



JURISPRUDENTIE AANBESTEDINGSRECHT 2020

JURISPRUDENTIE AANBESTEDINGSRECHT 2020

AevesBenefit, Het NIC en Van Doorne Advocaten

VOORWOORD

Met trots presenteren wij aan u ons Jurisprudentie Jaaroverzicht 2020; een overzicht van 24 belangrijke uitspraken die in 2020 op het gebied van het aanbestedingsrecht zijn gepubliceerd. Het geeft een praktisch inzicht in relevante aanbestedingsrechtelijke thema's, geschreven voor inkopers en juristen, werkzaam in de publieke sector.

Elk jaar worden vele uitspraken gedaan, zowel in kort geding als in zogenaamde bodemprocedures. Daarnaast laten zowel de Commissie van Aanbestedingsexperts via adviezen en het Europese Hof van Justitie via arresten, regelmatig van zich horen.

Naast onderwerpen waar traditioneel vaak over wordt geprocedeerd (zoals het leerstuk van de wezenlijke wijziging, het herstel van gebreken en het motiveren van een gunningsbeslissing), komen ook tamelijk 'nieuwe' onderwerpen in deze bijdrage aan bod: wat is bijvoorbeeld een reële tenderkostenvergoeding na intrekking van een aanbesteding? En een inschrijver die een beroep doet op zelfreiniging na een ernstige beroepsfout: hoe ga je daar als aanbestedende dienst mee om?

Het is voor inkopers en juristen veelal lastig een goed overzicht te houden op deze constante stroom aan adviezen en uitspraken. Ons Jaaroverzicht is zodanig opgesteld dat u in één oogopslag de essentie van een thema uit de zaak doorgrondt. Wij geven hiermee een helder overzicht van de aanbestedingsrechtelijke kaders en eenvoudige handvatten voor toepassing ervan in de praktijk.

Op pagina 74 en 75 geven we een infographic weer, die in één oogopslag het jurisprudentiejaar samenvat. Zo ziet u dat in het afgelopen jaar 159 uitspraken zijn gepubliceerd en dat de kans dat een aanbestedende dienst de rechtszaak wint, met 80% onverminderd groot is. Ook ziet u de top drie van onderwerpen terug waar in 2020 het vaakst over is geprocedeerd.

Het Jurisprudentie Jaaroverzicht 2020 is tot stand gekomen door de goede samenwerking tussen Van Doorne advocaten, notarissen & fiscalisten, AevesBenefit en Het NIC.

19 januari 2021

Eerste druk januari 2021
Verkoopwaarde: € 29,95

© 2021 AevesBenefit, Het NIC en Van Doorne Advocaten

Aan dit boekje schreven mee:
Sanne Besselink (Het NIC)
Laurens van den Brink (AevesBenefit)
Philip Juttmann (Van Doorne)
Julia Kaak (Het NIC)
Linny Karssemeijer (AevesBenefit)
Camiel Prevoo (Het NIC)
Tycho Ruers (Van Doorne)
Ellen Weisbeek (AevesBenefit)

Onder de bezielende leiding van:
Niels Hoppenbrouwers
Gijs Verberne
Claire Leussink-Nies

Met ondersteuning door:
Aisha Esseboom
Joyce Gevers - van Geenen
Nick Praas
De Studio

Van Doorne	AevesBenefit	Het NIC
Gijs Verberne	Niels Hoppenbrouwers	Claire Leussink-Nies
verberne@vandoorne.com	legal@aevesbenefit.com	claire.leussink@hetnic.nl
020 - 678 92 78	020 - 311 64 99	085 - 040 41 79
06 - 22 37 85 25	06 - 25 29 95 08	06 - 30 07 81 89

