

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 527 | Samenvatting

De klacht ziet op Europese openbare procedure voor een overheidsopdracht voor de levering van vrachtwagens. In de aanbestedingsstukken is bepaald dat een inschrijving ongeldig is en niet in behandeling wordt genomen indien in de inschrijving verwijzing plaatsvindt naar de eigen algemene voorwaarden. De aanbesteder heeft de inschrijving van de ondernemer als ongeldig terzijde gelegd omdat in een brief bij de inschrijving in een voorbedrukte passage op het briefpapier was verwezen naar de eigen voorwaarden van de ondernemer.

Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers voornoemde eis in de aanbestedingsstukken op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat elke verwijzing naar andere algemene voorwaarden tot ongeldigverklaring van een inschrijving zal leiden. Nu de ondernemer in zijn inschrijving in een voorbedrukte passage op zijn briefpapier naar zijn eigen algemene voorwaarden verwijst, is er naar het oordeel van de Commissie sprake van een gebrek in zijn inschrijving. Vervolgens is de vraag of dit gebrek zich leent voor herstel. Nu in de aanbestedingsstukken is bepaald dat een inschrijving waarin wordt verwezen naar andere algemene voorwaarden ongeldig is, is er naar het oordeel van de Commissie geen sprake van een gebrek dat zich leent voor herstel. Daarmee acht de Commissie de klacht ongegrond.

De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Hoewel daarover niet is geklaagd, is de Commissie van oordeel dat de aanbesteder een disproportionele eis met bijbehorende sanctie heeft opgenomen. De Commissie begrijpt dat de aanbesteder met de voornoemde eis heeft willen bewerkstelligen dat zijn eigen algemene inkoopvoorwaarden op de aanbestede opdracht van toepassing zullen zijn en niet (tevens) de algemene voorwaarden waar een inschrijver in zijn inschrijving naar verwijst.

Een eis in de aanbestedingsstukken die een – onbedoelde – verwijzing naar de eigen algemene voorwaarden op de wijze zoals hiervoor omschreven verbiedt, gaat verder dan nodig is om het doel te bereiken dat een aanbestedende dienst voor ogen heeft. Dat zou eventueel kunnen worden opgelost door in de aanbestedingsstukken een voorziening te treffen die de aanbestedende dienst de mogelijkheid biedt om in gevallen waarin er geen misverstand kan zijn dat de inkoopvoorwaarden van de aanbestedende dienst als enige van toepassing zijn, te besluiten niet tot uitsluiting van de betreffende inschrijver over te gaan.

De aanbesteder heeft een voorziening zoals hiervoor bedoeld echter niet getroffen. Daarmee heeft de aanbesteder niet alleen voor zichzelf maar ook voor de Commissie de weg afgesneden om de beslissing tot uitsluiting van de ondernemer nog aan een proportionaliteitstoets te kunnen onderwerpen, gelet op de huidige stand van de jurisprudentie. Dat laat onverlet dat de aanbesteder naar het oordeel van de Commissie in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in artikel 1.10 Aw 2012 door voornoemde eis met bijbehorende sanctie in de aanbestedingsstukken op te nemen.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 527

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 25 februari 2019 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de levering van twee vrachtwagens met haakarm en de aankoop van een vrachtwagen.
- 1.2. In het Aanbestedingsdocument 'Openbare Europese Aanbesteding Levering Vrachtwagens met Haakarm' van februari 2019 is, onder meer, het volgende bepaald:

'4. Voorwaarden voor deze aanbesteding

4.2 Indienen Inschrijving

(...)

De Inschrijving dient volledig, zonder voorbehoud en onherroepelijk te zijn, dat wil zeggen dat alle expliciet gevraagde bewijsstukken dan wel andere informatie dient te zijn bijgesloten en dat alle in het Aanbestedingsdocument vermelde vragen, zowel algemeen als specifiek, door Inschrijver zijn beantwoord. (...)

Er wordt met nadruk op gewezen dat u zelf verantwoordelijk bent voor de juistheid en de volledigheid van uw Inschrijving. Door Inschrijving gaat de Inschrijver onvoorwaardelijk akkoord de bepalingen, eisen en voorwaarden in de Aanbestedingsstukken.

