

Menselijke maat terug
bij IT-aanbestedingen

FOUTJE BIJ

IT-AANBESTEDING GEEN HALSZAAK MEER

**INSCHRIJVINGEN VOOR IT-AANBESTEDINGEN
ZIJN AAN ZEER STRIKTE REGELS GEBONDEN. EEN
KLEINE FOUT OF OMISSIE BIJ DE INSCHRIJVING IS
GENOEG OM UIT DE PROCEDURE TE WORDEN
VERWIJDERD. AAN DIT FORMALISME WORDT
ECHTER MET STEEDS MEER SUCCES GEMORRELD.
HERSTEL VAN SOMMIGE FOUTEN IS TOEGESTAAN.
RECHTERS KIEZEN STEEDS MEER VOOR
DE MENSELIJKE MAAT, CONSTATEREN MENNO DE
WIJS EN JEROEN VAN HELDEN.**

door Jeroen van Helden en Menno de Wijs beeld Marc Kolle

DE WET VAN MOORE HEEFT BE-
WEZEN DAT ONTWIKKELINGEN
IN DE CHIPINDUSTRIE ZEKER
NIET STILSTAAN. In de juridische we-
reld is die vooruitgang minder eenvoudig
te meten. Het IT-aanbestedingsrecht was
echter ook in 2021 weer volop in bewe-
ging. Waar de chipindustrie mikt op meer
transistors op een chip, roept men binnen

de wereld van het aanbestedingsrecht
juist om minder: minder regels en een
minder formalistische opstelling van
aanbestedende diensten.

NIEUWE WET- EN REGELGEVING

Die wens brengt ons allereerst bij een in
2021 gepresenteerde wetswijziging van
de Aanbestedingswet. Aanbestedende
diensten worden verplicht een onafhan-
kelijk klachtenloket in te stellen.
Dat zou moeten leiden tot minder
procedures bij de rechtbanken en tot
een snellere oplossing van klachten.
De wetswijziging moet leiden tot een be-
tere (rechts)bescherming van inschrijvers.
Er komen dan ook meer eisen aan de
motiveringsplicht bij selectie- en gun-
ningsbeslissingen en het wordt makkelij-
ker om een overeenkomst van de concur-
rent te vernietigen. Zo komt er een
gloednieuwe vernietigingsgrond voor het
geval sprake is van een grove schending
van het aanbestedingsrecht. Bedoeling is
dat het wetsvoorstel ergens in 2022
wordt aangenomen en in werking

AUTEUR



MENNO DE WIJS
is advocaat aanbeste-
dingsrecht bij De
CLERCQ Advocaten
Notariaat. Dagelijks
adviseert en procedeert
hij op het gebied van
IT-aanbestedingsrecht en
ondernemingsrecht.



zal treden. Uiteindelijk voorbeeld van formalisme zijn waarschijnlijk de zogenaamde rechtsverwerkingsclausules. Denk aan de bepaling dat het niet stellen van vragen altijd leidt tot verval van het recht om te mogen klagen. Dat is niet (meer) toegestaan, zo bepaalt de herziene Gids Proportionaliteit, die per 1 januari 2022 in werking is getreden. Nieuw is ook dat een aanbestedende dienst niet meer op voorhand mag bepalen dat het indienen van een klacht niet zal leiden tot opschorting van de lopende termijnen.

RECHTSVERWERKING

De intentie van de wetgever om tot een betere rechtsbescherming^[1] te komen, heeft mogelijk IT-leverancier Protinus op het idee gebracht de toelaatbaarheid van een rechtsverwerkingsclausule aan de rechter voor te leggen. Het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap had in een aanbestedingsdocument opgenomen dat een inschrijver – na het uiten van bezwaren die door de aanbestedende dienst worden afgewezen – nog voor de sluitingstermijn van de inschrijving een procedure moet starten. Doet die inschrijver dat niet, dat mag hij niet meer klagen. U raadt wellicht al wat er gebeurde: Protinus uit bezwaren, die bezwaren worden afgewezen, Protinus start geen procedure en schrijft in. Pas nadat duidelijk was dat zij niet had gewonnen, besloot zij alsnog een procedure te star-

ten. De rechtbank en aansluitend het Hof wijzen alle vorderingen af: de clausule is toelaatbaar.

Interessant is wel dat het Hof expliciet aangeeft dat zo'n rechtsverwerkingsclausule (die inhoudt dat men moet procederen voor indienen inschrijving op straffe van verval van recht) in bepaalde omstandigheden niet is toegestaan.

Het Hof geeft een aantal voorbeelden:

1. een aanbesteding met een beperkte waarde waarop wordt ingeschreven door het midden- en kleinbedrijf, en
2. een aanbesteding van een grote opdracht waarbij wordt getoetst aan subjectieve en daarmee minder goed controleerbare criteria, waarbij de vrees bestaat dat de gerechtelijke procedure doorwerkt in de latere beoordeling.

In beide gevallen kan in de regel niet van inschrijvers worden geëist dat zij al vóór het indienen van hun inschrijving hun bezwaren tegen een aanbesteding aan de rechter in kort geding voorleggen.

Het hof zet dus de deur op een kier naar minder formalisme. Dat roept de vraag op of we deze ontwikkeling ook hebben waargenomen in andere takken van het aanbestedingsrecht.

HERSTEL VAN HET UNIFORM EUROPEES AANBESTEDINGSDOCUMENT?

Als wij één document mogen aanwijzen waarbij formalisme afgelopen jaren zege-

vierde, dan is dat het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA).

Een kleine vergissing is snel gemaakt.

In december 2021 deed het Hof Arnhem-Leeuwarden echter een baanbrekende uitspraak op grond waarvan meerdere onbeantwoorde vragen in de UEA mochten worden hersteld (zie kader).

Uit de in het kader beschreven uitspraak blijkt dat niet alleen de wetgever dus zoekt naar minder formalisme, maar dat ook rechters zoekende lijken te zijn naar een meer menselijke maat in het aanbestedingsrecht. Daarbij is het niet langer ondenkbaar dat meerdere ontbrekende antwoorden in het UEA alsnog mogen worden ingevuld.

ONTBREKENDE FORMULIEREN

U zult denken 'één zwaluw maakt nog geen zomer', maar niet alleen het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft het afgelopen jaar die menselijke maat laten zien.

Ook lagere rechters tonen beweging, bijvoorbeeld in een geschil afgelopen zomer over de (bekende) mega-aanbesteding Road2021 voor datacenter-dienstverlening.^[4]

Protinus was als vijfde geëindigd, zij wilde alsnog tot de raamovereenkomst toetreden en had daarvoor een haakje gevonden. Zij richtte haar pijlen op de inschrijving van Computacenter. Bij de inschrijving van Computacenter ontbrak

BAANBREKEND. HOF: UEA HERSTELBAAR

Ten aanzien van het UEA^[2] is de jurisprudentie over het algemeen zeer terughoudend. Illustratief voor die terughoudendheid is een uitspraak van de Rechtbank Den Haag uit 2019^[3] waarin een inschrijver vergeten was één vraag te beantwoorden. Dit was voor risico van de inschrijver: de inschrijver is verantwoordelijk voor het indienen van de juiste en volledig ingevulde stukken en dient daarmee zorgvuldig om te gaan. In de zaak waar het Hof over oordeelde, was inschrijver vergeten om in het UEA de vraag te beantwoorden of de vennootschap haar belastingen en sociale premies had voldaan. Dit mocht worden hersteld. Ten aanzien van die onbeantwoorde vraag kan namelijk objectief worden

vastgesteld hoe deze vraag beantwoord had moeten worden. In de verificatiefase kan de aanbestedende dienst immers een bewijsstuk vragen waaruit objectief blijkt of het 'herstelde en nagekomen' antwoord juist is geweest.

Het Hof liet zelfs toe dat meerdere (!) ontbrekende antwoorden werden aangevuld, zoals welke partij als onderaannemer zou optreden. Veelzeggend voor de welwillendheid is de overweging: "Hierbij moet worden bedacht dat fouten zelden alleen komen, en de beginselen van gelijkheid en transparantie niet verlangen dat een inschrijver daarop wordt afgerekend."

namelijk het formulier – met de veelzeggende naam – ‘onderaannemers’. Duidelijk was wel wie de onderaannemer zou worden, want de onderaannemer was wél opgevoerd in het UEA. Kort samengevat oordeelt de rechter dat het ‘level playing field’ niet is geschaad. Op basis van het UEA was duidelijk wie de onderaannemer zou worden. Dat het formulier ‘onderaannemers’ volledig ontbrak, is niet relevant volgens het Hof: de informatie die het formulier beoogde te verkrijgen is opgenomen (elders) in de inschrijving. Ook in deze uitspraak toont het Hof zich vergevingsgezind jegens een inschrijver die een (menselijke) fout maakt. Wat ons betreft een goede ontwikkeling, zolang de beginselen van het aanbestedingsrecht – waaronder met name gelijke behandeling en transparantie – niet worden geschonden.

