

COLOFON

Redactie:

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

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
PIANO, 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)
Lasse 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 gearriveerd in de kennisbank Inkoop en Aanbesteden van Reed Business bv.

De Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht lungeert 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 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.

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

DE ZAAK

Wachten tot winnaar aanbesteding tekortschiet en dan kort geding

Maanden ná het verstrijken van de Alcateltermijn en de definitieve gunning, maar vóór aanvang van de (feitelijke uitvoering van de) overeenkomst wordt duidelijk dat de gegunde partij niet (tijdig) aan de uitvoeringseisen zal voldoen. De opvolgende inschrijver start daarop een kort geding. De Amsterdamse voorzieningenrechter oordeelt dat deze opvolgende inschrijver zijn rechten niet heeft verwerkt en alsnog in kort geding mocht opkomen.¹ Volgens de rechter heeft de winnaar ongeldig ingeschreven, althans is de winnaar in verzuim geraakt. De aanbesteder moet daarom de overeenkomst ontbinden en gunnen aan de opvolgende inschrijver.

De feiten

De Dienst Afval Energie-Bedrijf van de gemeente Amsterdam (DAEB) heeft de verwerking van afvalstromen Europees aanbesteed. Op straffe van ongeldigheid moesten inschrijvers, althans de eindverwerker van het afval, een geldige milieuvergunning overleggen. Een andere minimumeis was dat inschrijvers over een alternatieve (afvalverwerkings)locatie moesten beschikken om bij calamiteiten de afvalverwerking te continueren. Om te voldoen aan deze eis mocht ook een beroep op een derde worden gedaan.

Inschrijver 'X' is door DAEB aangewezen als 'winnaar'. De inschrijving van Icovia is afgewezen bij brief van 17 november 2011. Daarbij is aangegeven dat bij bezwaar, binnen 15 kalenderdagen een kort geding aanhangig moet worden gemaakt.

Icovia maakt bezwaar tegen de afwijzing bij brief van 30 november 2011. Het is haar bekend dat X voor de alternatieve locatie gebruik maakt van de locatie van Y. Y zou niet over een milieuvergunning beschikken.

Bij brief van 30 november 2011 bevestigt DAEB dat gebruik wordt gemaakt van de locatie van Y en dat Y geen milieuvergunning heeft. Echter, volgens DAEB hoeft pas bij de uitvoering op 1 juni 2012 een milieuvergunning aanwezig te zijn. De aanvraag voor de vergunning zou al lopen. Icovia laat daarop weten dat zij nauwelijktand in de gaten zal houden of Y tijdig over een geldige vergunning zal beschikken en indien dat niet het geval is, zij DAEB alsnog in rechte zal betrekken. Icovia behoudt zich ter zake alle rechten voor.

Bij brief van 5 december 2011 is de opdracht definitief aan X gegund.

Op 12 april 2012 sommeert Icovia DAEB de inschrijving van X alsnog ongeldig te verklaren. Uit een brief van Y aan de Commissaris van de Koningin van Noord-Holland blijkt namelijk dat de vergunning op z'n vroegst op 10 augustus 2012 onherroepelijk zal worden. Ruim nadat de overeenkomst aanvangt dus. Aangezien DAEB geen gevolg geeft aan deze sommatie, start Icovia een kort geding.

Alcateltermijn geen vervaltermijn

Volgens DAEB en X heeft Icovia haar rechten verwerkt omdat niet binnen de Alcateltermijn een kort geding is gestart. De voorzieningenrechter verwerpt dit verweer. De Alcateltermijn betreft een opschortingstermijn voor de aanbesteder om 15 dagen na de gunningsbeslissing te wachten met het sluiten van de overeenkomst. Het is geen (wettelijke) vervaltermijn waarbinnen inschrijvers een kort geding moeten beginnen.

