

DE ZAAK

Voorzieningenrechter Rechtbank Oost-Brabant 23 oktober 2020 ECLI:NL:RBOBR:2020:5214

De uitspraak

Aanbesteding vervanging straatverlichting met gunning op basis van laagste prijs: de gemeente heeft materiaal voorgeschreven; de aanbieder heeft te laat geklaagd waardoor de gemeente terecht de aanbieder heeft uitgesloten.

Wat was er aan de hand?

De gemeente heeft een Europese openbare aanbesteding uitgeschreven voor het vervangen van lichtmasten armaturen. Daarbij heeft de gemeente twee armaturen voorgeschreven van het merk Philips. In de Inschrijvingsleidraad heeft de gemeente bepaald dat een inschrijver ook producten mag aanbieden die gelijkwaardig zijn. De inschrijver dient de gelijkwaardigheid bij inschrijving aan te tonen.

Een aanbieder schrijft als laagste in, niet met de voorgeschreven armaturen maar wel met een bewijs van gelijkwaardigheid. De gemeente is van mening dat het bewijs niet is geleverd en sluit deze aanbieder uit.

De betreffende aanbieder spant een kort geding aan waarin hij onder meer stelt dat hij ten onrechte ongeldig is verklaard en dat de aangeboden producten wel gelijkwaardig zijn. Bovendien vindt de aanbieder dat de eisen onvoldoende duidelijk zijn, de gemeente ze uitlegt op een manier die hij niet hoefde te verwachten en ook dat de gemeente in strijd met art. 2.76 Aw handelt omdat de gemeente zonder dat dit gerechtvaardigd was, verwezen heeft naar een merk en type armatuur.

De gemeente geeft als belangrijkste verweer aan dat de aanbieder te laat is en dat hij zijn rechten om daartegen op te komen verwerkt heeft, het zgn. Grossmann-verweer.

Wat vindt de rechter?

De rechter vindt dat er door de gemeente terecht beroep gedaan is op de vaste jurisprudentie n.a.v. het Grossmann-arrest (HvJEG 12 februari 2004, zaak C-230/02). Indien de aanbieder van mening is dat de door de gemeente gestelde eisen onvoldoende duidelijk waren of niet hadden mogen worden gesteld, dan had hij dat eerder aan de orde kunnen en moeten stellen. Door dit pas in het kader van dit kort geding te doen is de aanbieder te laat.

Daarbij komt ook nog dat de Inschrijvingsleidraad de inschrijvers ook met nadruk wijst op hun verplichting om onjuistheden, gebreken of onvolkomenheden in de Inschrijvingsleidraad direct te melden en dat zij zich door in te schrijven conformeren aan de inhoud van de Inschrijvingsleidraad, de bijlage en de procedure. De aanbieder kan dan niet zijn bezwaren pas uiten n.a.v. een voor hem ongunstig gunningsvoornemen. De inlichtingenronde was daarvoor bij uitstek de geschikte gelegenheid en indien de aanbestedende dienst in dat stadium niet aan de bezwaren van de aanbieder tegemoet had willen komen dan had hij daar toen tegen dienen op te komen.

De rechter geeft wel nadrukkelijk ten overvloede aan dat er op het eerste gezicht wel het nodige lijkt af te dingen op de door de gemeente in deze aanbestedingsprocedure gemaakte keuze om in de beschrijving van de opdracht specifieke armaturen van een specifieke fabrikant voor te schrijven, zulks gelet op het bepaalde in artikel 2.76 lid 3 Aw. Hij geeft aan dat er serieus van mening verschild kan worden of er sprake is van een uitzondering hierop. De rechter ziet namelijk op voorhand niet in waarom de gemeente niet zou kunnen volstaan met een eenvoudige verwijzing naar algemene technische specificaties, al dan niet aangevuld met wensen ten aanzien van de vorm en materiaalkeuze. Overigens constateert de rechter dat er niet gesteld of gebleken is dat de feitelijke concurrentie uitgesloten is door de gemeente. Er waren voldoende alternatieven beschikbaar die wel voldeden aan de eisen.

De rechter concludeert dat de gemeente gelijkwaardigheidseisen mocht stellen en oordeelt verder dat de aanbieder onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zijn producten gelijkwaardig waren.

Wat kunnen we hiervan leren?

Aanbestedende dienst:

1. Specificeer functioneel specificeren als dat mogelijk is.
2. Indien dit niet mogelijk is, benoem en motiveer dan de uitzondering. Beroep op de uitzondering kan door de rechter getoetst worden.
3. Geef de eisen voor gelijkwaardigheid aan dan wel de manier waarop beoordeeld wordt of er sprake is van gelijkwaardigheid. Zorg dat er concurrentie kan zijn. Indien er onduidelijkheid is, kan er strijd met het transparantiebeginsel zijn, als er geen concurrentie is, dan is er strijd met het gelijkheidsbeginsel.
4. Neem in aanbestedingsstukken op dat onjuistheden etc. uiterlijk in de inlichtingenronde door de inschrijver aangegeven moeten worden. Indien een inschrijver niet op tijd bezwaar maakt, is hij te laat als hij in kort geding pas klaagt.

Aanbieder:

1. Indien een merk genoemd wordt of naar een fabrikaat verwezen wordt: wijs hier dan op in de vragenronde en vraag functioneel te specificeren. Doet een aanbestedende dienst dit niet en is er geen reden om dit niet te doen, dan is er strijd met artikel 2.76 Aw. Start dan zo snel mogelijk een procedure om hiertegen op te komen. Denk er ook aan dat er bij de aanbestedende dienst geklaagd kan worden.
2. Vraag naar de eisen voor gelijkwaardigheid of de manier waarop dit beoordeeld wordt en stel vragen indien dit niet duidelijk is of niet limitatief. Indien er geen duidelijkheid is, maak dan bezwaar en geef in ieder geval de bezwaren aan.
3. Wordt er n.a.v. de vragenronde niet functioneel gespecificeerd, start een kort geding, of ga in ieder geval niet inschrijven zonder zelf aan te geven het op dit punt niet eens te zijn.

Vragen?

Heeft u naar aanleiding van deze uitspraak vragen. Neem dan [contact](#) met ons op.