ARW 2012);
5. Verklaringen van derden ingeval van een beroep op de financiële en economische draagkracht en/of technische bekwaamheid van andere natuurlijke of rechtspersonen;"

1.4. Bijlage C van de Aanbestedingsleidraad houdt het volgende in:

"Bijlage C Inschrijvingsbiljet

De hierna te noemen inschrijver(s):

A) ... 1)

gevestigd te ... 2)

Inschrijvingsnummer Kamer van Koophandel: ... 3)

(...)

verklaart (verklaren) zich door ondertekening dezes bereid aan te melden voor aanbesteding van de raamovereenkomst met zaaknummer 31079664 met betrekking tot bestellingen ontgrondingskuilen om en nabij de Oosterscheldekering (OSK) in de gemeenten Veere en Schouwen-Duiveland.

De inschrijver(s) verklaart (verklaren) deze aanbieding te doen overeenkomstig de bepalingen van het Aanbestedingsreglement Werken 2012 en met inachtneming van de bepalingen en de gegevens zoals deze zijn omschreven in de aanbestedingsdocumenten.

De inschrijver(s) verklaart (verklaren) dat hij (zij), indien hij (zij) in aanmerking komt (komen) voor de opdracht van de nadere overeenkomst(en), te zijner tijd, alvorens de opdracht wordt verleend, na een daartoe strekkend verzoek van de aanbestedende dienst, een bankgarantie kan (kunnen) overleggen, ter grootte van het in de aanbestedingsdocumenten aangegeven bedrag en overeenkomstig de aangegeven eisen.

Gedaan teop..... (plaats en datum)

De inschrijver(s), A) ...

(...)"

1.5. Op de aanbesteding hebben zes partijen tijdig ingeschreven, onder wie [eiseres].

1.6. Bij e-mailbericht van 13 februari 2014 heeft Rijkswaterstaat - onder meer - het volgende bericht aan [eiseres]:

"Hierbij zend ik u het proces-verbaal van de op 5 februari 2014 gehouden aanbesteding van het contract 31079664 betreffende de raamovereenkomst met betrekking tot bestellingen ontgrondingskuilen om en nabij de Oosterscheldekering (OSK) in de gemeenten Veere en Schouwen-Duiveland.

De aanbestedingscommissie heeft t.a.v. de inschrijving van [eiseres] Kust- en Oeverwerken B.V. het volgende geconstateerd:

- Het inschrijvingsbiljet (bijlage C), e.e.a conform artikel 4.2.1 lid 3 van de aanbestedingsleidraad, ontbreekt.

- De Aanvullende Eigen Verklaring (bijlage E) van [eiseres] GmbH, e.e.a, conform artikel 4.2.1 lid 6a van de aanbestedingsleidraad, ontbreekt.

- Uit de door u aangeleverde gegevens betreffende referentieopdracht nr. 1 is door ons niet te beoordelen dat [eiseres] Kust- en Oeverwerken BV was belast met de dagelijkse organisatie en leiding van de referentieopdracht (het projectmanagement) en de inschrijver jegens de opdrachtgever eindverantwoordelijk was voor de uitvoering van de referentieopdracht. Gaarne ontvangen wij aanvullende gegevens waaruit blijkt dat [eiseres] Kust- en Oeverwerken BV met deze referentie voldoet aan deze eis.

- Bijlage B is ondertekend door dhr. Huijbers, echter [eiseres] Kust- en Oeverwerken BV doet v.w.b. referentieopdracht 2 een beroep op [eiseres] GmbH, deze dient bijlage B mede te ondertekenen.

Normaliter is het inschrijvingsbiljet vanwege het aanbestedingsprocedurebeleid van Rijkswaterstaat "niet herstelbaar", in onderhavig geval zijn er echter goede gronden om het inschrijvingsbiljet te mogen herstellen.

De invulling van het inschrijvingsbiljet is in dit geval waarbij sprake is van een "aanmelding" voor een raamovereenkomst, op essentiële punten anders dan bij een aanbesteding waarbij het inschrijvingsbiljet het "hart" (inhoud/prijs) van de aanbesteding vormt.

In onderhavige aanbesteding is het meer administratief van aard.

Omdat het inschrijvingsbiljet (zo ook de verklaring beschikking materieel) niet op de (uitputtende) lijst stond met in te dienen documenten, is er ook bij RWS sprake geweest van een omissie.

Jurisprudentie hieromtrent geeft aan dat in situaties waarin aanbestedingsdocumenten onduidelijk waren en het alsnog indienen van ontbrekende documenten de gelijke kansen van de inschrijvers niet beïnvloedt, herstel wordt toegestaan.

Na zorgvuldige overweging is er derhalve besloten om het inschrijvingsbiljet in onderhavige aanbesteding te mogen herstellen.

Gaarne ontvang ik van u een afschrift van de ontbrekende/aangepaste documenten uiterlijk maandag 17 februari om 16.00 uur via dit emailadres en de origineel getekende documenten z.s.m. per post.

Indien de ontbrekende documenten niet op het vermelde tijdstip aangeleverd zijn, wordt uw inschrijving alsnog als ongeldig aangemerkt."

1.7. Blijkens de bij het "Proces-verbaal van opening van de inschrijvingen" van 5 februari 2014 gevoegde staat, hebben - naast [eiseres] - nog twee inschrijvers het inschrijvingsbiljet (bijlage C) niet bij hun inschrijving gevoegd.

1.8. Op 17 februari 2014 heeft [eiseres] de ontbrekende informatie en documenten (waaronder het inschrijvingsbiljet) aan Rijkswaterstaat doen toekomen.

1.9. Bij brief van 6 maart 2014 heeft Rijkswaterstaat aan [eiseres] de gunningsbeslissing doen toekomen. Voor zover hier van belang houdt deze het volgende in:

"Hierbij bericht ik u dat mijn gunningsbeslissing ex ARW 2012 inhoudt dat ik voornemens ben een raamovereenkomst aan te gaan met betrekking tot het stabiliseren en vastleggen van ontgrondingen d.m.v. bestorting met granulair materiaal (hoofdzakelijk staalslakken) om en nabij de Oosterscheldekering (OSK) met de volgende ondernemingen:

- Van Oord Nederland B.V. te Rotterdam

- Boskalis Nederland B.V. te Rotterdam

- Herbosch-Kiere N.V. te Kallo (België)

U komt niet in aanmerking voor deelneming in de raamovereenkomst om de volgende reden:

Uw inschrijving is ongeldig, omdat bij het verstrijken van de initiële datum voor indienen van de inschrijvingen, bij uw inschrijving het inschrijvingsbiljet (bijlage C) ontbrak zoals vermeld in artikel 2.22.1 van het ARW 2012, alsmede paragraaf 4.2.1 lid 3 van de, voor deze raamovereenkomst gepubliceerde, Aanbestedingsleidraad Openbare Procedure.

In voornoemde paragraaf is o.a. uitdrukkelijk vermeld dat 'De inschrijving dient te geschieden op het bij deze Aanbestedingsleidraad gevoegde inschrijvingsbiljet (bijlage C) dan wel op een geheel overeenkomstig daaraan opgesteld biljet.'

Hoewel vanuit Rijkswaterstaat u in eerste instantie is gemeld dat het ontbreken van het inschrijvingsbiljet te herstellen was en u de mogelijkheid bent geboden om het ontbrekende inschrijvingsbiljet alsnog in te dienen, acht ik de formele gronden tegen het achteraf alsnog indienen van het inschrijvingsbiljet zwaarwegender.

Rijkswaterstaat dient zich op grond van het transparantie- en gelijkheidsbeginsel strikt te houden aan de algemeen geldende, aanbestedingsregelgeving, namelijk dat het inschrijvingsbiljet bij de inschrijving gevoegd dient te zijn op straffe van ongeldigheid."

2 Het geschil

2.1. [eiseres] vordert, zakelijk weergegeven:

primair

- de Staat - op straffe van verbeurte van een dwangsom - te gebieden de inschrijving van [eiseres] geldig te verklaren en met [eiseres] een raamovereenkomst aan te gaan;

subsidiair

- de Staat te gebieden de raamovereenkomst opnieuw aan te besteden;

een en ander met veroordeling van de Staat in de proceskosten.

2.2. Samengevat voert [eiseres] daartoe het volgende aan.

Rijkswaterstaat handelt onrechtmatig door de inschrijving van [eiseres] ongeldig te verklaren wegens het ontbreken van het inschrijvingsbiljet (Bijlage C van de Aanbestedingsleidraad). [eiseres] heeft namelijk geheel overeenkomstig de inhoud van Bijlage A van de Aanbestedingsleidraad ("Vereiste mapindeling bij inschrijving") ingeschreven. In die bijlage wordt het

inschrijvingsbiljet niet vermeld. [eiseres] mocht ervan uitgaan dat in Bijlage A dwingend en uitputtend wordt voorgeschreven op welke wijze de inschrijving moet plaatsvinden en welke stukken en informatie daarvoor moeten worden verstrekt. Blijkens het e-mailbericht van 13 februari 2014 was Rijkswaterstaat die opvatting - aanvankelijk - ook toegedaan. Naderhand is Rijkswaterstaat daarop ten onrechte teruggekomen, waarmee Rijkswaterstaat tevens het bij [eiseres] opgewekte vertrouwen, dat zij - na voldoening aan de in het e-mailbericht gedane verzoeken - geldig zou hebben ingeschreven, schond. Voor zover wordt geoordeeld dat de inschrijving van [eiseres] gebrekkig is, omdat het inschrijvingsbiljet niet meteen was bijgevoegd, is [eiseres] op goede gronden aanvankelijk in de gelegenheid gesteld het gebrek te herstellen. De op 17 februari 2014 ingediende informatie en documenten (waaronder het inschrijvingsbiljet) dienen dan ook te worden betrokken bij de beoordeling van de inschrijving van [eiseres], zodat deze als geldig moet worden aangemerkt. Het voorgaande klemt te meer nu het inschrijvingsbiljet - naast de wel ingediende stukken/informatie - geen toegevoegde waarde heeft en het verzuim geen nadelig effect heeft op de mededinging. In het uiterste geval moet Rijkswaterstaat worden geboden over te gaan tot heraanbesteding van de raamovereenkomst. De aanbestedingsstukken zijn immers onduidelijk c.q. tegenstrijdig, nu enerzijds de Aanbestedingsleidraad voorschrijft dat (ook) het inschrijvingsbiljet moet worden ingediend en anderzijds het biljet niet wordt vermeld in Bijlage A van de Aanbestedingsleidraad. In die situatie kan en mag de aanbestedingsprocedure niet worden voortgezet.

2.3. De Staat heeft de vorderingen van [eiseres] gemotiveerd bestreden. Voor zover nodig zal zijn verweer hierna worden besproken.

3 De beoordeling van het geschil

Geldigheid inschrijving zonder inschrijvingsbiljet

3.1. Allereerst is aan de orde de vraag of de op of vóór 4 februari 2014 door Rijkswaterstaat ontvangen inschrijving van [eiseres] moet worden aangemerkt als geldig, ondanks het niet bijvoegen van het inschrijvingsbiljet (Bijlage C). [eiseres] stelt dat dat het geval is nu zij heeft ingeschreven overeenkomstig de in Bijlage A van de Aanbestedingsleidraad dwingend voorgeschreven wijze, waarvan het inschrijvingsbiljet geen onderdeel uitmaakt. De Staat heeft dat gemotiveerd weersproken.

3.2. Op de onderhavige aanbesteding is van toepassing (hoofdstuk 2 van) het ARW 2012. Ingevolge de artikelen 2.15.2 en 2.15.6 ARW 2012 moet elke inschrijving zijn voorzien van een inschrijvingsbiljet dat is ondertekend door de inschrijver en is een inschrijving slechts geldig indien het inschrijvingsbiljet en alle gegevens die nodig zijn voor de beoordeling van de inschrijving, uiterlijk op het tijdstip voor de ontvangst van de inschrijvingen zijn ingediend. In de Aanbestedingsleidraad is - in artikel 4.2.1 lid 3 - bepaald dat de inschrijving dient te

geschieden op het bij de leidraad - als Bijlage C - gevoegde inschrijvingsbiljet, dan wel op een geheel overeenkomstig daaraan opgesteld biljet. In lid 4 van dat artikel is bepaald dat de inschrijver de "Eigen Verklaring voor aanbestedingsprocedures van aanbestedende diensten" en de "Aanvullende eigen verklaring" bij zijn inschrijving moet voegen. Dat betekent - gelet op het bepaalde in lid 3 - dat de inschrijver die (twee) verklaringen bij zijn inschrijfformulier moet voegen. Voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver, zoals [eiseres], moet dat ook duidelijk zijn geweest. Daar komt bij dat de leden 5 en 6 van artikel 4.2.1 van de Aanbestedingsleidraad uitdrukkelijk voorschrijven dat de inschrijver de daarin bedoelde stukken dient te voegen bij zijn inschrijvingsbiljet. Tegen die achtergrond betreft de in Bijlage A van de Aanbestedingsleidraad opgenomen "Vereiste mapindeling bij inschrijving" (onderstreept voorzieningenrechter) de wijze waarop de inschrijving moet worden ingediend en een opsomming van de bij het inschrijvingsbiljet te voegen stukken. [eiseres] heeft dat ook moeten (kunnen) begrijpen.

