

November 2008

Onvolkomenheden in aanbestedingsstukken en Grossmann- arrest

Vraag:

Intern hebben wij een discussie over een passage inzake onvolkomenheden die vaak in aanbestedingsdocumenten wordt gezet. Het gaat er dan om dat als de inschrijver onvolkomenheden niet tijdig meldt, ze niet voor rekening van de aanbestedende dienst komen maar voor risico van de inschrijver. Is dit wel helemaal juist gezien het feit dat de aanbestedende dienst de stukken (waarin de eventuele fouten zitten) opstelt? (vraag 1) Een en ander zou voortvloeien uit het Grossmann-arrest maar ik heb daar mijn twijfels over. Verder wordt er dan soms ook gezegd dat men voor een bepaalde datum onvolkomenheden moet melden. Klopt dat? (vraag 2)

Antwoord:

1. Het opnemen van een passage inzake onvolkomenheden in de aanbestedingsdocumenten biedt geen absolute garantie voor een succesvol beroep in alle fasen van de aanbestedingsprocedure op rechtsverwerking op grond van het Grossmann arrest. 2. Het melden van onvolkomenheden moet gebeuren in het stadium waarin zij nog ongedaan kunnen worden gemaakt; hiervoor bestaat geen vastgestelde termijn.

Nadere onderbouwing antwoord:

Inderdaad wordt er in het geval van onvolkomenheden in de aanbestedingsstukken door aanbestedende diensten steeds vaker een beroep gedaan op het Grossmann-arrest (HvJ EG, 12 februari 2004, C-230/02). Uit dit arrest zou volgen dat partijen hun recht om te klagen over eventuele gebreken in de gevolgde aanbestedingsprocedure hebben verwerkt wanneer zij hier niet tijdig tegen opkomen. Inmiddels heeft het Grossmann arrest ook tot diverse nationale uitspraken geleid. Een aantal hiervan (die u onder meer kunt inzien via www.rechtspraak.nl) staan ook vermeld op de website van Europa decentraal, zie hieronder bij 'Meer informatie'.

Uit de jurisprudentie wordt duidelijk dat bij het constateren van onduidelijkheden in aanbestedingsdocumenten een proactieve houding van gegadigden wordt verwacht en dat zij daarover klagen op een moment dat die onduidelijkheden nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Van de (potentiële) inschrijver mag daarbij worden verwacht dat hij behoorlijk geïnformeerd en normaal oplettend is (zie arrest *Succhi di Frutta*, HvJ EG, 29 april 2004, zaak C-496/99). Evidente onduidelijkheden zullen zo in een vroeg stadium tot uiting komen en aan de orde kunnen worden gesteld. Voor de meer verborgen onduidelijkheden is inderdaad een theoretische discussie mogelijk wanneer en of die worden geconstateerd, en afhankelijk daarvan hoe een eventueel procesverloop zal zijn, wanneer deze onduidelijkheden (later) opgeworpen worden. Hiervan is in het algemeen niet te stellen of het zaken betreft die voor risico en rekening van de aanbestedende dienst (hebben zij partijen wel voldoende duidelijk, precies en op ondubbelzinnige wijze geïnformeerd?) of de (klagende) inschrijvers (waren zij 'normaal oplettend?') zullen komen. Een en ander is mede afhankelijk van de casuïstiek en de (mogelijke) concrete eis van partijen. Hierbij maakt het bij een rechterlijke beoordeling bijvoorbeeld ook uit of het om een kort geding procedure of om een bodemprocedure gaat en of partijen daarin respectievelijk bijvoorbeeld stopzetting van de aanbestedingsprocedure of bijvoorbeeld schadevergoeding wegens onrechtmatige (overheids)daad eisen. Bij een stopzetting zal een andere belangenafweging worden gemaakt dan bij de afweging of als gevolg van een bepaalde gebleken onduidelijkheid een partij inderdaad schade daaruit heeft geleden die vergoed zou moeten worden.

Voor wat betreft uw vraag over de termijn waarbinnen partijen onvolkomenheden zouden moeten melden verwijs ik u onder meer naar de (ook op onze website geplaatste) uitspraak van de voorzieningenrechter van Rechtbank Utrecht van 3 maart 2008 (LJN nr. BC5501). Een exacte termijn voor alle gevallen wordt niet genoemd maar gesteld wordt dat van gegadigden een proactieve houding mag worden verwacht. Dat wil zeggen dat zij tegen eventuele onduidelijkheden of onvolkomenheden in de aanbestedingsdocumenten opkomen in een stadium waarin die

Reacties en disclaimer:

Van de informatie in dit document mag onbeperkt gebruik worden gemaakt, mits de bron wordt vermeld. Opmerkingen over de inhoud en suggesties voor aanvullingen zijn van harte welkom op info@europadecentraal.nl. Aan dit document is de grootst mogelijke zorg besteed, maar Europa decentraal kan niet instaan voor de juistheid van de informatie en aanvaardt geen aansprakelijkheid voor mogelijke vervolgschade door het gebruik ervan.

praktijkvraag

onduidelijkheden of onvolkomenheden nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Afhankelijk van het stadium waarin in de procedure de onvolkomenheden worden geconstateerd kan –middels anticipatie op de in deze uitspraak genoemde Alcateltermijn- een termijn van 15 dagen om op te komen tegen deze onvolkomenheden (ook voor gevallen die buiten toepassing van het Bao vallen) als een redelijke termijn worden aanvaard.

Gezien het casuïstische karakter van dit aanbestedingsvraagstuk en de jurisprudentie daarover is het stellen van een algemene termijn waarbinnen alle onvolkomen moeten worden gemeld, met als gevolg dat niet gemelde onvolkomenheden te allen tijde voor risico van inschrijvers zullen zijn, geen reden om met een beroep op het Grossmann arrest iedere vorm van latere klachten te voorkomen of af te kunnen doen met een beroep op rechtsverwerking. Wel kan het opnemen van een expliciete mogelijkheid tot het melden van onvolkomenheden in de aanbestedingsstukken en expliciet handelen van (potentiële) inschrijvers naar aanleiding daarvan gevolgen hebben voor een beroep op rechtsverwerking (zie ook uitspraak LJN nr. BA1484 van 26 februari 2007 van de voorzieningenrechter rechtbank Arnhem).

Tot slot wijs ik u nog op het vraagstuk van de gewijzigde opdracht, voor het geval de klachten van inschrijvers in het kader van onvolkomenheden in de aanbestedingsstukken nog leiden tot wijzigingen in de aanbestedingsstukken. Over dit vraagstuk is onlangs een verhelderend artikel verschenen in het tijdschrift voor bouwrecht, nr. 9, september 2008: TBR 2008/157 ' Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht', prof. Mr. J.M. Hebly en mr. ir. M.B. Klijn.

Meer informatie:

Zie de rubriek jurisprudentie (onder meer de onderdelen rechtsbescherming en non-discriminatie) van het dossier aanbestedingen op de website van Europa decentraal:

<http://www.europadecentraal.nl/menu/125/Jurisprudentie.html>

Ook in het tijdschrift aanbestedingsrecht, aflevering 5, november 2008, pag. 439 ev. treft u in de 'Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht, deel 2' – Ingrid van den Berge en Matthijs Mutsaers onder meer een overzicht van Grossmann-jurisprudentie uit 2007.