(...)

4.11 Inschrijving zonder voorbehoud

De Inschrijving is duidelijk en zonder voorbehoud opgesteld. Alle door de Inschrijver(s) in het kader van deze aanbesteding ingediende gegevens en gedane verklaringen zijn door de Inschrijver(s) naar waarheid ingevuld en Inschrijver(s) garandeert (garanderen) dat deze gegevens en verklaringen te allen tijde gestand worden gedaan. (...)

4.12 Instemming

Door indiening van de Inschrijving verklaart Inschrijver akkoord te gaan met alle bepalingen, eisen en criteria genoemd in deze aanbestedingsprocedure en met de inhoud van dit Aanbestedingsdocument.

(...)

4.15 Algemene inkoopvoorwaarden en conceptovereenkomst

De Algemene Inkoopvoorwaarden [Aanbesteder] voor leveringen en diensten 2012 zijn van toepassing op de aan te besteden opdracht, behalve voor zover daarvan in de aanbestedingsdocumenten en/of (raam)overeenkomst is afgeweken. (...)

Toepassing voorwaarden

Indien in de Inschrijving de voorwaarden door de Inschrijver van de hand worden gewezen en/of verwijzing plaatsvindt naar de Algemene leverings- en betalingsvoorwaarden van de Inschrijver, dan wel andere algemene of bijzondere voorwaarden en/of standaardcontractformulieren van de Inschrijver, is de Inschrijving ongeldig en wordt de Inschrijving niet in behandeling genomen.

Conceptovereenkomst

In de bijlage is een conceptovereenkomst opgenomen.

(...) Door inschrijving gaat de Inschrijver akkoord met de conceptovereenkomst en de inkoopvoorwaarden, voor zover daar bij de Nota van Inlichtingen niet is afge-weken.'

- 1.3. In Bijlage 2 'Conceptovereenkomst' bij het Aanbestedingsdocument is, onder meer, het volgende bepaald:

'Artikel 3 Stukken

1. Bijlagen maken onlosmakelijk deel uit van de overeenkomst. In geval van tegenstrijdigheden tussen bijlagen en artikelen van de overeenkomst geldt de navolgende rangorde, waarbij de hoger genoemde bijlage prevaleert boven de lager genoemde bijlage:

1. Deze overeenkomst
2. Nota van Inlichtingen d.d. < datum >, bijlage 1
3. Nota van Inlichtingen d.d. < datum >, bijlage 2
4. Aanbestedingsdocument d.d. < datum> met nummer <.....>, bijlage 3
5. Inschrijving Opdrachtnemer d.d. < datum >, bijlage 4

2. (...)

Artikel 4 Algemene Voorwaarden

Tenzij in deze overeenkomst anders is geregeld zijn uitsluitend de Algemene Inkoopvoorwaarden [Aanbesteder] voor leveringen en diensten 2012 van toepassing en worden de algemene voorwaarden van Opdrachtnemer nadrukkelijk verworpen.'

- 1.4. Ondernemer heeft op 15 april 2019 een inschrijving ingediend. In een brief bij deze inschrijving staat onderaan het briefpapier in een kleiner lettertype de volgende voorbedrukte passage:

'(...)

Op al onze overeenkomsten, leveringen en diensten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van [Ondernemer], zoals gedeponeed bij de Kamer van Koophandel onder nummer (...). Op uw eerste schriftelijke verzoek zenden wij u onze voorwaarden toe.'

- 1.5. Aanbesteder heeft op 16 april 2019 via TenderNed het volgende bericht aan ondernemer gestuurd:

'Het aanbestedingsdocument geeft in 4.15 aan dat Indien in de Inschrijving de voorwaarden door de Inschrijver van de hand worden gewezen en/of verwijzing plaatsvindt naar de Algemene leverings- en betalingsvoorwaarden van de Inschrijver, dan wel andere algemene of bijzondere voorwaarden en/of standaardcontractformulieren van de Inschrijver, is de Inschrijving ongeldig en wordt de Inschrijving niet in behandeling genomen.

