

Redactie:

mr. I.A.H. Dolmans-Budé
Dolmans-Budé Legal BV.

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: Virginie Wagenaar
Tel.: (020) 515 93 95
E-mail: Virginie.Wagenaar@reedbusiness.nl

Abonnementen:

Abonnementen: € 204,00 p.j. (incl. BTW)
Losse nummers: € 25,00 (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 0314-358358.

Aanvraag abonnementen/wijzigingen:

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

www.kennisbankinkoopenaanbesteden.nl

De artikelen in de Tender Nieuwsbrief worden gearciveerd 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, aanvaarden 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 vernenigvuldigd 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 hier tegen bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed Business bv, t.a.v. Adresregistratie, Postbus 808 7000 AV Doetinchem.

uitgeversverbond
Groep uitgevers voor vak en wetenschap

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van Reed Business bv, Amsterdam
© 2013
ISSN 1384-2838

DE ZAAK

Belang bij opdracht maakt nog geen procesbelang

Elke klagende inschrijver heeft een praktisch belang bij toewijzing van zijn vorderingen, al is het maar om door heraanbesteding een nieuwe kans op de opdracht te krijgen. Een praktisch belang betekent echter nog niet dat de klagende inschrijver ook een procesbelang heeft, hoe gerechtvaardigd zijn klacht vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief ook is. Het Hof van Justitie heeft zich in de zaak Fastweb¹ uitgesproken over de vraag of een inschrijver die ongeldig heeft ingeschreven niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn vorderingen, terwijl de enige andere (gekozen) inschrijving ook ongeldig is.

De zaak

Het Italiaanse CNIPA is namens een aantal decentrale overheden (waaronder Azienda Sanitaria Locale di Alessandria) gemachtigd om raamovereenkomsten te sluiten met ondernemers die het selecteert. Zo heeft het CNIPA onder meer met Fastweb en Telecom Italia een raamovereenkomst gesloten. Azienda Sanitaria heeft deze ondernemers op grond van de raamovereenkomst gevraagd om een offerte voor 'datatransmissie- en telefoonlijnen' in te dienen, en vervolgens met Path-Net (een dochteronderneming van Telecom Italia) een overeenkomst gesloten. Fastweb is het hier niet mee eens en heeft beroep ingesteld. Telecom Italia is samen met Path-Net in deze procedure als partij tussengekomen.

Fastweb betwist de regelmatigheid van de inschrijving van Telecom Italia. Deze zou niet voldoen aan bepaalde technische specificaties uit het bestek. Telecom Italia op haar beurt betwist de regelmatigheid van de inschrijving Fastweb. De verwijzende Italiaanse rechter komt tot het oordeel, dat beide inschrijvingen inderdaad niet voldoen aan alle in het bestek opgelegde technische specificaties.

De Italiaanse Raad van State heeft in eerdere zaken geoordeeld, dat enkel degene die rechtmatig aan de aanbestedingsprocedure heeft deelgenomen kan opkomen tegen het besluit tot gunning van de betrokken overheidsopdracht. Dit betekent dat een onderzoek naar de regelmatigheid van de inschrijving vooraf dient te gaan aan het onderzoek naar de regelmatigheid van de procedure, ook als deze inschrijver belang heeft bij heropening van de volledige aanbestedingsprocedure. De vaststelling dat de inschrijving onregelmatig is, heeft terugwerkende kracht. Het praktische belang bij heropening van

de aanbestedingsprocedure geeft deze inschrijver geen rechtspositie op grond waarvan hij bevoegd is. Een dergelijk belang onderscheidt zich immers niet van dat van alle andere ondernemers in de sector die willen deelnemen aan een nieuwe aanbestedingsprocedure.

De verwijzende rechter vraagt zich af of deze rechtspraak in overeenstemming is met de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, vrije mededinging en effectieve rechtsbescherming. De gekozen, onregelmatig inschrijvende inschrijver heeft volgens hem een ongerechtvaardigd voordeel als blijkt dat de klagende inschrijver onregelmatig heeft ingeschreven (en als die aldus geen belang meer heeft om op te komen tegen de regelmatigheid van de procedure en daarmee de gunning aan de gekozen inschrijver). De verwijzende rechter stelt hierover een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie.

