

Voorwoord

In dit deel van Hoofdstukken Bouwrecht wordt de in de vorige delen (16 en 17) begonnen behandeling van het aanbestedingsrecht afgesloten met een bespreking van de eigenlijke aanbesteding en de daaruit voortvloeiende opdracht (gunning) van het werk, gevolgd door de behandeling van de bij een aanbesteding gebruikelijke geschillenregeling en daaraan verbonden processuele aspecten.

Evenals dit bij de delen 12-17 het geval was, is ook dit deel totstandgekomen in nauwe samenwerking met mevr. mr. A.A. Boot, advocate te Rotterdam.

Wassenaar, maart 1997

M.A. van Wijngaarden

Bijzonder voorwoord van mr. P. Heemskerk

Toen ik in 1997 in de advocatuur begon, was het scala aan naslagwerken op aanbestedingsrechtelijk gebied niet al te groot. In een voor het aanbestedingsrecht centraal deel van de bibliotheek van het kantoor waar ik werkte, stonden wel alle deeltjes 'Van Wijngaarden', die alle vanwege hun praktische en gemakkelijk toegankelijke karakter, door mij veelvuldig werden geraadpleegd.

Zeker nu het aanbestedingsrecht een ten opzichte van die jaren prominente plek in het rechtsverkeer inneemt, is het cruciaal dat de delen Bouwrecht geactualiseerd worden en daarmee inzetbaar blijven. Als aanbestedingsrechtjuriste van het eerste uur schrijf ik dit voorwoord bij deze serie dan ook met overtuiging en enthousiasme.

Deel 22 ziet op de inschrijving in al haar facetten en kiest voor een beschrijving vanuit met name het perspectief van de inschrijvende partij. Die inschrijvende partij ziet zich met uiteenlopende uitdagingen geconfronteerd. Wat wordt door de inkoopende partij eigenlijk gekocht? Wat zijn de spelregels van dat inkoopproces en hoe zorgt een inschrijver dat de offerte binnen die spelregels ook daadwerkelijk een voldoende onderscheidend vermogen heeft? Kan een inschrijver ook te ver gaan in zijn creatieve oplossingen en wanneer wordt een toelaatbare strategische inschrijving ontoelaatbaar manipulatief? Wat geldt in algemene zin indien bij het opstellen van de offerte de spelregels worden overtreden? Is er ruimte voor een toelichting, een nuancering of zelfs herstel van mogelijke onduidelijkheden, fouten of omissies?

Een veelgehoorde stelling is dat het aanbestedingsrecht formaliteitenrecht is. Langs die lijnen bestaat overvloedige jurisprudentie waarin inschrijvers die in een aanbesteding een fout maken, genadeloos worden afgestraft. Die inschrijvingen worden

in de regel als ongeldig terzijde gelegd en komen niet voor gunning in aanmerking. Een belangrijke stimulator van die ontwikkeling zal zijn geweest dat in veel aanbestedingskortgedingen de beoogd winnaar als procespartij betrokken is. Juist die winnaar als tussenkomende partij bepleit vanuit de wens het gunningsbesluit overeind te houden met een beroep op het gelijkheidsbeginsel vaak succesvol dat er geen ruimte is voor weekhartigheid; een fout is een fout, en kan niet dan bij hoge uitzondering worden gesteld.

Uit de uitgebreide jurisprudentie die in dit deel is opgenomen, blijkt dat aanbestedingsrecht gelukkig veel minder formaliteitenrecht is dan lang werd betoogd. Onder omstandigheden is wel degelijk ruimte voor een toelichting, een nuancering of zelfs herstel. Die ruimte lijkt ook nodig, om zo het aanbestedingsrecht geen doel op zich te laten zijn. Sterker, het aanbestedingsrecht is geen doel maar een middel, waarbij ook naar het oordeel van de wetgever moet worden nagestreefd zo veel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren. En die maatschappelijke waarde kan verloren dreigen te gaan indien uitstekende biedingen terzijde worden gelegd, met name wanneer er sprake is van ondergeschikte fouten die in beginsel zonder gevolgen voor de concurrentie zouden kunnen worden hersteld.

