

COLOFON

Redactie:

mr. I.A.H. Dolmans-Budé
Dolmans-Budé Legal B.V.

M.J.F. van der Keur
TenderCoach, Den Haag

prof. mr. G.W.A. van de Meent
Loyens & Loeff advocaten, Amsterdam

mr. L.J.W. Sueters
Bartels Sueters Aanbestedingsadvocaten,
's-Hertogenbosch

ir. H.L.J.M. Wijnen
PIANOo, Den Haag

mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV, Raalte

Eindredactie: Marit Hazeleger
E-mail: marit@redactioneleproducties.nl

Uitgever: Frank Bakker
Tel.: (020) 515 93 98
E-mail: Frank.Bakker@reedbusiness.nl

Abonnementen:

Abonnementen: € 204,00 p.j. (incl. BTW)
Losse nummers: € 27,50 (incl. BTW)
Bij betaling via acceptgiro zullen wij een bedrag van € 2,50 (incl. BTW) aan kosten in rekening brengen. Abonnementen lopen automatisch door, tenzij uiterlijk 30 dagen voor de vervaldatum bij onze klantenservice wordt opgezegd via telefoonnummer (0314) 35 83 58.

Aanvraag abonnementen/wijzigingen:

Klantenservice: (0314) 35 83 58
E-mail: klantenservice-dsg@reedbusiness.nl

www.kennisbankinkoopenaanbesteden.nl

De artikelen in de Tender Nieuwsbrief worden gearchiveerd in de kennisbank Inkoop en Aanbesteden van Reed Business bv.

De Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht fungeert als forum voor vraagstukken op het gebied van het nationale, Europese en internationale aanbestedingsrecht.

International Tender Services BV adviseert, begeleidt en traint overheden en nutsbedrijven ter optimalisering van hun inkoopprocessen en aanschaffingen in het kader van de implementatie van wettelijke EG-aanbestedingsvoorschriften.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaardt de redactie en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele verbeteringen van de opgenomen gegevens houden zij zich gaarne aanbevolen.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Uw opgegeven gegevens kunnen worden gebruikt voor het toezenden van informatie en/of speciale aanbiedingen door Reed Business bv en speciaal geselecteerde bedrijven. Indien u hiertegen bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed Business bv, t.a.v. Adresregistratie, Postbus 808 7000 AV Doetinchem.

Uitgeverij Reed
Graag pluggen voor
val en vastenachter

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van
Reed Business bv, Amsterdam
© 2014
ISSN: 1384-2838

DE ZAAK

Het fair-playbeginsel doet haar intrede in het aanbestedingsrecht

Aanbesteders moeten bij een aanbesteding niet alleen rekening houden met de Aanbestedingswet 2012. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur (a.b.b.b.) en de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele goede verhoudingen zijn eveneens van belang. Aanbesteders hebben hierdoor bij het houden van een meervoudig onderhandse aanbesteding een beperkte speelruimte. Dit ondervond Waterschap Scheldestromen recent.¹

De zaak

Scheldestromen heeft eind 2013 een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor het leveren en leggen van vloerbedekking in het waterschapskantoor. Er is sprake van vier percelen. Bij de offerteaanvraag hoort een bijlage waarop per perceel de prijzen voor de werkzaamheden moeten worden ingevuld. Deze moet bij de inschrijving worden gevoegd. Global en TMC Project hebben elk ingeschreven. TMC Project heeft bij haar inschrijving niet de voornoemde bijlage ingediend. TMC Project heeft slechts een totaalaanbieding ingediend. Scheldestromen heeft evenwel aan Global medegedeeld dat zij de opdracht wil gunnen aan TMC Project. Op diezelfde dag is Scheldestromen tot gunning overgegaan. Global komt hiertegen in kort geding op. Global heeft, kort gezegd, gevorderd om Scheldestromen te bevelen de gunning van het werk aan TMC Project ongedaan te maken, over te gaan tot herbeoordeling van de inschrijvingen en een herzien voornemen tot gunning te zenden. Dit is volgens Scheldestromen niet toewijsbaar aangezien de gesloten overeenkomst niet aantastbaar is. Scheldestromen stelt zich op het standpunt dat het haar vrijstond direct definitief te gunnen aan TMC Project, omdat zij niet gehouden was een opschortende termijn in acht te nemen.