3.3. Het voorgaande betekent dat het inschrijvingsbiljet direct bij de inschrijving moet worden ingediend. Nu [eiseres] dat heeft nagelaten, is haar inschrijving - in beginsel - ongeldig.

Mogelijkheid tot herstel

3.4. Vervolgens is aan de orde de vraag of het gebrek in de inschrijving van [eiseres] - het ontbreken van het inschrijvingsbiljet - zich leent voor herstel, zoals [eiseres] stelt en de Staat betwist.

3.5. Vooropgesteld wordt dat de primaire vordering van [eiseres] mede moet worden begrepen in die zin dat - voor zover haar op of vóór 4 februari 2014 ingediende inschrijving ongeldig is - zij vordert dat haar inschrijving, zoals op 17 februari 2014 aangevuld, geldig moet worden verklaard, aangezien Rijkswaterstaat haar terecht de gelegenheid heeft geboden het gebrek te herstellen. Een dergelijke (ruime) uitleg volgt uit de aan de vordering ten grondslag gelegde stellingen en moet voor de Staat ook duidelijk zijn geweest. Voor zover de Staat als verweer heeft willen voeren dat de primaire vordering van [eiseres] reeds faalt omdat de op 4 februari 2014 om 16.00 uur voorliggende inschrijving van [eiseres] ongeldig is, kan hij daarin dan ook niet worden gevolgd.

3.6. Zoals hiervoor reeds overwogen, staat niet ter discussie dat (hoofdstuk 2 van) het ARW 2012 van toepassing is op de aanbesteding. Ook is al overwogen dat de artikelen 2.15.2 en 2.15.6 ARW 2012 bepalen dat elke inschrijving dient te zijn voorzien van een - door de inschrijver ondertekend - inschrijvingsbiljet en dat een inschrijving slechts geldig is indien het inschrijvingsbiljet en alle gegevens die nodig zijn voor de beoordeling van de inschrijving, uiterlijk op het tijdstip voor de ontvangst van de inschrijvingen zijn ingediend. Voorts is op grond van artikel 2.22.1 ARW 2012 een inschrijving ongeldig, indien deze niet voldoet aan de in het ARW 2012, de aankondiging en de voor de inschrijving relevante stukken gestelde eisen.

3.7. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst bij de beoordeling van inschrijvingen moet uitgaan van de inschrijvingen zoals deze bij het sluiten van de inschrijvingstermijn zijn ontvangen. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog wijzigt of aanvult. Volgens vaste rechtspraak kan daar slechts in uitzonderlijke gevallen een uitzondering op worden gemaakt indien een inschrijving klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeft of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits de wijziging/aanvulling er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld (HvJEU 29 maart 2012, zaaknummer C-599/10/SAG). Het maken van een dergelijke uitzondering is echter uitgesloten ingeval van een ontbrekend stuk (of ontbrekende informatie) dat (die) op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt (HvJ EU 10 oktober 2013, zaaknummer C-336/12/Manova).

3.8. Op grond van hetgeen hiervoor (onder 3.6) is overwogen diende het inschrijvingsbiljet - op straffe van verdere uitsluiting van de aanbesteding - uiterlijk op 4 februari 2014 om 16.00 uur te zijn ingediend. [eiseres] heeft daaraan niet voldaan. In die situatie is geen plaats meer voor herstel, in die zin dat [eiseres] in de gelegenheid wordt gesteld het inschrijvingsbiljet alsnog in te dienen. Reeds om die reden falen de daarop gerichte stellingen van [eiseres]. Rijkswaterstaat is dan ook op goede gronden teruggekomen op haar e-mailbericht van 13 februari 2014.

3.9. Het beroep van [eiseres] op het - volgens haar - door Rijkswaterstaat, middels het e-mailbericht van 13 februari 2014, bij haar opgewekte vertrouwen dat haar inschrijving niet ongeldig zal worden verklaard wegens het (aanvankelijke) ontbreken van het inschrijvingsbiljet wordt verworpen. Uit vaste jurisprudentie volgt immers dat het in het aanbestedingsrecht geldende gelijkheidsbeginsel prevaleert boven het vertrouwensbeginsel (zie ECLI:NL:RBDHA:2014:1711 en ECLI:NL:RBAMS: 2011:BR3084). Een beroep op het vertrouwensbeginsel kan er in ieder geval niet toe leiden dat [eiseres] haar ongeldige inschrijving mag herstellen.