Beantwoording Hof van Justitie

Het Hof van Justitie wijst allereerst naar artikel 1 van rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665. Hieruit blijkt dat:

- voorzien moet worden in de mogelijkheid om op doeltreffende wijze beroep in te stellen tegen besluiten van aanbestedende diensten die onverenigbaar met het Unierecht zijn;
- de beroepsprocedures op zijn minst toegankelijk moeten zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

Onder verwijzing naar het Hackermüller-arrest² wijst het Hof van Justitie erop, dat ook tegen een besluit tot uitsluiting beroep moet kunnen worden ingesteld. Het Hof van Justitie oordeelt, dat als de gekozen inschrijving ten onrechte niet is uitgesloten van aan-

besteding, het beroep hiertegen van een klagende inschrijver niet mag worden verworpen als

- de regelmatigheid van de inschrijving van beide ondernemers ter discussie wordt gesteld
- in het kader van dezelfde procedure en
- op identieke gronden.

In een dergelijke situatie kan elk van de concurrenten volgens het Hof van Justitie immers een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de ander(en) aanvoeren, dat kan leiden tot de vaststelling dat de aanbestedende dienst geen regelmatige inschrijving kan selecteren.

Het Hof van Justitie komt, kort gezegd, tot de conclusie, dat in rechte

- een klagende inschrijver niet – wegens het hebben ingediend van een inschrijving die niet voldoet aan de technische specificaties – niet-ontvankelijk in haar vorderingen mag worden verklaard, zonder dat
- een uitspraak wordt gedaan over de vraag of zowel de inschrijving van de gekozen inschrijver als de inschrijving van de klagende inschrijver overeenstemmen met de technische specificaties.

Commentaar

Allereerst vraag ik me af welke rechtvaardiging er is dat de aanbestedende dienst de opdracht mag gunnen aan een dochter van een inschrijver. Is dit niet in strijd met het Presstext-arrest?³ Hier gaat het arrest evenwel niet op in. Waar gaat het arrest dan wel over? In de praktijk doet zich regelmatig de volgende situatie voor. Een inschrijver is afgewezen omdat zijn inschrijving niet op de eerste plek is geëindigd. De betreffende inschrijver is het om zijn moverende redenen hier niet mee eens, start een kort geding en vordert primair gunning aan hemzelf, subsidiair herbeoordeling van zijn inschrijving, en meer subsidiair heraanbesteding. De (advocaat van de) aanbestedende dienst gaat nog eens spitten in de inschrijving van de klagende inschrijver en vindt een ongeldigheid. De rechter oordeelt dat de klagende inschrijver gelet op het gelijkheidsbeginsel moet worden uitgesloten van de aanbesteding, en dus geen belang meer heeft bij zijn vorderingen. Dit leidt ertoe dat de klagende inschrijver niet-ontvankelijk wordt verklaard in zijn vorderingen.⁴ Eind goed, al goed voor de aanbestedende dienst. Althans, dit was de gang van zaken voor 7 december 2012, toen de Hoge Raad het KPN-arrest⁵ wees. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat een latere aanvulling van de in de afwijzingsbrief opgenomen redenen van afwijzing in beginsel niet mogelijk is. Of het gelijkheidsbeginsel kan worden aangemerkt als een bijzondere reden of omstandigheid die aanvulling van de afwijzing met een later geconstateerde ongeldigheid wel mogelijk maakt, zal in de jurisprudentie nader moeten worden uitgemaakt. Vanuit aanbestedingsrechtelijk oog-

punt bezien moet er naar mijn mening vanuit worden gegaan dat het gelijkheidsbeginsel voor het vertrouwensbeginsel gaat, en de klagende inschrijver niet-ontvankelijk zal worden verklaard.

Maar wat nu als de klagende inschrijver zich op het standpunt stelt dat de gekozen inschrijver ook een ongeldige inschrijving heeft gedaan. Heeft hij dan wel belang bij zijn vorderingen? Uit het arrest van het Hof van Justitie leid ik af dat hij dan nog steeds geen belang heeft als er andere inschrijvers zijn waarvan vaststaat dat deze wel een geldige inschrijving hebben gedaan.

En wat nu als de klagende inschrijver zich op het standpunt stelt dat alle andere inschrijvers een ongeldige inschrijving hebben gedaan? Uit het arrest van het Hof van Justitie leid ik af dat de klagende inschrijver in dat geval wel de gelijk niet-ontvankelijk is in zijn vorderingen die zien op gunning aan zichzelf, herbeoordeling van zijn inschrijving of heraanbesteding, maar wel ontvankelijk is in zijn vorderingen die zien op de ongeldigverklaring van de inschrijvingen van de andere inschrijvers. Het arrest van het Hof van Justitie komt overeen met de vaste lijn in de Nederlandse jurisprudentie. Uit de Nederlandse jurisprudentie blijkt zelfs dat een inschrijver wiens inschrijving pas na het aanhangig maken van een kort geding ongeldig is verklaard tevens een belang heeft bij zijn vordering tot herbeoordeling van alle andere inschrijvingen. Immers, het is niet uit te sluiten dat als de aanbestedende dienst deze inschrijvingen even nauwgezet bestudeert, zelfs alle inschrijvingen ongeldig blijken te zijn. Hierdoor bestaat er voor de klagende inschrijver een kans op deelname aan de heraanbesteding. In zoverre heeft de klagende inschrijver belang bij deze vordering.⁶ Plaatsen we het arrest in breder perspectief, dan gaat het om de vraag wanneer een klagende inschrijver naast een praktisch belang bij toewijzing van zijn vorderingen ook een procesbelang heeft. De door het Hof van Justitie aangehaalde rechtsbeschermingsrichtlijn (artikel 1 lid 3) stelt twee cumulatieve voorwaarden:

- de klager moet belang hebben of hebben gehad bij gunning van een bepaalde opdracht; en
- de klager moet door een beweerde inbreuk zijn geschaad of dreigen te worden geschaad.

Aan de eerste voorwaarde – het zogenoemde praktische belang – voldoet een afgewezen inschrijver (of een brancheorganisatie die opkomt voor de belangen van haar leden)⁷ in principe. Niet wordt voldaan als bijvoorbeeld de klager zelf de opdracht niet wenst te verwerven, maar klaagt:

- omdat hij probeert om een bepaald project te vertragen met een beroep op de aanbestedingsrichtlijnen;
- om bedrijfseconomische redenen;⁸
- omdat hij de betreffende activiteiten niet verricht.⁹

Aan de tweede voorwaarde wordt bijvoorbeeld in de volgende situaties niet voldaan.

- De klager heeft ongeldig ingeschreven, en er zijn

inschrijvers die wel geldig hebben ingeschreven.

Deze klager heeft overigens wel procesbelang bij een vordering die opkomt tegen de ongeldigverklaring. Dit volgt uit het hier besproken arrest van het Hof van Justitie.

- De klager zou de aanbesteding niet hebben gewonnen ook al zou de aanbesteding correct zijn gelopen.
- De klager heeft geen nadeel ondervonden (of omgekeerd: de andere inschrijvers hebben geen voordeel ondervonden) van het beweerde strijdige handelen met het aanbestedingsrecht.¹⁰
- De klager kan niet aantonen dat hij zelfstandig, noch in combinatie, noch in onderaanneming zou kunnen meedingen naar de opdracht, noch in de toekomst een potentiële inschrijver is.¹¹

Ook een klager die ten behoeve van de inschrijving een combinatie heeft gevormd, maar zelfstandig vorderingen instelt heeft volgens de jurisprudentie geen procesbelang, terwijl naar mijn mening wel aan de twee voornoemde voorwaarden is voldaan.¹² Kortom, hoe gerechtvaardigd een klacht vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief ook is, dit maakt een klager nog niet steeds ontvankelijk in zijn vorderingen in rechte. In dat geval resteert een klager die bloed wil zien een klacht in te dienen bij de Europese Commissie en/of de Commissie van Aanbestedingsexperts (bij de laatste instantie na eerst bij de aanbestedende dienst zelf te hebben geklaagd). Zekerheid dat de Europese Commissie de klacht oppakt, is er evenwel niet, en dat de Europese Commissie behoorlijk procedeed ook niet, getuige het recente arrest-Doornackers.¹³

mr. A. Stellingwerff Beintema
Maasdam Broers Fischer advocaten

Noten

1. HvJ EU, 4 juli 2013, C-100/12, Fastweb.
2. vJ EU 19 juni 2003, C-249/01, Hacker Müller.
3. vJ 19 juni 2008, C-454/06, Presstext.
4. Zie Kroniek Jurisprudentie Aanbestedingsrecht 2005-2011, I.J. van den Berge e.a., voetnoot 777.
5. HR 7 december 2012, LJN: BW9231.
6. V.zr. Rb. Den Haag, 19 september 2008, LJN: BG3427; V.zr. Rb. Den Haag, 14 september 2011, LJN: BT6715.
7. V.zr. Rb. Den Haag, 25 juni 2007, LJN: BB2297.
8. V.zr. CBb 28 oktober 2008, JLN: BG1734; V.zr. Rb. Breda 3 november 2009, LJN: BK1804.
9. Rb. Leeuwarden, 27 januari 2010, LJN: BL0582.
10. V.zr. Rb. Arnhem, 24 januari 2012, LJN: BV3641.
11. V.zr. Rb. Den Haag 27 oktober 2010, LJN: BO1960.
12. V.zr. Rb. Maastricht, 4 juli 2008, LJN: BG3977; V.zr. Rb. Middelburg, 13 februari 2009, LJN: BJ1373; Hof Leeuwarden, 22 maart 2011, LJN: BQ0523.
13. HvJ EU, 11 juli 2013, C-576/10, Commissie/ Nederland.