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	5
Motiveren doe je zo!	8
Herstel? Als het even kan wel!	11
De ene wijziging is de andere niet	14
Intrekken van een aanbesteding: hoe hoog ligt de drempel?	16
Contact met huidige leverancier over nieuwe aanbesteding: bezint eer gij begint!	19
Kan de winnende inschrijver zijn bieding waarmaken?	22
Geen vormeisen? Dan kan elk document een aanbestedingsbrief zijn!	25
Een korting is geen negatieve prijs!	28
Een ervaringseis moet strikt worden toegepast, ook door de rechter	30
Zelfreiniging na ernstige beroepsfout geen sinecure!	33
Specificeren kun je leren: verwijzingen naar merken in het aanbestedingsrecht	36
Let op de vervaltermijn, ook na een herziene gunningsbeslissing!	39
Verificatie personeelservaring: LinkedIn-profiel en cv kunnen zorgen voor gerede twijfel	42
Horizontale samenwerking: wanneer is sprake van 'echte' samenwerking?	45
Tarieven in de (jeugd)zorg: regionaal en specifiek!	48
Tenderkostenvergoeding na intrekken aanbesteding?	51
Voorkom schijn van vooringenomenheid beoordelingscommissie!	54
Het laten vervallen van een gunningsvoorwaarde (bij uitzondering) toegestaan!	57
Bouwen aan social return: zolang het maar reëel blijft	59
Alcateltermijn: geldt voor elk individueel argument tegen de gunningsbeslissing	62
Geschikt of ongeschikt. De (on)bekwaamheid van een derde	64
Overtreding van contactverbod na gunningsvoornemen toegestaan?	67
Meerdere referenties per kerncompetentie toegestaan?	69
Herbeoordeling alleen wanneer de inschrijver daar belang bij heeft?	72
Infographic	74
Jurisprudentieregister	76



MOTIVEREN DOE JE ZO!



DE ZAAK

De gemeente Lingewaard heeft een meervoudig onderhandse aanbesteding in de markt gezet voor het leveren, implementeren en onderhouden van een applicatie voor de basisregistratie van adressen en gebouwen. Er wordt gegund op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Twee marktpartijen schrijven in. Uit de gunningsbeslissing blijkt dat de winnende inschrijver naast het onderdeel prijs, enkel op één van de zes kwaliteitsonderdelen een hoger puntentotaal heeft behaald.

De verliezend inschrijver maakt bezwaar. Hij stelt dat de gemeente de beoordelingsmethodiek niet juist heeft toegepast. Een week later ontvangt hij een herziene gunningsbeslissing waarbij zijn score op één kwaliteitsonderdeel is verhoogd en waarin tevens de scores per wens/vraag zijn opgenomen. Zijn totaalscore blijft nog steeds lager dan de totaalscore van de inschrijver aan wie

een gunningsvoornemen is geuit. De verliezend inschrijver besluit naar de rechter te stappen. Volgens hem ontbreekt in de motivering wat de winnende inschrijver op onderdelen beter heeft gedaan.

Volgens de rechter moet een afgewezen inschrijver aan de hand van de motivering kunnen beoordelen of er een grond is om in een procedure de juistheid van een gunningsbeslissing ter discussie te stellen. De aanbestedende dienst had daarom naast de puntenscores en de motivering daarop ook tot een zekere hoogte duidelijk moeten maken wat de winnende inschrijver op bepaalde onderdelen beter heeft gedaan. Zonder motivering op de scores is dat niet af te leiden. De aanbestedende dienst moet van de rechter een nieuwe gunningsbeslissing nemen die wel voldoet aan de motiverings-eisen.



JURIDISCH KADER

- De Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) bepaalt het volgende over het motiveren van de gunningsbeslissing:
 - De gunningsbeslissing moet aan iedere inschrijver de relevante redenen voor deze beslissing kenbaar maken op grond van het transparantiebeginsel. Deze verplichting geldt ook bij een meervoudig onderhandse aanbesteding (artikel 1.15 lid 2 en 2.130 lid 1 Aw 2012).
- Onder relevante redenen wordt in ieder geval verstaan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving en de naam van de winnaar (artikel 2.130 lid 2 Aw 2012).
- Uit de rechtspraak volgt dat een afgewezen inschrijver aan de hand van de motivering moet kunnen beoordelen of er grond is om in een procedure de (juistheid) van de gunningsbeslissing ter discussie te stellen.