De voorzieningenrechter

De rechtbank stelt voorop dat Scheldestromen bij een onderhandse aanbesteding is onderworpen

aan de a.b.b.b. en de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen. In dat kader dient zij het transparantie- en gelijkheidsbeginsel jegens de inschrijvers in acht te nemen. Dit betekent onder andere dat Scheldestromen niet kan afwijken van de door haar zelf in het kader van de aanbestedingsprocedure opgestelde spelregels. De rechtbank oordeelt dat de aanbieding van TMC Project niet voldoet aan de door Scheldestromen voorgeschreven wijze van aanbieden. Scheldestromen had daarom, gelet op het gelijkheidsbeginsel, de aanbieding terzijde moeten leggen en de opdracht niet aan TMC Project mogen gunnen. De omstandigheid dat Scheldestromen reeds met TMC Project een overeenkomst heeft gesloten staat volgens de rechtbank toewijzing van de vorderingen niet in de weg. Ingevolge artikel 7:408 BW is het immers mogelijk om een overeenkomst van opdracht op te zeggen. De rechtbank weegt de belangen van alle partijen af. Hierbij laat de voorzieningenrechter zwaar wegen dat Scheldestromen heeft gehandeld in strijd met het fair-playbeginsel als a.b.b.b. Kern van dit beginsel is dat de overheid (hier als aanbestedende dienst) door haar optreden (of nalaten) op onfaire wijze de rechtspositie van een (rechts)persoon benadeelt. Scheldestromen heeft een effectieve rechtsbescherming tegen de gunningsbeslissing in feite onmogelijk gemaakt, door ervoor te kiezen om op dezelfde dag dat zij als aanbesteder aan inschrijvers bekend maakt aan wie de opdracht wel of niet zal

worden gegund, met de inschrijver aan wie het werk zal worden gegund een overeenkomst te sluiten. In dit geval is geen sprake van spoed die deze handelwijze rechtvaardigt. Daarnaast is niet gebleken van onoverkomelijke problemen als de gesloten overeenkomst door Scheldestromen wordt opgezegd. De rechtbank wijst de vordering van Global toe.

Commentaar

Een niet-private aanbesteder is onderworpen aan een aantal beginselen als zij een opdracht onder de Europese drempelwaarde wenst aan te besteden. Allereerst moet een aanbesteder rekening houden met de Aanbestedingswet 2012. Een aanbesteder die bestuursorgaan is in de zin van artikel 1:1 Awb moet zich tevens houden aan de a.b.b.b.² En tot slot moet een aanbesteder zich gedragen conform de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid.³ Kort zet ik de verplichtingen op een rij. Uit artikel 1.4 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012 volgt dat een aanbesteder op basis van objectieve criteria een keuze moet maken voor een meervoudig onderhandse procedure.⁴ Uit de a.b.b.b. vloeit als zodanig geen verplichting voort om actief potentiële inschrijvers op te roepen tot mededinging (en dus een openbare aanbesteding te houden).⁵ Op grond van artikel 1.4 lid 1 sub b Aanbestedingswet 2012 moet een aanbesteder op basis van objectieve criteria een keuze maken voor de partijen die tot deze procedure worden toegelaten. Bij deze keuze zijn de a.b.b.b. relevant. Uit het zorgvuldigheidsbeginsel volgt, dat een aanbesteder de nodige kennis omtrent de relevante feiten moet verzamelen, en dus alle kennis moet vergaren die nodig is om een beslissing te nemen wie wel en wie niet wordt uitgenodigd. Bij deze beslissing moet zij alle marktpartijen betrekken waarvan zij uit eigen hoofde weet dat deze in aanmerking zouden kunnen komen voor de overeenkomst. Een verzoek hiertoe mag niet zonder meer terzijde worden gelegd. Dit moet gelet op het motiveringsbeginsel deugdelijk worden gemotiveerd.⁶ Tijdens het volgen van de meervoudig onderhandse aanbesteding moet een aanbesteder zich houden aan het in artikel 1.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 genoemde gelijkheidsbeginsel. Alhoewel dit artikel op de door Scheldestromen gehouden aanbesteding van toepassing is, wordt hier in het vonnis om onverklaarbare redenen niet naar verwezen. De rechtbank vindt de oorsprong van het toepasselijke gelijkheidsbeginsel in de a.b.b.b en – conform de Hoge Raad in de *ComforMed*-zaak – de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen.