U verklaart in uw aanbieding de Algemene Voorwaarden van [Ondernemer] van toepassing. Uw aanbieding is daarom ongeldig.

(...)'

- 1.6. In een e-mail van diezelfde dag reageert ondernemer als volgt op het bericht van aanbesteder:

'(...)

Middels het indienen van volledig ingevulde en rechtsgeldig ondertekende Bijlagen 4, 5 en 6 hebben wij duidelijk te kennen gegeven dat we akkoord gaan met al uw voorwaarden en eisen in het bestek. Dit weegt toch zeker zwaarder dan een standaard regel onderaan het briefpapier dat gebruikt is voor de offerte?

(...)'

2. Beschrijving klacht

Aanbesteder heeft de inschrijving van ondernemer ten onrechte als ongeldig terzijde gelegd, wegens de verwijzing op het briefpapier naar zijn eigen algemene voorwaarden en heeft ondernemer ten onrechte niet in de gelegenheid gesteld om de fout in zijn inschrijving te herstellen.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. De inschrijving van ondernemer is ongeldig verklaard omdat onderaan zijn standaard briefpapier de eigen algemene verkoop- en leveringsvoorwaarden van toepassing zijn verklaard. Dit briefpapier is gebruikt voor de offerte die als informatieve bijlage is toegevoegd aan de inschrijving.
- 3.2. In de volledig ingevulde en rechtsgeldig ondertekende inschrijfformulieren en de eigen verklaring heeft ondernemer duidelijk aangegeven dat hij akkoord gaat met de gestelde voorwaarden en eisen in het bestek van de aanbestedende dienst. De officiële bijlagen 4, 5 en 6 die ondernemer volledig ingevuld en rechtsgeldig ondertekend heeft ingediend, zouden zwaarder moeten wegen dan zijn standaard briefpapier dat ondernemer heeft gebruikt voor een informatieve bijlage.
- 3.3. Een afwijzing op deze grond is volgens ondernemer niet 'in de zin van het aanbesteden'.
- 3.4. Aanbesteder heeft aangegeven dat het geen zin heeft de inschrijving van ondernemer alsnog toe te laten, aangezien zijn inschrijving toch niet de laagste prijs heeft en dus niet voor gunning in aanmerking komt. Ondernemer meent dat aanbesteder de inschrijving van ondernemer niet ongeldig hoeft te verklaren als hij toch niet voor gunning in aanmerking komt.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Aanbesteder is van oordeel dat ondernemer een voorwaardelijke inschrijving heeft gedaan door in zijn offerte zijn eigen algemene voorwaarden van toepassing te verklaren. Het feit dat de tekst onderaan het briefpapier van ondernemer staat doet hier volgens aanbesteder niet aan af.

- 4.2. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat als hij de offerte van ondernemer zou accepteren en de opdracht aan ondernemer zou gunnen, (ook) de voorwaarden van ondernemer onderdeel van de overeenkomst zouden uitmaken. Aanbesteder onderbouwt dit standpunt met een verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 24 april 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1125, NJ 2015/222). Verder wijst aanbesteder ter onderbouwing van zijn standpunt op het bepaalde in artikel 6:225, lid 3, Burgerlijk Wetboek:

‘Verwijzen aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden, dan komt aan de tweede verwijzing geen werking toe, wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen.’