Het voorliggende deel behandelt alle relevante onderwerpen met verwijzing naar deze jurisprudentie, zodat beginnende juristen maar ook meer doorgewinterde aanbestedingsadvocaten verzekerd zijn en blijven van een praktisch en prettig naslagwerk.

Oktober 2017

Petra Heemskerk, advocaat, CMS Derks Star Busmann N.V.

Voorwoord bij de eerste druk van Deel 22 Aanbestedingsrecht (nieuwe opzet)

Deel 22 is het derde deel in het aanbestedingsrechtelijke deel van de Serie Bouwen Aanbestedingsrecht. In dit deel staat de inschrijving centraal. De rechtspraak die op deze onderwerpen is ontstaan, is zo omvangrijk geworden dat besloten is aan dit onderwerp een eigen deel te wijden en het aldus los te behandelen van de gunning en de gunningscriteria, waaraan Deel 23 is gewijd.

De rechtspraak gaat in beginsel terug tot 2012, het jaar waarin de Aanbestedingswet van kracht werd. Bij sommige onderwerpen is oudere rechtspraak meegenomen en bij een enkele is nog geen rechtspraak verschenen. In dat laatste geval is P.M. opgenomen.

Het bijzondere voorwoord is van mr. Petra Heemskerk, werkzaam bij CMS Derks Star Busmann. Ik ben hier heel blij mee en zeg haar daar hartelijk dank voor.

Ook bij dit deel ben ik bijgestaan door mijn dochter Petra Chao, advocaat bij Kneppelhout en Korthals; zij heeft meegelezen en meege gedacht over de opzet van dit deel. Daar ben ik haar zeer erkentelijk voor.

Ik ben veel dank verschuldigd aan Janny Bloemsma voor het aanpassen van het jurisprudentieregister aan de nieuwe opzet. Een woord van dank is ook verschuldigd aan Annemieke van Garling voor de begeleiding van het anders opzetten van de serie.

Voor het nieuwe omslagontwerp gaat mijn dank uit naar Marco Bolsenbroek. Met de vier afbeeldingen, die representatief zijn voor de grote gebieden van het bouwrecht (de infrastructuur in de brede zin van het woord en de B&U bouw) is een knipoog gemaakt naar het omslag, waarmee de serie in 1984 op de markt kwam en waar ook een viertal afbeeldingen met dezelfde symbolische betekenis zijn opgenomen.

's-Gravenhage, oktober 2017

M.A.B. Chao-Duivis

Verantwoording van de nieuwe opzet van de Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht

De grondlegger van deze serie, Maarten van Wijngaarden, heeft mij lang geleden eens toevertrouwd dat hij voor de opzet van deze serie aanknoopte bij die onderwerpen, waarop de meeste rechtspraak verscheen. Het kwam hem voor, dat de praktijk en de wetenschap het meest behoefte hadden aan geordende rechtspraak op juist die onderwerpen.

Dat is de reden dat deze serie in Deel 1 start met de oplevering en in Deel 2 de aansprakelijkheid na oplevering wordt behandeld. Binnen de boeken zelf werd de stof geordend in hoofdstukken, die inhoudelijk het stramien van algemeen naar meer bijzonder volgden.

Wat in de loop der jaren evenwel moeizamer werd, was het feit dat Van Wijngaarden ervoor gekozen had om de inhoud in paragrafen onder te brengen, die doornummerden. Het was daardoor onvermijdelijk geworden om een nieuw onderwerp dat logischerwijs in Deel A, Hoofdstuk B tussen paragraaf 300 en 301 hoorde, te voorzien van een letter: 300a en soms moest zelfs meer dan één nummer tussengevoegd worden. Dat kwam de overzichtelijkheid niet ten goede. Daar kwam nog bij, dat de online uitgave technisch bemoeilijkt werd door dit systeem.

Vroeg of laat zou dan ook het moment aanbreken om met dit systeem te breken en een andere, meer gebruikelijke ordening aan te brengen. Dit bleek zoveel werk te zijn, dat is afgezien van het aanvankelijke voornemen de serie in zijn geheel om te gooien opdat in grote lijnen de volgorde van de meest voorkomende algemene voorwaarden zou worden gevolgd.