RECHTERS AAN HET WOORD

Afgelopen decennium heeft de rechter zich verschillende keren over de motiveringsplicht uitgesproken:

- De Hoge Raad oordeelde in 2012 dat de bekendmaking van de gunningsbeslissing alle relevante redenen moet vermelden en dat aanvulling van die redenen in beginsel niet mogelijk is. Hiermee wordt voorkomen dat een aanbestedende dienst in een juridische procedure allerlei nieuwe redenen kan aanvoeren om zijn gunningsbeslissing te verdedigen (zoals het standpunt dat de inschrijving van de eisende partij ongeldig is, terwijl daar in de oorspronkelijke gunningsbeslissing niets over was vermeld).
- Bedrijfsvertrouwelijke informatie kan ervoor zorgen dat een aanbestedende dienst bepaalde inhoudelijke informatie, bijvoorbeeld de aangeboden prijs, niet mag verwerken in haar motivering.
- Een term 'onvoldoende 'SMART' als motivering is dusdanig vaag en algemeen dat hiermee op voorhand niet aan de motiveringsplicht wordt voldaan. Een aanbestedende dienst moet daadwerkelijk ingaan op de uitgevraagde criteria (en alle daarbij genoemde aandachtspunten/aspecten).



COMMISSIE

Wanneer de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts naast relevante jurisprudentie worden gelegd ontstaat een opvallend beeld: de Commissie is voorstander van een uitgebreidere motivering.

Dit blijkt onder meer uit een recent advies waarin de volgende aspecten vallen onder de motiveringsplicht:

- Vermelden van de kenmerken en de relatieve voordelen van alle winnende inschrijvingen;
- Motiveren waarom de als tweede geëindigde inschrijver beter heeft gescoord op een bepaald kwalitatief subgunningscriterium;
- Inzage geven in de relevante kenmerken van de winnende inschrijvers op onderdelen waarop deze gelijk aan of lager dan de ondernemer hebben gescoord;
- Bekendmaken van de gewogen gemiddelde provisiepercentages en de scores op prijs van de winnende inschrijvingen.

Met dit advies geeft de Commissie nadere invulling aan de strenge motiveringsverplichting die zij sinds 2016 heeft ingezet. Dit blijkt onder meer uit adviezen 209, 244, 280, 326 en 389.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

De rechter toetst onder meer of de gunningsbeslissing zodanig inzichtelijk is gemotiveerd dat het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen.

Uit de gunningsbeslissing dient dan ook te blijken welke score een inschrijver op elk van de gunningscriteria heeft behaald, en ook wat zijn

eindscore is. Daarnaast dient in de gunningsbeslissing een opsomming te zijn gegeven van de positieve en minder positieve factoren die de scores hebben bepaald. Van de winnaar moeten zowel de scores op de gunningscriteria als de eindscore zijn vermeld. Hieruit kunnen vervolgens ook de relatieve voordelen van de winnende inschrijver worden afgeleid.

Het vereiste van effectieve rechtsbescherming gaat niet zover dat een aanbestedende dienst afgewezen inschrijvers in de gelegenheid zou moeten stellen de aan de winnende inschrijver gegevens scores te controleren. Echter, in geval van gerede twijfel of een inschrijving niet irreëel is, is de aanbestedende dienst gehouden daar nader onderzoek naar te verrichten. Daarvoor is niet noodzakelijk dat de afgewezen inschrijver concreet aantoont dat de inschrijving van de (voorlopig) winnende partij irreëel is. Er is een duidelijke tendens zichtbaar waarbij inschrijvers zich steeds minder vaak neerleggen bij een gunningsbeslissing en meer toelichting eisen.

In dat kader de volgende adviezen:

- Benoem bij elke vorm van aanbesteding alle relevante redenen voor afwijzing van een inschrijving;
- Meld de scores van de afgewezen inschrijver op specifieke (sub)criteria en de reden(en) waarom op dat specifieke (sub)criterium de betreffende score is toegekend;
- Vermeld bij elk gunningscriterium tevens de score van de winnende inschrijver;
- Benoem doorslaggevende informatie, waaronder -voor zover dit niet tot schending van bedrijfsgeheimen leidt- aspecten van de winnende inschrijver, in de bekendmaking van de gunningsbeslissing;
- Meld bij 'laagste prijs' aanbesteding reeds in de aanbestedingsdocumenten of bij de gunningsbeslissing de inschrijfsommen van de inschrijvers bekend zullen worden gemaakt. Of geheimhouding van de inschrijfsommen wenselijk is, hangt af van de aard van de opdracht: bekendmaking van de inschrijfsommen voor een specifiek bouwproject zal de mededinging bij volgende aanbesteding doorgaans niet verstoren. Bij eenheidsprijzen van in te kopen producten of uurtarieven voor dienstverlening, ligt dat mogelijk anders.

HERSTEL? ALS HET EVEN KAN WEL!



JURISPRUDENTIE
Editie 2



DE ZAAK

De gemeente Arnhem houdt een nationale openbare aanbesteding voor het meerjarig onderhoud van civieltechnische kunstwerken. In het kader van de geschiktheidseisen dienen inschrijvers te verklaren dat zij beschikken over verschillende kwaliteitscertificaten, waaronder een geldig BRL3201-certificaat of gelijkwaardig voor toepassing van specialistische instandhoudingstechnieken voor betonconstructies.

In de bekendmaking van de gunningsbeslissing vraagt de gemeente aan de beoogde winnaar, ter verificatie van zijn inschrijving, onder meer het BRL3201-certificaat over te leggen. Het certificaat dat de beoogde winnaar vervolgens opstuurt staat niet op naam van de inschrijver zelf, maar van een andere aannemer. In het ingediende Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) heeft de inschrijver echter vermeld dat hij geen beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten om te voldoen aan de selectiecriteria. In antwoord op een vraag van de gemeente bericht de inschrijver dat hij abusievelijk is vergeten in het UEA te vermelden dat hij een beroep doet op een derde. De gemeente oordeelt dat sprake is van een gebrek in de inschrijving dat zich niet leent voor herstel en sluit de inschrijver alsnog uit van de aanbesteding.

De inschrijver start een kort geding. Daarin vordert hij veroordeling van de gemeente om aan hem een herstelkans van zijn inschrijving

te bieden. De rechter oordeelt het volgende: van een fout die zich leent voor herstel kan slechts dan sprake zijn, indien op het moment van inschrijven voor de aanbestedende dienst volstrekt duidelijk was wat de bedoeling van inschrijver was en op basis van de inschrijving aldus onmiskenbaar was dat daarin een vergissing is gemaakt. In het kort geding betoogt de inschrijver dat dit het geval is, omdat uit het door hem bij zijn inschrijving ingediende plan van aanpak duidelijk zou blijken dat hij voor de werkzaamheden waarvoor een BRL3201-certificaat noodzakelijk is een beroep zou doen op een derde.

Naar het oordeel van de rechter was dit voor de gemeente echter niet direct en volstrekt duidelijk. Als de inschrijver werkelijk de bedoeling heeft gehad om in te schrijven met een onderaannemer, lag het niet voor de hand de vraag in het UEA met 'nee' te beantwoorden. In de inschrijving is ook niet toegelicht wie de onderaannemer zou zijn en op welke wijze hij zou worden ingeschakeld. Het toestaan van herstel zou ertoe leiden dat de inschrijver bij de uitvoering van de opdracht alsnog gebruik zou mogen maken van de expertise van een derde. Volgens de rechter is dit in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en evenredigheid. De vorderingen worden afgewezen.