- 4.3. Dat (ook) de voorwaarden van ondernemer onderdeel zouden uitmaken van de overeenkomst, is voor aanbesteder niet aanvaardbaar. Hij heeft die situatie dan ook willen voorkomen met het opnemen in het Aanbestedingsdocument van paragraaf 4.15 (zie 1.2 hiervoor).
- 4.4. Op grond van het transparantie- en gelijkheidsbeginsel en gezien de uitdrukkelijke tekst van paragraaf 4.15 kan aanbesteder vervolgens niet anders dan ondernemer uitsluiten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.
- 4.5. Bovendien is aanbesteder van oordeel dat het ondertekenen van Bijlage 4 met het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, bijlage 5 met de Holdingverklaring en Bijlage 6 met het Inschrijvingsbiljet, anders dan ondernemer stelt, niets zegt over het aanvaarden van de inkoopvoorwaarden van de aanbesteder én over het uitsluiten van de eigen voorwaarden van ondernemer. Door in te schrijven met de bewuste tekst op zijn briefpapier heeft ondernemer ook zijn voorwaarden van toepassing verklaard. Het is voor aanbesteder onbegrijpelijk waarom de ene verklaring van ondernemer – door ondertekening van genoemde bijlagen – zwaarder zou wegen dan een andere verklaring van ondernemer dat zijn voorwaarden van toepassing zijn. Er is naar het oordeel van aanbesteder geen rechtsregel die een dergelijke rangorde ondersteunt.
- 4.6. Inschrijving op de wijze als door ondernemer is gedaan, is naar de mening van aanbesteder dan ook voor risico van ondernemer. Aanbesteder dient een dergelijke verklaring niet te accepteren, om te voorkomen dat hij later (ook) aan de voorwaarden van ondernemer is gebonden.
- 4.7. Naar het oordeel van aanbesteder is de bewuste passage op het briefpapier ook niet een voor herstel vatbaar gebrek (door offerte opnieuw te laten indienen op blanco papier, dan wel de bewuste voorwaarde te verwijderen). Door dat toe te staan, zou ondernemer immers een nieuwe inschrijving (met andere voorwaarden) kunnen doen. Dat zou in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 25 februari 2019 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de levering van twee vrachtwagens met haakarm en de aankoop van een vrachtwagen. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. In paragraaf 4.15 van het Aanbestedingsdocument heeft aanbesteder expliciet bepaald dat een inschrijving waarin wordt verwezen naar andere algemene voorwaarden ongeldig is (zie 1.2 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie zullen alle

redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers het Aanbestedingsdocument op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat elke verwijzing naar andere algemene voorwaarden tot ongeldigverklaring van een inschrijving zal leiden.

- 5.3. Nu ondernemer in zijn inschrijving in een voorbedrukte passage op zijn briefpapier naar zijn eigen algemene voorwaarden verwijst, is er naar het oordeel van de Commissie sprake van een gebrek in zijn inschrijving.
- 5.4. Daarmee komt de Commissie toe aan de vraag dit gebrek zich leent voor herstel. Bij de beantwoording van die vraag zal de Commissie voor de uitleg van artikel 2.55 Aw 2012 aansluiten bij het toetsingskader zoals verwoord in het arrest HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191 (SAG), r.o. 40, HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647 (Manova), r.o. 40, meer recent HvJ EU 14 december 2016, zaak C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948 (Connexion), r.o. 38, HvJ EU 28 februari 2018, zaken C-523 en 536/16, ECLI:EU:C:2018:122, r.o. 49 en 51) en Advies 462 (overwegingen 5.11.1-5.11.4). De hiervoor bedoelde jurisprudentie komt er – kort gezegd – op neer dat wanneer een inschrijver zijn inschrijving heeft ingediend, hij deze inschrijving in beginsel niet meer mag aanpassen. Slechts in uitzonderlijke gevallen mag een inschrijving zijn inschrijving verbeteren of aanvullen. Het maken van een dergelijke uitzondering is echter uitgesloten ingeval van ontbrekende informatie die op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt.
- 5.5. Nu in paragraaf 4.15 van het Aanbestedingsdocument is bepaald dat een inschrijving waarin wordt verwezen naar andere algemene voorwaarden ongeldig is (zie 1.2 hiervoor), is er naar het oordeel van de Commissie geen sprake van een gebrek dat zich leent voor herstel.
- 5.6. Daarmee acht de Commissie de klacht ongegrond.
- 5.7. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Hoewel daarover niet is geklaagd, is de Commissie van oordeel dat aanbesteder in paragraaf 4.15 van het Aanbestedingsdocument een disproportionele eis met bijbehorende sanctie heeft opgenomen. De Commissie onderbouwt dit oordeel als volgt.
 - 5.7.1. De Commissie begrijpt dat aanbesteder met de eis van paragraaf 4.15 heeft willen bewerkstelligen dat zijn eigen algemene inkoopvoorwaarden op de aanbestede opdracht van toepassing zullen zijn en niet (tevens) de algemene voorwaarden waar een inschrijver in zijn inschrijving naar verwijst.
 - 5.7.2. Een inschrijver kan op verschillende manieren in zijn inschrijving naar eigen algemene voorwaarden verwijzen. Het is dan overigens niet zo, dat elke verwijzing tot gevolg zal hebben dat de algemene voorwaarden van de inschrijver – al dan niet naast die van de aanbestedende dienst – per definitie op de aanbestede opdracht van toepassing zullen zijn. Dat laatste is bijvoorbeeld niet zo in een geval als het onderhavige, waarbij de aanbestedende dienst in zijn uitnodiging tot het doen van een inschrijving zijn eigen algemene inkoopvoorwaarden van toepassing heeft verklaard en de inschrijver bij het doen van zijn inschrijving gebruik maakt van briefpapier waarop in een voorbedrukte tekst wordt verwezen naar de eigen algemene voorwaarden, zonder dat de inkoopvoorwaarden van de aanbestedende dienst in die brief uitdrukkelijk van de hand zijn geweest. Zoals uit het arrest Hardstaal/Bovry kan worden afgeleid (zie HR 13 juli 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3632, NJ 2001/497) brengt artikel 6:225, lid 3, BW ook in een dergelijk geval namelijk mee – anders dan aanbesteder lijkt te veronderstellen (zie 4.2 hiervoor) – dat aan de verwijzing door de inschrijver naar de eigen algemene voorwaarden geen werking toekomt en dat de algemene inkoopvoorwaarden van de aanbestedende dienst als enige voorwaarden onverkort op de aanbestede opdracht van toepassing