De volgorde van de delen is daarom in beginsel dezelfde gebleven vanuit de gedachte, die hopelijk juist is, dat de lezer daarmee vertrouwd is.

Wel zijn de volgende veranderingen wat opzet en inhoud betreft, aangebracht:

1. ieder hoofdstuk begint met een nieuwe nummering en ieder hoofdstuk kent paragrafen en subparagrafen;
2. de thema's worden in beginsel steeds in twee hoofdstukken behandeld: een hoofdstuk met de regelingen van een thema en een hoofdstuk met rechtspraak; daarbij is zo veel mogelijk gewerkt met duidelijk afgeronde onderwerpen, waardoor de inhoudsopgave net als in het verleden uitgebreid is en voor de lezer in een oogopslag duidelijk maakt waar iets gevonden kan worden;
3. sommige onderwerpen zijn of worden geconcentreerder bij elkaar geplaatst, bijvoorbeeld het consumentenrecht: daar wordt een eigen boek aan gewijd: Deel 19 en dat heeft met name consequenties voor Deel 1, maar ook in de andere delen worden de verwijzingen die typisch zijn voor het consumentenrecht verwijderd en overgebracht naar het nieuwe Deel 19;
4. sommige thema's zijn nog wat verder opgesplitst, zo zal Deel 23 gewijd zijn aan de rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht; de materiële onderwerpen van het aanbestedingsrecht blijven in drie aparte delen (Delen 20, 21 en 22) ondergebracht;
5. sommige thema's zijn uitgebreider behandeld (zoals de werkzaamheden en verplichtingen van de aannemer in Deel 14 en de verplichtingen van de opdrachtgever in Deel 16);
6. waar dat functioneel is, worden titels neutraler geformuleerd, omdat de wereld van het bouwcontractenrecht sinds de start van de serie in 1984 nu eenmaal ingrijpend is veranderd;
7. dit laatste zal ook met verschillende termen gebeuren, maar ook hier alleen als dit functioneel is en geen afbreuk doet aan de 'kleur' van de bouwwereld. Om die reden is ervoor gekozen om in beginsel uitdrukkelijk te blijven spreken van 'aannemer', in par. 1.1.1 wordt uitgelegd wat onder die term verstaan wordt. Raakt de term in onbruik dan zal de terminologie worden aangepast;
8. door de nieuwe opzet wordt de serie uitgebreid van 18 delen naar 23; sommige delen worden iets omvangrijker, maar naar verwachting zullen de meeste delen iets minder omvangrijk worden;
9. het registerdeel komt met de nieuwe opzet te vervallen;
10. het trefwoordenregister is vervallen.

Ik hoop en verwacht dat deze nieuwe opzet, die inhoudelijk geheel in de geest van Maarten van Wijngaarden blijft, nog meer dan voorheen de bouwrechtjuristen van dienst zal zijn.

's-Gravenhage, oktober 2017
M.A.B. Chao-Duivis

Aanwijzingen bij het gebruik van deze serie

Waar in deze Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht bij uitspraken van de Raad van Arbitrage wordt vermeld 'niet gepubliceerd' wordt bedoeld dat deze uitspraken niet zijn gepubliceerd in een van de gebruikelijke tijdschriften, zoals Tijdschrift voor Bouwrecht, Bouwrecht, Tijdschrift Aanbestedingsrecht of Tijdschrift voor Arbitrage.

Op de site van de Raad van Arbitrage www.raadvanarbitrage.nl zijn alle uitspraken teruggaand tot 1992 te raadplegen, tevens worden nieuwe uitspraken aldaar gepubliceerd. Voor uitspraken van de overheidsrechter wordt verwezen naar www.rechtspraak.nl, waar het overgrote deel van de uitspraken van de overheidsrechter sinds 1999 worden gepubliceerd.

De uitspraken die in dit boek zijn verwerkt, zijn letterlijke citaten. Schrijver dezes heeft zich de vrijheid veroorloofd een enkele keer, wanneer er sprake is van een hinderlijke typefout deze te verbeteren. Dat is gedaan zonder opneming van een zin in de trant van: 'bedoeld zal zijn..., MC'. Dit zou storend werken.