Heraanbesteding

3.10. Het vorenstaande brengt tevens mee dat niet kan worden aangenomen dat de onderhavige aanbestedingsprocedure fouten c.q. onduidelijkheden bevat. Voor staking ervan en heraanbesteding van de raamovereenkomst is dan ook geen aanleiding.

Afronding

3.11. De slotsom is dat de vorderingen van [eiseres] zullen worden afgewezen.

3.12. [eiseres] zal - als de in het ongelijk gestelde partij - worden veroordeeld in de proces- en nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

4 DE BESLISSING

De voorzieningenrechter:

- wijst de vorderingen van [eiseres] af;
- veroordeelt [eiseres] in de proceskosten, tot op dit vonnis aan de zijde van de Staat begroot op € 1.424,--, waarvan € 816,-- aan salaris advocaat en € 608,-- aan griffierecht;
- veroordeelt [eiseres] tevens in de nakosten, forfaitair begroot op € 131,-- aan salaris advocaat;
- bepaalt dat - indien niet binnen veertien dagen na het uitspreken van dit vonnis aan voormelde kostenveroordelingen is voldaan - daarover de wettelijke rente verschuldigd is;
- bepaalt dat, indien en voor zover [eiseres] niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en het vonnis om die reden door de Staat aan [eiseres] is betekend, de nakosten worden vermeerderd met een bedrag van € 68,-- aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na voormelde aanschrijving en met de exploitkosten van de betekening van dit vonnis;
- verklaart de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Het HvJ EU heeft in de arresten SAG¹ en Manova² de kaders uiteengezet waarbinnen kan worden beoordeeld of een gebrek in een inschrijving voor herstel in aanmerking komt.

In het SAG-arrest oordeelde het HvJ EU dat art. 2 Richtlijn 2004/18/EG niet in de weg staat aan een verzoek een inschrijving te verbeteren of aan te vullen mits:

- (1) het verzoek niet leidt tot een 'nieuwe' inschrijving;³
- (2) het verzoek pas plaatsvindt nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen;⁴
- (3) de aanbestedende dienst alle inschrijvers op gelijke wijze in de gelegenheid stelt om hun inschrijving aan te vullen c.q. te verbeteren;⁵
- (4) het verzoek in één keer alle herstelpunten bevat.⁶

In het Manova-arrest overwoog het HvJ EU dat de conclusie uit het SAG-arrest ook van toepassing is op het inschrijvingsdossier dat wordt ingediend in de fase van voorafgaande selectie van gegadigden in een niet-openbare procedure.⁷ De aanbestedende dienst kan verzoeken de gegevens van een dergelijk dossier gericht te verbeteren of aan te vullen, voor zover dat verzoek betrekking heeft op gegevens, zoals een gepubliceerde balans, waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van vóór het einde van de

inschrijvingsstermijn.⁸ Dit ligt echter anders, wanneer volgens de aanbestedingsstukken het ontbrekende stuk of de ontbrekende informatie op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt.⁹

In de onderhavige uitspraak past de voorzieningenrechter de regels uit het SAG- en Manova-arrest in onze optiek correct toe. In deze zaak ontbrak het inschrijvingsbiljet bij de inschrijving van de eisende partij. Het ging daarbij niet om een inschrijvingsbiljet dat het 'hart' van de inschrijving vormt (inhoud/prijs) maar (slechts) om een 'aanmelding' voor een raamovereenkomst. Op dit inschrijvingsbiljet moest de inschrijver (i) de naw-gegevens vermelden; (ii) aangeven dat hij zich aanmeldt voor de aanbesteding; (iii) verklaren de aanbidding te doen in overeenstemming met ARW 2012 en de aanbestedingsdocumenten; en (iv) verklaren desverzocht een bankgarantie te kunnen overleggen.