zullen zijn (zie voor een toepassing van die regel in de context van een aanbestedingsprocedure Rb. Zwolle-Lelystad (vzr.) 13 december 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BU7691).

- 5.7.3. Een eis in de aanbestedingsstukken die een – onbedoelde – verwijzing naar de eigen algemene voorwaarden op de wijze zoals hiervoor omschreven verbiedt, gaat – gelet op het voorgaande – verder dan nodig is om het doel te bereiken dat een aanbestedende dienst voor ogen heeft (zie 5.7.1 hiervoor). Dat zou eventueel kunnen worden opgelost door in de aanbestedingsstukken een voorziening te treffen die de aanbestedende dienst de mogelijkheid biedt om in een dergelijk geval te besluiten niet tot uitsluiting van de betreffende inschrijver over te gaan, aangezien er in dat geval immers geen misverstand over kan bestaan dat – ondanks de verwijzing door de inschrijver naar de eigen algemene voorwaarden – de inkoopvoorwaarden van de aanbestedende dienst als enige van toepassing zijn.
- 5.7.4. Aanbesteder heeft een voorziening zoals hiervoor bedoeld echter niet getroffen, maar heeft in plaats daarvan in paragraaf 4.15 van het Aanbestedingsdocument voor zichzelf de verplichting opgenomen om een inschrijver te allen tijde uit te sluiten wanneer deze in zijn inschrijving verwijst naar eigen algemene voorwaarden. Daarmee heeft aanbesteder niet alleen voor zichzelf maar ook voor de Commissie de weg afgesneden om de beslissing tot uitsluiting van ondernemer nog aan een proportionaliteitstoets te kunnen onderwerpen, gelet op de huidige stand van de jurisprudentie (zie 5.4 hiervoor). Dat laat onverlet dat aanbesteder naar het oordeel van de Commissie in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in artikel 1.10 Aw 2012 door in het Aanbestedingsdocument de eis van paragraaf 4.15 met bijbehorende sanctie op te nemen.
- 5.7.5. De Commissie merkt tot slot nog op dat de feiten in deze zaak afwijken van die in Advies 479. Dat advies had namelijk geen betrekking op een zaak waarin de uitgesloten inschrijver naar de eigen algemene voorwaarden verwees in een voorbedrukte tekst onderaan zijn briefpapier.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 10 mei 2019

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid