



Heraanbesteden: eens te laat, altijd te laat?

Vrijdag de 13e brengt aanbesteder geen geluk

Zeer recent, namelijk op 13 februari 2009, heeft de Voorzieningenrechter van de rechtbank te 's-Hertogenbosch ten aanzien van een aanbestedingsgeschil een vonnis gewezen. De vraag was: mag de aanbesteder na een gehouden aanbesteding hetzelfde werk opnieuw aanbesteden? Hoofregel is dat *niet* mag worden heraanbesteed door de aanbesteder. Geldt hier toch een uitzondering?

Auteur: Anja van den Borne

Wat was het geval?

Een aanbesteder kondigt in september 2008 een onderhandse aanbesteding aan bij vijf potentiële inschrijvers. De ARW 2004 zijn op de aanbesteding van toepassing verklaard. In december 2008 vindt de inschrijving plaats. Drie inschrijvers schrijven tijdig in en twee inschrijvers zijn te laat. De twee inschrijvers mogen op basis van de aanbestedingsregels niet meer met de aanbesteding meedoen. Vervolgens vraagt de aanbesteder aan de drie geldige inschrijvers of zij het goed vinden dat de andere twee inschrijvers nog worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure. Een van de inschrijvers meldt dat hij niet akkoord gaat met het toelaten van deze twee inschrijvers. In de periode daarna volgt een briefwisseling waarbij de aanbesteder zich op het standpunt stelt dat er iets mis is gegaan met de aanbesteding, aangezien hij een van de inschrijvers nog een extra termijn zou hebben gegund om op het werk in te schrijven. Deze handelwijze zou volgens de aan-

besteder in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel. De aanbesteder heeft aangekondigd dat zij de lopende aanbestedingsprocedure zal beëindigen en het werk zal heraanbesteden. Volgens een van de inschrijvers kan dit niet en kan er wel nog steeds aan een van de drie inschrijvers worden gegund. Begin februari 2009 vindt er een heraanbesteding plaats, althans de aanbesteder heeft de uitnodigingen voor de onderhandse aanbesteding verzonden. Op vrijdag de 13e februari 2009 zou de inschrijving plaatsvinden.

Kort geding

Echter, nog voor deze inschrijving heeft een van de inschrijvers een kort gedingprocedure gestart, waarin deze inschrijver de Voorzieningenrechter heeft verzocht om de heraanbesteding te beëindigen en de opdracht aan een van de drie inschrijvers te gunnen. In de procedure stelt de aanbesteder zich op het standpunt dat de inschrijver te laat is met de procedure, aangezien

de aanbesteder al eind 2008 had medegedeeld dat het werk zou worden heraanbesteed en dus de nog lopende aanbestedingsprocedure zou worden ingetrokken. De aanbesteder beroept zich op het Alcatel-arrest.

Alcatel

Het Alcatel-arrest houdt in de kern in dat inschrijvers de mogelijkheid moeten hebben om de door de aanbesteder voorgenomen gunning aan te vechten nog voordat de aannemingsovereenkomst tot stand komt. Daartoe dienen de inschrijvers een termijn van in de regel 14 dagen te worden geboden om een gunningsvoornemen aan te vechten. Aan die termijn dienen de andere inschrijvers strikt te worden gehouden om de aanbesteding niet langer dan nodig op te houden. Na deze termijn mag de aanbesteder overeenkomstig zijn gunningsvoornemen een overeenkomst sluiten en is een vordering tot een verbod daartoe niet meer ontvankelijk.



Dit alles heeft zich volgens de Voorzieningenrechter in het onderhavig geval niet voorgedaan. De aanbesteder heeft geen voorneemen tot gunning aangekondigd waarop van de afgewezenen een snelle reactie mag worden verwacht. De aanbesteder heeft alleen een voorneemen geuit om te gaan heraanbesteden. Daarmee heeft de aanbesteder zelf vertraging veroorzaakt in de aanbestedingsprocedure. In die situatie is het stellen van een termijn zoals de aanbesteder deed niet, zoals in Alcatel-gevallen, in het belang van de inschrijvers en ten dienste van hun adequate rechtsbescherming. Het is een niet op de wet, overeenkomst of rechtspraak berustende poging van de aanbesteder om het eigen voordeel te vergroten door de inschrijver te beperken in zijn mogelijkheden om tegen het voornemen tot heraanbesteding op te komen. **Het eenzijdig opleggen van een vervaltermijn is op basis van het aanbestedingsrecht niet mogelijk.**

Tevens oordeelt de Voorzieningenrechter dat heraanbesteding van hetzelfde werk in aanbestedingsrecht zonder objectieve rechtvaardiging niet geoorloofd is. Objectieve rechtvaardiging is in ieder geval niet gelegen in de omstandigheid dat mogelijk ten onrechte aan een genodigde een uitstel van inschrijving is verleend. Als die genodigde daardoor nadeel ondervindt, moet zulks aan de aanbesteder worden toegerekend.

Beslissing

De Voorzieningenrechter wijst de vorderingen van de inschrijver toe en verbiedt de aanbesteder om het werk te heraanbesteden. Tevens beveelt

de Voorzieningenrechter de aanbesteder om het werk uitsluitend aan een van de drie inschrijvers te gunnen. Houdt de aanbesteder zich niet aan het verbod en/of bevel, dan dient de aanbesteder aan de inschrijver een dwangsom te betalen van €500.000,-. De inschrijver heeft nu een 1/3 kans dat het werk aan hem zal worden opgedragen.

Relevantie voor de praktijk

Met enige regelmaat komt het voor in mijn praktijk dat partijen zich niet houden aan de aanbestedingsregels. **Partijen die zich bezighouden met het aanbesteden van bijvoorbeeld kunstgrasvelden, sportcomplexen en dergelijke zullen er rekening mee moeten houden dat bij aanbesteding van een werk, het in principe niet mogelijk is dat door de aanbesteder wordt heraanbesteed.** Voor de aanbesteder zou heraanbesteding overigens wel mogelijk kunnen zijn indien de opdracht c.q. het bestek wezenlijk wordt gewijzigd. Het opknippen van het werk in verschillende deelwerken is daarbij geen wezenlijke wijziging van de opdracht c.q. het bestek. Indien de aanbesteder het werk niet wil opdragen heeft hij ook de mogelijkheid om het werk in zijn geheel niet op te dragen. Deze situatie zal zich niet vaak voordoen, aangezien de aanbesteder meestal het betreffende werk wel wil laten realiseren.



Anja van den Borne, de auteur van dit artikel, is advocaat bij Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP in Eindhoven. Wanneer u een vraag heeft over een juridisch onderwerp dat in een volgend nummer van Fieldmanager kan worden besproken, kunt u direct contact opnemen met haar via telefoonnummer 040-2626450 of anja.van.den.borne@hollandlaw.nl.