Aanvullende rechtsbescherming naast WIRA

De Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen en de implementatie daarvan via de Wet Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijnen Aanbesteden (WIRA) bevatten minimumharmonisatie. Als het nationale recht meer rechtsbescherming biedt, dan moet het nationale recht toegepast worden. Naar nationaal recht moet er sprake zijn van bijzondere omstandigheden voor dat rechtsverwerking kan worden aangenomen.

Daarom moet volgens de voorzieningenrechter (ook) worden beoordeeld of Icovia wellicht haar rechten heeft verwerkt door (pas) in april tot dagvaarding over te gaan.

Icovia niet te laat met dagvaarden

Bij de beoordeling of er sprake is van (bijzondere omstandigheden die nopen tot) rechtsverwerking overweegt de rechter dat Icovia nimmer het vertrouwen heeft gewekt dat zij haar aanspraak niet meer geldend zal maken. Icovia heeft ruim binnen de Alcateltermijn DAEB gewezen op het risico dat X niet (tijdig) aan de minimumeisen zou voldoen. Tevens heeft zij DAEB uitdrukkelijk erop gewezen dat zij scherp in de gaten zou houden of tijdig de juiste vergunning zou zijn verleend.

Vervolgens beoordeelt de voorzieningenrechter of DAEB en X onredelijk worden benadeeld als Icovia haar vorderingen geldend zou maken. De rechter volgt DAEB en X in hun stelling dat Icovia ook tijdens de Alcateltermijn een kort geding had kunnen starten. Daarin had Icovia kunnen vorderen dat het DAEB wordt verboden de opdracht definitief te gunnen totdat duidelijk is dat over de vereiste vergunning tijdig kan worden beschikt. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat Icovia erop mocht vertrouwen dat DAEB, als professionele aanbesteder, aldoende maatregelen zou nemen om te voorkomen dat zij (onrechtmatig) een opdracht gunt aan een partij waarvan vóór definitieve gunning gerede twijfel is of die aan de eisen kan voldoen. De rechter vindt het te ver gaan dat Icovia na de waarschuwing en de reactie daarop van DAEB verplicht zou zijn direct een kort geding te starten. Er is dus geen sprake van rechtsverwerking.

Milieuvergunning was vereist

Bij de eis dat er een alternatieve locatie moet zijn, was niet specifiek opgenomen dat er voor die locatie ook (op 1 juni 2012) een milieuvergunning moet zijn. Uit de systematiek van de aanbestedingsstukken en de context van de vergunningseis leidt de rechter af dat deze vergunningseis ook voor de alternatieve locatie geldt. Op de alternatieve locatie moeten ook dezelfde werkzaamheden worden verricht als op de hoofdlocatie.

Ontbinding overeenkomst

Nu X noch Y bij de startdatum van de overeenkomst over de juiste vergunning zal beschikken, is het volgens de voorzieningenrechter bij voorbaat duidelijk dat X bij de start in verzuim zal zijn.

DAEB is daarom gehouden (overeenkomstig artikel 6:80 Burgerlijk Wetboek) de overeenkomst met X te ontbinden.

Belangenafweging

Bij de belangenafweging verwijst de rechter naar de belangenafweging die op grond van de WIRA mag plaatsvinden bij een vordering tot vernietiging van de overeenkomst. DAEB en X hebben in het kader van de belangenafweging uitsluitend economische redenen aangevoerd. Op grond van de WIRA mogen die belangen niet worden meegewogen teneinde vanwege dwingende spoed af te zien van vernietiging van een onrechtmatig aanbesteedde overeenkomst. Voorts was ten tijde van de zitting de startdatum van 1 juni 2012 nog niet aangevangen en heeft Icovia gemeld dat zij in staat is om (wel) tijdig en besteksconform de overeenkomst uit te voeren.

Geen nieuwe aanbesteding maar gunnen aan opvolgend inschrijver

Door de contractering met X is de aanbestedingsprocedure beëindigd. Volgens de voorzieningenrechter verzet geen aanbestedingsrechtelijk belang zich tegen het heropenen van de aanbestedingsprocedure en het gunnen van de opdracht aan de opvolgende inschrijver (Icovia). Het teruggrijpen op het oude aanbestedingsresultaat is geen wezenlijke wijziging. Alle voorwaarden blijven immers hetzelfde en bovendien heeft Icovia verklaard haar inschrijving gestand te doen.