JURIDISCH KADER

- In het arrest Esaprojekt vat het Hof van Justitie van de EU zijn eigen rechtspraak over het herstel van gebreken in inschrijvingen als volgt samen:
 - Een inschrijving mag na indiening in beginsel niet worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver. Een aanbestedende dienst mag een inschrijver niet om preciseringen verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht.
 - De gegevens van de inschrijvingen kunnen evenwel gericht worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten.
- Het verzoek om een inschrijving toe te lichten mag er niet toe leiden dat de betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient.
- De aanbestedende dienst moet de inschrijvers gelijk en op loyale wijze behandelen; het is niet toegestaan de ene inschrijver te bevoordelen boven een ander.
- In het arrest Manova oordeelde het Hof van Justitie van de EU dat het een aanbestedende dienst is toegestaan een inschrijver na inschrijving te verzoeken documenten over te leggen waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn. Dit is echter niet toegestaan als de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk voorschrijven dat die documenten op straffe van uitsluiting bij inschrijving moeten worden verstrekt.



RECHTERS AAN HET WOORD

De vraag of een inschrijver het recht heeft een gebrek in zijn inschrijving te herstellen komt in de Nederlandse rechtspraak veelvuldig aan de orde. In de meeste gevallen oordelen rechters dat de aanbestedende dienst de inschrijver terecht geen herstelmogelijkheid heeft geboden. Enkele recente voorbeelden:

- Hof Amsterdam (2019): de voorzieningen-rechter heeft met juistheid overwogen dat het achteraf naar voren schuiven van een andere entiteit om aan geschiktheidseisen te voldoen en het achteraf verstrekken van nieuwe stukken om aan te tonen dat aan geschiktheidseisen wordt voldaan, verder gaat dan een eenvoudig herstel en daarom niet toelaatbaar is.
- Hof Den Haag (2018): Het vervangen van een inschrijver die niet aan de voorwaarden voor inschrijving voldoet, door een (aan de oorspronkelijke inschrijver gelieerde) andere inschrijver is geen eenvoudige precisering of herstel van een kennelijke materiële fout en is dan ook niet toelaatbaar (bekrachtigd door de Hoge Raad in 2019).
- In enkele uitzonderlijke gevallen oordeelden rechters dat het niet bieden van een herstelmogelijkheid strijdig was met het evenredigheidsbeginsel:
 - Hof Den Haag (2019): Aan de hand van de inschrijving kon objectief worden vastgesteld dat inschrijver hoogstwaarschijnlijk over de vereiste bereidverklaring beschikte, maar abusievelijk had nagelaten deze bij haar inschrijving te voegen. Naar het oordeel van het hof heeft de Staat in strijd gehandeld met het evenredigheidsbeginsel door in deze omstandigheden inschrijver niet de mogelijkheid te bieden haar inschrijving te herstellen door alsnog de ondertekende bereidverklaring over te leggen. Het hof woog hierin mee dat ongeldigverklaring van de inschrijving voor inschrijver ernstige gevolgen

zou hebben (dreigend faillissement). Het betrof een biedprocedure waarop de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing was. De Staat diende zich echter wel te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

- Rechtbank Gelderland (2016): Inschrijver heeft bij één bestekspost twee getallen

verwisseld. Het was klaarblijkelijk de bedoeling om – net als bij zes andere posten – met de minimumprijs (van € 57,75) in te schrijven (en niet met € 57,57). Dit betreft een kennelijke materiële fout, die zich leent voor herstel. Uitsluiting van de inschrijver was in dit specifieke geval disproportioneel.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

Vanuit juridisch oogpunt lijkt het vaak de veiligste optie om geen mogelijkheid te bieden tot herstel van een gebrek in een inschrijving. In de meeste gevallen oordelen rechters namelijk dat de aanbestedende dienst de inschrijver terecht geen herstelmogelijkheid heeft geboden. Alleen in uitzonderlijke gevallen oordelen rechters dat het niet bieden van een herstelmogelijkheid disproportioneel is.

Niettemin verdient het aanbeveling de beperkte ruimte die het aanbestedingsrecht biedt voor het herstel van gebreken zoveel mogelijk te benutten. Het doel van een aanbesteding is de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding te vinden en dat kan best een inschrijving met een eenvoudig herstelbaar gebrek zijn. Kort gezegd: als het u is toegestaan een inschrijver een herstelmogelijkheid te bieden, biedt hem dan die mogelijkheid.

Verder tips:

- Neem in de aanbestedingsstukken geen onnodige beperking op van de mogelijkheid om herstel van gebreken toe te staan. Indien bepaalde documenten op straffe van uitsluiting moeten worden overgelegd, vermeld daarbij dan dat dit geen afbreuk doet aan het recht van de aanbestedende dienst om inschrijvers in staat te stellen kennelijke gebreken te herstellen.
- Ga bij een kennelijke onjuistheid of omissie goed na of uit de gehele inschrijving blijkt wat de inschrijver precies bedoeld heeft.
- Als een herstelmogelijkheid wordt geboden, doe dat dan zo dat de inschrijver niet in de gelegenheid is zijn inschrijving materieel te wijzigen. Dit kan bijvoorbeeld door gesloten vragen te stellen ("Wij begrijpen uw inschrijving zo dat (...). Kunt u bevestigen dat deze lezing juist is?").
- Sta toe dat ontbrekende documenten waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn, alsnog worden overgelegd, tenzij dat zou leiden tot een materiële wijziging van de inschrijving. Stel jezelf daarbij de vraag: verandert het document iets aan de wijze waarop de inschrijver de opdracht zal uitvoeren (als deze aan hem wordt verleend)?
- Behandel inschrijvers gelijk, maar let op: niet alle gebreken zijn gelijk. Hanteer objectieve criteria om te bepalen welke gebreken zich lenen voor herstel en welke niet. Documenteer die criteria, de door de aanbestedende dienst genomen besluiten en de correspondentie met inschrijvers zorgvuldig.



DE ENE WIJZIGING IS DE ANDERE NIET



DE ZAAK

De gemeente Nijmegen heeft na een meervoudig onderhandse aanbesteding voor het beheer, onderhoud en schadeherstel van abri's (bushokjes), windschermen en kiosken een concessieovereenkomst gesloten met Gripp B.V. (hierna: Gripp). Onderdeel van de opdracht is het exploiteren van reclame in de abri's. Tijdens de aanbestedingsprocedure heeft Gripp aangegeven dat zij geen gebruik zal maken van onderaannemers. Tijdens de looptijd van de opdracht zet Gripp echter een door fusie ontstane zusteronderneming in voor verschillende werkzaamheden. Clear Channel, de verliezende inschrijver, stapt naar de rechter en stelt dat Gripp de opdracht zelfstandig moet uitvoeren. Nu Gripp dat niet doet, is er sprake van een wezenlijke wijziging van de opdracht. Volgens de gemeente had Clear Channel eerder haar bezwaren op tafel moeten leggen en is het toegestaan om een derde een deel van de opdracht te laten uitvoeren.

De rechter stelt dat Clear Channel haar vordering inderdaad te laat (want niet binnen de in artikel 4.15 lid 2 sub b van de Aanbestedingswet genoemde vervalttermijn) heeft ingesteld. De gesloten concessieovereenkomst kan dus niet langer worden aangetast. De rechter besluit wel in te gaan op de inzet van een derde door Gripp tijdens de uitvoering van de opdracht. Gripp en de derde zijn inmiddels gefuseerd. De concessieovereenkomst is vervolgens, met toestemming van de gemeente, overgegaan op de derde partij (waarin Gripp als gevolg van de fusie is opgegaan). De concessieovereenkomst voorziet in deze

mogelijkheid. In het vervolg zal daarom in ieder geval geen sprake zijn van onterechte inzet van een derde.

