

Aanvullen afwijzingsgronden niet toegestaan!

Door mr. A.A. Rassa

Bij een aanbesteding mag de aanbestedende dienst na de (voorlopige) gunningsbeslissing niet (meer) andere relevante redenen voor de gunningsbeslissing aanvoeren. Een uitzondering is alleen mogelijk indien de aanbestedende dienst aannemelijk maakt dat sprake is van bijzondere redenen of omstandigheden. Afwijzingsgronden mogen wel achteraf nog nader worden toegelicht. Deze koerswijziging zal door inschrijvers met gejuich worden ontvangen. Zij weten beter en eerder waar ze aan toe zijn. Voor aanbestedende diensten geldt dat zij alle aanmeldingen direct volledig moeten beoordelen. Zij zijn dus meer tijd kwijt in aanvang van de beoordelingsfase. Dat verdienen ze weer terug indien inschrijvers gaan klagen en een procedure overwegen.

Een herkenbare situatie voor inschrijvers op een aanbesteding is de volgende. In de gunningsfase ontvangt de inschrijver een afwijzingsbrief. In die brief is gemotiveerd waarom de inschrijver bij de puntentoekening niet als eerste is geëindigd. De inschrijver is het niet eens met die motivering en start een (dure) kortgedingprocedure. Vol vertrouwen kijkt de inschrijver uit naar de naderende zitting. Dan wordt de inschrijver opeens kort voor de zitting – of soms zelfs tijdens de zitting – geconfronteerd met de mededeling dat haar inschrijving ongeldig zou zijn. Vaak heeft de inschrijver dan te weinig tijd om daar adequaat op te reageren. Vervolgens oordeelt de Voorzieningenrechter dat deze ongeldige inschrijving ter zijde moet worden gelegd, ook al is de ongeldigheid van deze inschrijving door de aanbestedende dienst pas achteraf (ná de oorspronkelijke afwijzingsbrief) aangekaart. Ter motivering wordt het gelijkheidsbeginsel aangevoerd. De belangen van derden zouden worden geschaad indien een ongeldige inschrijving in beschouwing wordt genomen. De inschrijving wordt gepasseerd en de inschrijver blijft met lege handen achter.

In december 2012 heeft de Hoge Raad een halt toegeroepen aan dit soort – voor de inschrijver onwenselijke – praktijken.

Uitspraak Hoge Raad

De Hoge Raad heeft op 7 december 2012 (LJN: BW9231 en/of BW9233) geoordeeld dat artikel 6 lid 1 van de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen (Wira) aldus dient te worden uitgelegd dat een latere aanvulling van de in die bepaling bedoelde relevante redenen (afwijzingsgronden) in beginsel niet mogelijk is. Dat betekent dat de aanbestedende dienst niet achteraf (ná de gunningsbeslissing met redenen van afwijzing) nog andere relevante redenen voor de afwijzing mag aanvoeren. Hiermee is de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst aangescherpt. Een uitzondering is mogelijk in het geval de aanbestedende dienst aannemelijk maakt dat sprake is van bijzondere redenen of omstandigheden. Ter voorkoming van misverstand merkt de Hoge Raad nog op dat een nadere toelichting van de reeds medegedeelde afwijzingsgronden wel is

toegestaan. Deze mogelijkheid vindt echter haar begrenzing daar waar in feite sprake is van het aanvoeren van nieuwe redenen, aldus de Hoge Raad.

Uitspraak Voorzieningenrechter te Breda

In navolging van de Hoge Raad heeft ook de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda op 30 januari 2013 (LJN: BZ0480) geoordeeld dat het de aanbestedende dienst niet is toegestaan om achteraf nog nieuwe relevante redenen voor afwijzing aan te voeren. In die procedure voerde de klagende inschrijver aan dat de aanbestedende dienst ten onrechte een gunningsbeslissing later heeft aangevuld met nieuwe gronden. De aanbestedende dienst had op 28 november en 12 december 2012 de redenen van afwijzing medegedeeld aan de klagende inschrijver. De brief van 12 december 2012 werd door de Voorzieningenrechter beschouwd als een nadere toelichting op de in de gunningsbeslissing vermelde reden van afwijzing (brief van 28 november 2012). De brief van 12 december 2012 werd daarom dan ook in de beoordeling van het geschil betrokken. De aanbestedende dienst had vervolgens ook op 7 januari 2013 een brief aan de klagende inschrijver verzonden. In die brief werd (als reden voor de afwijzing) voor het eerst aangevoerd dat de inschrijving van de klagende inschrijver ongeldig zou zijn. De Voorzieningenrechter oordeelde dat de inhoud van voormelde brief van 7 januari 2013 geen rol kan spelen en niet in de beoordeling van het geschil wordt betrokken. In die brief werden immers andere redenen voor de gunningsbeslissing aangevoerd dan de redenen die waren vermeld in de brieven van 29 november en 12 december 2012. Dat de aanbestedende dienst de klagende inschrijver een (nieuwe) termijn gunde om zich tegen deze nieuwe reden te weren doet daaraan niet af, aldus de Voorzieningenrechter.

Conclusie

Voor aanbestedende diensten geldt dat ze in het vervolg alle relevante redenen in het gunningsvoornemen moeten opnemen. Aanvulling van die redenen kan alleen in uitzonderingsgevallen. Een nadere toelichting van die redenen is wel toegestaan. Aanbestedende diensten doen er goed aan om voortaan alle aanmeldingen (nog) zorgvuldig(er) te toetsen, alvorens het gunningsvoornemen wordt medegedeeld. Voor inschrijvers geldt dat de hiervoor geschetste (voor hen onwenselijke) praktijken zich niet snel meer zullen voordoen.

Voor vragen of meer informatie neemt u gerust contact met ons op via 026 - 3522 833 of
aanbestedingsrecht@dekempenaer.nl