Op grond van het voorgaande oordeelt de voorzieningenrechter dat DAEB de overeenkomst met X dient te ontbinden en wordt DAEB geboden de opdracht aan geen ander dan Icovia te gunnen.

Commentaar: Alcateltermijn is opschortingstermijn

Het is juist dat de Alcateltermijn van 15 dagen in de WIRA (slechts) een opschortingstermijn is jegens de aanbesteder en geen vervalltermijn jegens de inschrijvers. Algemeen wordt aangenomen dat dit anders wordt, als in de aanbestedingsdocumenten expliciet is opgenomen dat binnen deze termijn een kort geding aanhangig moet worden gemaakt op straffe van verval van recht. Uit het vonnis blijkt niet dat een dergelijke contractuele vervalltermijn in de aanbestedingsdocumentatie was opgenomen. Aanbesteders doen er dus verstandig aan erop toe te zien dat in de aanbestedingsdocumentatie een dergelijke vervalltermijn voor inschrijvers (met de toevoeging 'op straffe van verval van recht') wordt opgenomen.

Commentaar: kort geding na Alcateltermijn

Het lijkt ons juist dat – ook indien een vervaltermijn in de aanbestedingsdocumentatie is opgenomen – een inschrijver niet te laat is als hij tijdens de Alcateltermijn de aanbesteder waarschuwt, zich daarbij alle rechten voorbehoudt en onverwijld tot dagvaarding overgaat zodra duidelijk is dat de winnaar inderdaad niet aan de uitvoeringseisen voldoet respectievelijk zal voldoen. Voor inschrijvers is het dus van belang tijdens de Alcateltermijn gemotiveerd aan de bel te trekken bij de aanbesteder indien het vermoeden bestaat dat de winnaar niet aan de (uitvoeringseisen) zal voldoen. Dit om naderhand desgewenst alsnog rechtsmaatregelen te kunnen nemen.

Commentaar: terugvallen op eerder aanbestedingsresultaat

Volgens de Amsterdamse voorzieningenrechter is het toegestaan een aanbestedingsprocedure te heropenen en de opdracht te gunnen aan de opvolgend inschrijver. Dit is in lijn met een uitspraak van de Haagse voorzieningenrechter.² Niettemin is in een ander Haags kort geding geoordeeld dat er niet teruggevallen kan worden op het oude aanbestedingsresultaat door de nummer twee van destijds te vragen of hij zijn aanbieding gestand wenst te doen.³ De jurisprudentie is dus niet eenduidig. Voor aanbesteders is het daarom veelal raadzaam om in de aanbestedingsdocumentatie een soort van 'wachtkamerbepaling' op te nemen (waarmee inschrijvers zich door in te schrijven akkoord moeten verklaren) op grond waarvan de aanbesteder zich het recht voorbehoudt om bij problemen met de winnaar (binnen een bepaalde periode na de gunning/afwijzing) alsnog te gunnen aan de opvolgende inschrijver (als deze inschrijver bereid is zijn inschrijving gestand te doen). Deze gunning aan de opvolgende inschrijver zou kunnen plaatsvinden op een moment dat de gestanddoeningstermijn al is verstreken. Ons inziens zouden inschrijvers in voorkomend geval tegemoet moet worden gekomen door in de wachtkamerbepaling op te nemen dat de geoffreerde prijzen mogen worden aangepast aan een toepasselijke index.

Noten

1. V.zr. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, L/N: BX3388.
2. V.zr. Rb. 's-Gravenhage 13 december 2010, L/N: BO8078.
3. V.zr. Rb. 's-Gravenhage 24 januari 2012, L/N: BV1636 en BV1638.

mr. T. van Wijk en mr. J.H.J. Bax
Dirkzwager advocaten en notarissen