Artikel 1.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012 verplicht een aanbesteder om aan alle inschrijvers de gunningsbeslissing met de relevante redenen voor deze beslissing mee te delen. Dit vloeit eveneens voort uit de a.b.b.b. (het motiveringsbeginsel). Zoals Scheldestromen terecht aanvoert, rust uit hoofde van de Aanbestedingswet 2012 op haar geen verplichting om een opschortende termijn (de zogenoemde Alcatel-termijn) in acht te nemen. Desalniettemin volgt een dergelijke verplichting wel uit het fair-playbeginsel als a.b.b.b., zo blijkt uit het vonnis. Het is dus raadzaam om een redelijke Alcatel-termijn te hanteren, en deze zo in te richten dat tevens sprake is van een vervaltermijn waarna klagende inschrijvers hun rechten niet meer kunnen laten gelden. Op grond van artikel 1.16 Aanbestedingswet 2012 is een aanbesteder gehouden om het proportionaliteitsbeginsel (ofwel in het kader van de a.b.b.b. evenredigheidsbeginsel genoemd) in acht te nemen. Een en ander conform de Gids Proportionaliteit, die als toe te passen richtsnoer is aangewezen, en waarvan slechts gemotiveerd mag worden afgeweken. Welke mogelijkheid heeft een klagende inschrijver als een aanbesteder in strijd met voornoemde artikelen en/of de a.b.b.b. reeds een overeenkomst heeft gesloten? Uit de jurisprudentie blijkt dat deze mogelijkheden beperkt zijn. Slechts wanneer de aanbesteder een wettelijke dan wel contractuele bevoegdheid heeft om de overeenkomst ongedaan te maken kan een aanbesteder hier in rechte toe worden veroordeeld.⁷ Een in strijd met het aanbestedingsrecht gesloten overeenkomst is in principe niet nietig.⁸ Van vernietiging op grond van artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 is eveneens geen sprake, nu op grond van diezelfde Aanbestedingswet geen verplichting tot inachtneming van een opschortende termijn rust. De rechtbank is van oordeel dat het ingevolge artikel 7:408 BW mogelijk is om een overeenkomst van opdracht op te zeggen. Dit oordeel verbaast mij. Uitgangspunt is weliswaar dat een opdrachtgever te allen tijde de overeenkomst van opdracht kan opzeggen (artikel 7:408 lid 1 BW). Echter, dit uitgangspunt is slechts van dwingend recht voor zover het een natuurlijk persoon betreft die een opdracht heeft verstrekt anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf (artikel 7:413 lid 2 juncto artikel 7:408 lid 3 BW). Dit betekent dat voor zover het gaat om een professionele opdrachtgever, zoals een aanbesteder, kan worden afgeweken van voornoemd uitgangspunt door een vaste looptijd zonder mogelijkheid tot tussentijdse opzegging overeen te komen.⁹

In de meeste overeenkomsten die na een aanbesteding worden gesloten is dit het geval. De bevoegdheid tot opzegging kan in geval van afwijking nog uit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Volgens vaste jurisprudentie kan in zo'n geval opzegging slechts haar grond vinden in onvoorziene, dat wil zeggen niet in de overeenkomst verdisconteerde, omstandigheden, die niet voor rekening van de opzeggende partij komen en die van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet mag verwachten.¹⁰ Het geval dat een aanbesteder in strijd met het aanbestedingsrecht een overeenkomst heeft gesloten komt naar mijn mening voor rekening van de aanbesteder, zodat dit geen grond voor opzegging is. Tot slot kan artikel 3:13 BW (misbruik bevoegdheid) dienen als grond om in te grijpen op een reeds gesloten overeenkomst. In de jurisprudentie is dit nog slechts een fictieve grond gebleken.¹¹ Mogelijk dat het handelen in strijd met het fair-playbeginsel kan worden aangemerkt als handelen in strijd met artikel 3:13 BW.

A. Stellingwerff Beintema
Maasdam Broers Fischer advocaten

Noten

1. Vznr. Rb. Zeeland-West-Brabant, 4 februari 2014, RBZWB:2014:1007.
2. Dit geldt niet voor aanbesteders die dit niet zijn zie Hoge Raad, 4 april 2003, LJN: AF2830, ComforMed.
3. Hoge Raad, 4 april 2003, LJN: AF2830, ComforMed.
4. In het geval dat er buitenlandse ondernemingen geïnteresseerd kunnen zijn, geldt, op grond van de EU-Verdragen en afdeling 1.2.2 Aanbestedingswet 2012, tevens (i) een verplichting tot een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van het voornemen tot het sluiten van de overeenkomst en (ii) het aan de hand van het gelijkheidsbeginsel maken van een keuze voor de contractant.
5. Vznr. Rb. Rotterdam, 12 december 2012, LJN: BY5974.
6. Gerechtshof 's-Gravenhage, 26 oktober 2010, LJN: BO2080; Rb. Zutphen, 4 mei 2011, LJN: BV0451.
7. Rb. Maastricht, 8 oktober 2008, LJN: BF7031.
8. Hoge Raad, 22 januari 1999, NJ 2000, 305.
9. Vznr. Rb. Arnhem, 18 februari 2009, LJN: BH3286.
10. HR 21 oktober 1988, NJ 1990, 439.
11. Zie Tender Nieuwsbrief 2013, nr. 7, p. 4 en 5.