Een woord dat door de auteur uit de uitspraak is verwijderd, omdat het niet op de juiste plaats stond, twee keer is geplaatst of ten onrechte is opgenomen, is tussen vierkante haken geplaatst. Een woord dat door de auteur is opgenomen dat niet in de uitspraak stond, is ook tussen vierkante haken geplaatst, met de volgende toevoeging: [..., MC].

De vindplaatsen van de uitspraken zijn vermeld, waardoor de weergave van de uitspraken te allen tijde is te controleren. Waar gebruik is gemaakt van een uitspraak die niet gepubliceerd is, zijn geen typefouten hersteld.

Hoofdstuk 1

Inleiding op dit deel

In dit deel komt de inschrijving aan de orde. De nadruk ligt daarbij op de wijze waarop de inschrijver te werk gaat: de tijdigheid, duidelijkheid, volledigheid van de inschrijving, het begaan van een vergissing, het mogen aanvullen of herstellen van een inschrijving, de besteksconformiteit van de inschrijving, de prijs die is opgegeven, de onderzoeksverplichtingen over en weer e.d.

De opzet van dit deel volgt, zoals in de andere delen het geval was, de wet en daarbinnen zo veel mogelijk de chronologie van de aanbestedingsprocedure. Maar niet alle bepalingen die relevant zijn voor de inschrijvingsfase zijn in Afdeling 2.3.8 Aw opgenomen. Met raadpleging van de in dit deel opgenomen bepalingen is dan ook niet alles geraadpleegd, dat van belang is voor de inschrijving. Bijvoorbeeld het onderwerp communicatie, geregeld in de wet in art. 2.52a Aw, zie Deel 20 (nieuwe opzet), par. 6.3, en voor het onderwerp technische specificaties, zoals geregeld in art. 2.75 Aw, zie Deel 21 (nieuwe opzet), par. 1.2.

Met de inschrijving is de aanbestedingsprocedure in de gunningsfase aangekomen. De gunningsfase is onderwerp van Afdeling 2.3.8 Aw, in welke Afdeling voorts de bepalingen omtrent de gunningscriteria en de gunning zijn opgenomen. De laatstgenoemde onderwerpen zijn geen onderwerp van dit deel.

De onderwerpen elektronische catalogus (par. 2.3.8.2a Aw) en elektronische veiling (par. 2.3.8.6 Aw) zijn (vooralsnog) niet meegenomen.

Hoofdstuk 2

De regeling van de inschrijving

- 2.1 Inleiding
- 2.2 De regeling in de wet
- 2.3 De regeling in het ARW 2016

2.1 *Inleiding*

In dit hoofdstuk wordt de regeling in de wet weergegeven van de inschrijving. Par. 2.3.8.1 Aw is gewijd aan de uitnodiging tot de inschrijving. De inschrijving zelf komt aan de orde in par. 2.3.8.2 Aw. In par. 2.3.8.3 Aw zijn zowel de inschrijving als de gunning in geval van toepassing van de concurrentiegerichtede dialoog opgenomen. Par. 2.3.8.4 Aw betreft de gunningscriteria en valt daarmee buiten het bestek van dit boek met uitzondering van art. 2.113 en art. 2.116 Aw.

Art. 2.113 Aw is gewijd aan de conformiteit van de inschrijvingen. Het gaat daarbij alleen om de vraag of er conform de eisen etc. is ingeschreven, niet om de vraag hoe die beoordeling plaatsvond. De beoordelingswijze komt aan de orde in Deel 23 (nieuwe opzet).

Art. 2.116 Aw is gewijd aan de abnormaal lage inschrijvingen. Ook inzake dit onderwerp gaat het alleen om de vraag of er materieel sprake is van een dergelijk probleem met de inschrijving.