TE KLEIN LETTERTYPE

Dat roept de vraag op hoe sterk die wens tot minder formalisme is. Wat bijvoorbeeld als u in een plan van aanpak een te klein lettertype heeft gehanteerd? De Haagse voorzieningenrechter trok daar de grens en sloot die inschrijving uit, met daarbij als toelichting dat die eis tot gevolg moet hebben dat alle inschrijvers evenveel ruimte ter beschikking hebben.^[5] Maakt het aantal gehanteerde woorden dan nog uit? Nee, volgens de rechter is het niet relevant of de meer beschikbare ruimte ook daadwerkelijk is gebruikt. Een formele insteek dus, ondanks dat het niet gebruiken van de extra verkregen ruimte een zeer sterke aanwijzing is voor een (herstelbare) vergissing. In deze kwestie was de rechtbank duidelijk nog niet toe aan minder formalisme.

WAAR LIGT DE GRENS?

De Europese wetgeving die ten grondslag ligt aan de Nederlandse Aanbestedingswet bevat al jaren de mogelijkheid om – onder omstandigheden – fouten door inschrijvers te laten herstellen.^[6] Die mogelijkheid wordt ingekleurd door rechters. De lijn die wij afgelopen jaren in de rechtspraak zagen, zouden wij samenvat-

ten als ‘fouten zijn voor rekening van de inschrijver’.

Het afgelopen jaar is een duidelijke beweging zichtbaar waarbij men zoekt naar ruimte om herstel mogelijk te maken. Om de grens van het ‘herstelbare’ te bepalen wordt aansluiting gezocht bij de doelstelling van een aanbesteding: het openstellen van overheidsopdrachten voor mededinging. Om dit doel te bereiken moet een aanbestedende dienst onderzoeken of een vormfout zich voor herstel leent. Een inschrijving die alle informatie bevat, alleen niet op de juiste plaats, mag worden hersteld (aldus het Hof Arnhem-Leeuwarden). Uitsluiting om die reden schaaft namelijk eerder de mededinging dan dat dit de mededinging bevordert.

Wanneer volgt dan nog uitsluiting? Als herstel zou leiden tot ongelijke behandeling of schending van het transparantiebeginsel. Daarvan is sprake als niet objectief kan worden aangetoond wat het ontbrekende antwoord, ten tijde van de inschrijving, zou zijn geweest. Dan wordt de aanvulling, verduidelijking of verbetering namelijk gezien als een nieuwe inschrijving. Dat is de, niet te overschrijden, grens waarbij een fout voor rekening van de inschrijver blijft. Ondanks alle goede voornemens zullen ook in 2022 fouten worden gemaakt bij het indienen van inschrijvingen. Er zullen dan ook meer praktijkvoorbeelden volgen waarbij dankbaar gebruik wordt gemaakt van de ruimere herstelmogelijkheden. Wij juichen het in ieder geval toe dat de menselijke maat haar weg weet te vinden naar het vaak formalistische aanbestedingsrecht. Wordt ongetwijfeld vervolgd... 📧

Referenties:

- [1] <https://tinyurl.com/yckmsjmd>
- [2] <https://tinyurl.com/ypz9rhpf>
- [3] <https://tinyurl.com/3funzkmu>
- [4] ECLI:NL:RBDHA:2021:9156
- [5] ECLI:NL:RBDHA:2021:8504.
- [6] Artikel 56 lid 3 van Richtlijn 2014/24/EU.

REACTIES EN BIJDRAGEN

Voor reacties en nieuwe bijdragen van IT-experts:
Tanja de Vrede
020-2467230
t.d.vrede@agconnect.nl

AUTEUR



JEROEN VAN HELDEN is advocaat IT, IE & Privacy bij De Clercq Advocaten Notariaat, te Leiden. Dagelijks adviseert en procedeed hij op het gebied van (internationale) privacy en dataprotectie-vraagstukken en IT-projecten, waaronder implementatie van ERP-systemen en ontwikkeling van maatwerksoftware.