In de aanbestedingsleidraad was bepaald dat de inschrijving diende te geschieden op het inschrijvingsbiljet. Daarnaast was hoofdstuk 2 van ARW 2012 van toepassing waarin is aangegeven dat elke inschrijving dient te zijn voorzien van een ondertekend inschrijvingsbiljet op straffe van ongeldigheid.¹⁰

Op grond van deze bepaling uit de aanbestedingsleidraad en de artikelen uit het Aanbestedingsreglement werken 2012 overwoog de voorzieningenrechter dat (i) de inschrijving vanwege het ontbreken van het inschrijvingsbiljet ongeldig is;¹¹ en (ii) geen mogelijkheid tot herstel kan worden geboden gezien het feit dat op grond van de bepalingen uit ARW 2012 het inschrijvingsbiljet op straffe van ongeldigheid bij de inschrijving had moeten worden ingediend.¹²

Complicerende factor in deze uitspraak was dat bij de aanbestedingsdocumenten een bijlage was gevoegd 'Vereiste mapindeling bij inschrijving' waarop het inschrijvingsbiljet niet was vermeld. In eerste instantie meende de aanbestedende dienst dat op grond van haar omissie om het inschrijvingsbiljet niet op deze bijlage te vermelden, het ontbreken van dit biljet voor herstel vatbaar was. De aanbestedende dienst kwam later op dit oordeel terug en besloot de eisende partij alsnog uit te sluiten omdat herstel in strijd zou zijn met het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

Dat het gebrek in de inschrijving is veroorzaakt door een omstandigheid die in de risicosfeer van de aanbestedende dienst ligt, is in eerdere jurisprudentie door Nederlandse rechters wel als relevante omstandigheid aangemerkt voor de vraag of een inschrijver in de gelegenheid moet worden gesteld om een gebrek te herstellen.¹³ Uit het SAG-arrest en het Manova-arrest blijkt echter niet dat dit een relevante omstandigheid betreft. Het Hof Arnhem heeft in haar arrest van 7 augustus 2012 op grond van het SAG-arrest bevestigd dat de vraag of de omissie in de hand is gewerkt door de aanbestedende dienst, niet relevant is voor de vraag of de aanbestedende dienst gelegenheid tot herstel moet bieden.¹⁴ In de onderhavige uitspraak heeft de voorzieningenrechter

volgens ons met deze omstandigheid dan ook terecht geen rekening gehouden.

Deze uitspraak bevestigt dat aanbestedende diensten ten aanzien van iedere eis zorgvuldig moeten afwegen of zij willen dat herstel op dat punt mogelijk is. Formuleert een aanbestedende dienst een eis 'op straffe van ongeldigheid' dan kan de aanbestedende dienst reeds om die reden niet meer een herstelmogelijkheid bieden. Is een eis niet 'op straffe van ongeldigheid' geformuleerd en voldoet een aanmelding/inschrijving niet aan een bepaalde eis dan kan de aanbestedende dienst aan de hand van de voorwaarden uit het SAG-arrest en het Manova-arrest toetsen of het betreffende gebrek voor herstel vatbaar is.

mr. M.M. Fimerius, Advocaat bij AKD

VOETNOTEN

- 1 HvJ EU 12 maart 2012, C-599/10 (SAG ELV Slovenko).
- 2 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (Denemarken/Manova), «JAAN» 2013/194.
- 3 HvJ EU 12 maart 2012, C-599/10 (SAG ELV Slovenko), pt. 40.
- 4 HvJ EU 12 maart 2012, C-599/10 (SAG ELV Slovenko), pt. 42.
- 5 HvJ EU 12 maart 2012, C-599/10 (SAG ELV Slovenko), pt. 41 en 43.
- 6 HvJ EU 12 maart 2012, C-599/10 (SAG ELV Slovenko), pt. 44.
- 7 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (Denemarken/Manova), pt. 38, «JAAN» 2013/194.
- 8 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (Denemarken/Manova), pt. 39, «JAAN» 2013/194.
- 9 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (Denemarken/Manova), pt. 40, «JAAN» 2013/194.
- 10 Art. 2.15.2 en 2.15.6 Aanbestedingsreglement werken 2012.
- 11 V.zr. Rb. Den Haag, 20 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6203, r.o. 3.2.
- 12 V.zr. Rb. Den Haag, 20 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6203, r.o. 3.7.
- 13 Zie onder meer: V.zr. Rb. Overijssel, locatie Almelo 19 juli 2013, ECLI:NL:ROVE:2013:1499, «JAAN» 2013/161.

14 Hof Arnhem, 7 augustus 2012,
ECLI:NL:GHARN:2012:BX4609 r.o. 4.10.

Copyright 2022 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.