De belangrijkste aspecten inzake de inschrijving zijn:

1. De aanbestedende dienst nodigt uit tot de inschrijving (bij toepassing van de openbare procedure gebeurt dat in de aankondiging; de wet beschrijft dat overigens niet; zie voor de andere procedures m.n. art. 2.105 Aw).
2. De aanbestedende dienst bepaalt de wijze van het indienen van de inschrijving (art. 2.107 Aw en art. 2.52a en 2.52b Aw; de hoofdregel is dat de inschrijving elektronisch geschiedt;¹ het risico van falen van de elektronische weg is voor de inschrijver).
3. De inschrijvingen worden getoetst aan de normen, functionele eisen en eisen aan de prestatie opgenomen in de aanbestedingsstukken (art. 2.113 Aw). Deze toets is breder dan de onderwerpen die in dit deel aan de orde komen. De toets ziet immers ook op de uitsluitingscriteria en de geschiktheidseisen. Deze twee onderwerpen zijn in Deel 21 (nieuwe opzet) behandeld. In dit deel gaat het met name om de andere eisen, die aan de inschrijving (formeel en materieel) worden gesteld.

1. Het ARW 2016 bepaalt zulks dwingend voor de Europese procedures, zie art. 3.28 ARW 2016.

Er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen onregelmatige en onaanvaardbare inschrijvingen. De Aanbestedingswet omschrijft deze begrippen in het kader van de regeling van toepassing van de concurrentiegerichte dialoog en de mededingingsprocedure met onderhandeling (zie daarvoor art. 2.30 Aw). Zie:

§ 2.2.1.4. Procedure van de concurrentiegerichte dialoog

Artikel 2.28

1. De aanbestedende dienst kan in de volgende gevallen de procedure van de concurrentiegerichte dialoog toepassen:
 - (...)
 - b. met betrekking tot werken, leveringen of diensten waarvoor in het kader van een openbare of niet-openbare procedure uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend.
 - (...)
3. Onregelmatige inschrijvingen als bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, zijn in ieder geval inschrijvingen:
 - a. die niet voldoen aan de vereisten in de aanbestedingsstukken,
 - b. die te laat zijn binnengekomen,
 - c. waarbij aantoonbaar sprake is van ongeoorloofde afspraken of corruptie, of
 - d. die door de aanbestedende dienst als abnormaal laag zijn beoordeeld.
4. Onaanvaardbare inschrijvingen als bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, zijn in ieder geval inschrijvingen:
 - a. van inschrijvers die niet aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen of
 - b. waarvan de prijs het door de aanbestedende dienst begrote bedrag, vastgesteld en gedocumenteerd vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure, overschrijft.

Deze begrippen komen in dit deel als zodanig niet verder aan de orde; de onderwerpen die eronder vallen uiteraard wel.

2.2 De regeling in de wet

De inschrijving is in de wet geregeld in Afdeling 2.3.8 Aw, gunningsfase geheten. De regeling opent met de uitnodiging tot de inschrijving, art. 2.105 en 2.106 Aw (par. 2.3.8.1).² Deze bepaling is uiteraard niet relevant voor de gevallen waarin de openbare procedure van toepassing is.

Artikel 2.105 (Uitnodiging tot de inschrijving)

1. Bij toepassing van de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichte dialoog, de procedure van het innovatiepartnerschap of de mededingingsprocedure met onderhandeling nodigt de aanbestedende dienst de niet-uitgesloten en niet-afgewezen gegadigden gelijktijdig en schriftelijk uit tot inschrijving, tot deelneming aan de dialoog of tot onderhandelingen.
2. De aanbestedende dienst nodigt ten minste het aantal gegadigden uit dat in de aankondiging staat vermeld, met inachtneming van paragraaf 2.3.6.3.

Artikel 2.106 (Inhoud van de inschrijving)

1. De uitnodiging aan de gegadigden, bedoeld in artikel 2.105, vermeldt het internetadres waar de aanbestedingsstukken rechtstreeks toegankelijk zijn.

2. Dat uitgenodigd wordt tot de inschrijving en dat deze getoetst worden (ook bij de openbare procedure) zijn stappen die in het algemeen beschreven zijn in art. 2.26 e.v. Aanbestedingswet.

2. In afwijking van het eerste lid bevat de uitnodiging aan de gegadigden, bedoeld in artikel 2.105, een exemplaar van de aanbestedingsstukken in een geval als bedoeld in artikel 2.66, derde of vierde lid, waarbij de aanbestedingsstukken nog niet vrij, rechtstreeks, volledig en kosteloos beschikbaar zijn.
3. De uitnodiging aan de gegadigden, bedoeld in artikel 2.105, bevat de informatie, bedoeld in bijlage IX, onderdeel 1 van Richtlijn 2014/24/EU.³

De paragrafen 2.3.8.2 en 2.3.8.2a Aw zijn gewijd aan resp. de inschrijving in het algemeen en de inschrijving, die in de vorm van een elektronische catalogus dient plaats te vinden dan wel een dergelijke catalogus dient te bevatten. De elektronische catalogus is geen onderwerp van bespreking in dit deel. Volstaan wordt met het alleen weergeven van de algemene bepalingen.

-
3. De in de wet genoemde bepaling luidt als volgt:
 1. De uitnodiging tot inschrijving of tot deelneming aan de dialoog zoals bedoeld in artikel 54 moet ten minste het volgende bevatten:
 - a) een verwijzing naar de bekendgemaakte oproep tot mededinging;
 - b) de uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen, het adres waar deze moeten worden ingediend en de taal of talen waarin zij moeten worden gesteld;
 - c) bij de concurrentiegerichte dialoog, de aanvangsdatum en het adres van de raadpleging, alsook de daarbij gebruikte taal of talen;
 - d) opgave van de stukken die eventueel moeten worden bijgevoegd, hetzij ter staving van de door de inschrijver overeenkomstig de artikelen 59 en 60 en, waar van toepassing, artikel 62 verstrekte controleerbare verklaringen, hetzij ter aanvulling van de in die artikelen vermelde inlichtingen en zulks onder dezelfde voorwaarden als gesteld in de artikelen 59, 60 en 62;
 - e) het relatieve gewicht van de gunningscriteria van de opdracht of, in voorkomend geval, de afnemende volgorde van belangrijkheid van de criteria, indien deze niet in de aankondiging van de opdracht, de uitnodiging tot bevestiging van de belangstelling, de technische specificatie of het beschrijvende document is vermeld.

Bij opdrachten die gegund worden op basis van een concurrentiegerichte dialoog of een innovatiepartnerschap, staan de onder b) bedoelde inlichtingen evenwel niet in de uitnodiging tot deelneming aan de dialoog of tot onderhandelingen, maar in de uitnodiging tot indiening van een inschrijving.
 2. Wanneer er een oproep tot mededinging wordt gedaan door middel van een vooraankondiging, verzoeken de aanbestedende diensten nadien alle gegadigden hun belangstelling te bevestigen aan de hand van nadere gegevens betreffende de betrokken opdracht, alvorens met de selectie van de inschrijvers of deelnemers aan de onderhandelingen te beginnen.

Deze uitnodiging omvat ten minste de volgende gegevens:

 - a) de aard en de hoeveelheid, met inbegrip van eventuele opties voor latere opdrachten en, waar mogelijk, een schatting van de termijn voor de uitoefening van deze opties; in het geval van periodiek terugkerende opdrachten, de aard en de hoeveelheid en, waar mogelijk, een schatting van de termijnen waarop de latere oproepen tot mededinging voor werken, leveringen of diensten worden bekendgemaakt;
 - b) type procedure: niet-openbaar of mededingingsprocedure met onderhandeling;
 - c) in voorkomend geval, de begin- of einddatum van de levering, de werken of de diensten;
 - d) wanneer geen elektronische toegang kan worden verleend, het adres en de uiterste datum voor de indiening van verzoeken van aanbestedingsstukken alsmede de taal of talen waarin deze moeten worden gesteld;
 - e) het adres van de aanbestedende dienst die de opdracht moet gunnen;
 - f) de economische en technische eisen, de financiële waarborgen en de inlichtingen die van de ondernemers worden verlangd;
 - g) de contractvorm van de opdracht waarop kan worden ingeschreven: aankoop, leasing, huur of huurkoop, of een combinatie van deze vormen; alsmede
 - h) de gunningscriteria en de weging ervan, of, in voorkomend geval, de volgorde van belangrijkheid van die criteria, indien dit niet in de vooraankondiging, de technische specificatie of de uitnodiging tot inschrijving of tot onderhandelingen is vermeld.