

LEGAL UPDATE

Op het verkeerde been gezet of niet, de ingediende inhoud van de inschrijving blijft bepalend

Datum: 31 januari 2019

Afgelopen 15 januari heeft het Hof Den Bosch in een bodemprocedure [uitspraak](#) gedaan met betrekking tot een aanbestedingsprocedure. Dit op zichzelf is al opvallend, aangezien aanbestedingsprocedures veelal alleen in kort geding voor de rechter komen. Appellante in deze zaak heeft echter een kort geding mét hoger beroep doorlopen en is vervolgens een bodemprocedure gestart. De onderhavige uitspraak vormt de uitkomst in die bodemprocedure. Het arrest bevat een leerzaam punt over dat strikt aan de inhoud van de ingediende inschrijving wordt vastgehouden.

De aanbestedende dienst in deze zaak is het Markland College. Zij heeft een nationale openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de renovatie en uitbreiding van een van haar gebouwen. Hierop heeft Markland zes inschrijvingen ontvangen, maar al deze inschrijvingen hadden het door Markland vastgestelde budget overschreven. Een inschrijving die het budget overschrijdt wordt normaalgesproken gekwalificeerd als een 'onaanvaardbare inschrijving' (artikel 2.28 lid 4 sub b Aanbestedingswet), wat als consequentie heeft dat de aanbestedende dienst als vervolgstap een mededingingsprocedure met onderhandeling of een concurrentiegerichte dialoog mag organiseren (art. 2.30 lid 1 jo. art. 2.28 lid 1 sub b Aw). In deze zaak mocht Markland echter als vervolgstap een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging organiseren, omdat artikel 5.4.3 van het [Aanbestedingsreglement Werken 2005](#), die hier van toepassing was verklaard, deze mogelijkheid bevatte. Het Hof merkt hierover wel op dat het een aanbestedende dienst niet is toegestaan exclusief met één aanbieder door te onderhandelen.

Markland is met de zes inschrijvers die een geldige, maar in eerste instantie dus te dure, inschrijving hadden gedaan verder gaan onderhandelen. Hierna volgden heraanbiedingen. De hoofdvraag van het hoger beroep in de bodemprocedure was of Markland onrechtmatig heeft gehandeld jegens appellante, door de heraanbieding van appellante te beoordelen als strijdig met het bestek en de minimumeisen en haar de opdracht daardoor niet te gunnen. Als de inschrijving van appellante (op het punt van luchtbehandeling en gevelbelettering) anders beoordeeld zou zijn, zou zij namelijk voldoen aan het criterium laagste prijs en zou appellante de opdracht winnen.

Appellante tekent formeel bezwaar aan tegen het voornemen van gunning aan een ander aannemersbedrijf. In reactie hierop bericht de adviseur van Markland appellante met het verzoek om een offerte te sturen waaruit duidelijk blijkt dat zij de gevelbelettering en luchtbehandeling wél binnen de gestelde kaders kan realiseren. Ook in latere correspondentie vraagt Markland appellante om uitleg waarom de heraanbieding voldoet aan de eisen. Appellante heeft hierop toelichtingen verstrekt over haar aanbieding, maar Markland heeft deze toelichtingen uiteindelijk niet meegewogen en heeft appellante niet in de gelegenheid gesteld om alsnog de opdracht gegund te krijgen.

Het Hof benoemt dat Markland wellicht wat te lang is doorgedaan met vragen stellen, maar dat appellante dat niet als door onderhandelen mocht opvatten. Het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel staat eraan in de weg dat een aanbieding na sluitingstermijn nog gewijzigd kan worden, tenzij aan alle andere inschrijvers ook de mogelijkheid krijgen om hun inschrijvingen te wijzigen. Volgens het hof had appellante al in haar inschrijving moeten aantonen dat ze voldeed aan het bestek en de minimumeisen en kon dit dus niet via latere toelichtingen. Zo is te zien dat het hof een strikt oordeel heeft over dat een inschrijving niet naderhand mag worden gewijzigd.

VAN BENTHEM & KEULEN

ADVOCATEN | NOTARIAAT

Ondanks dat het handelen van Markland appellante op het verkeerde been heeft gezet, is het hof behoedzaam in het aannemen een onrechtmatige handeling aan de kant van de aanbestedende dienst. Inschrijvers dienen er dus (onverkort) alert op te zijn dat hun inschrijving bij indiening gelijk in orde is.

Dit is een Legal Update van Walter Engelhart.

Voor meer informatie:

Walter Engelhart
+31 30 25 95 572
walterengelhart@vbk.nl