Ook de eerdere inzet van de derde acht de rechter geoorloofd. Uit de concessieovereenkomst kan niet worden afgeleid dat het Gripp niet was toegestaan derden in te schakelen bij het vermarkten van reclamevakken. Volgens de rechter betreft dat geen onderaanneming bij de uitvoering van de opdracht, maar inschakeling van een 'tussenpersoon'. Uit het vonnis volgt echter niet wat volgens de rechter het verschil is tussen een onderaannemer en een tussenpersoon en waarom dit onderscheid van belang zou zijn. Voor de uitkomst van het geschil lijkt dit onderscheid overigens ook niet relevant; Gripp heeft na gunning – kennelijk in afwijking van hetgeen hij bij inschrijving had aangegeven – toch gebruik gemaakt van een derde. Daarmee is nog geen sprake van een wijziging van de opdracht, laat staan van een wezenlijke wijziging die noopt tot heraanbesteding (zoals bedoeld in artikel 2:163g van de Aanbestedingswet). Er vindt ook geen wijziging plaats in de economische verhoudingen. Gripp blijft immers degene die de afdracht aan de gemeente moet doen. Er kan wellicht wel sprake zijn van een wezenlijke wijziging indien bijvoorbeeld de aanbestedende dienst toestaat dat de opdrachtnemer bepaalde kritieke taken niet zelf verricht, terwijl dit expliciet was voorgeschreven (zoals bedoeld in artikel 2.95 Aanbestedingswet). Die situatie lijkt zich in dit geval echter niet voor te doen.



JURIDISCH KADER

De afgelopen jaren heeft het Hof van Justitie van de EU zich in een aantal arresten uitgelaten over het wijzigen van overheidsopdrachten tijdens de looptijd. Het meest belangwekkende arrest in dit verband is het PricewaterhouseCoopers-arrest uit 2008. In deze zaak liet het Hof zich voor het eerst uit over de gevolgen van wijzigingen tijdens de looptijd van een overeenkomst. Conclusie was dat in geval van een 'wezenlijke' wijziging van een lopende overeenkomst een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd. Er was volgens het Hof sprake van een 'wezenlijke' wijziging als:

- de wijziging voorwaarden invoert die, als zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot (i) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten óf tot (ii) de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen;
- de wijziging de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen;
- de wijziging het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van

de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.

In het Wall AG-arrest uit 2010 bepaalde het Hof dat de vervanging van een onderaannemer in uitzonderlijke gevallen een wezenlijke wijziging tot gevolg kan hebben, als het beroep op die bepaalde onderaannemer (die bijvoorbeeld een bepaald product levert) een beslissend element is geweest bij de sluiting van de overeenkomst.

De voorwaarden waaronder een opdracht mag worden gewijzigd zijn sinds 1 juli 2016 vastgelegd in artikel 2.163a t/m 2.163g van de Aanbestedingswet. Dat in bovengenoemde zaak de wijziging van de concessieovereenkomst als gevolg van de fusie tussen Gripp en de derde geoorloofd was, is in lijn met artikel 2.163f Aanbestedingswet, dat voorziet in de mogelijkheid van rechtsopvolging in geval van bijvoorbeeld een fusie of overname. Overigens betrof bovengenoemde zaak een meervoudig onderhandse aanbesteding waarop noch deel 2 noch deel 2a van de Aanbestedingswet van toepassing was.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Stel duidelijke regels op ten aanzien van de inzet van derden, zodat voor inschrijvers in ieder geval duidelijk is wanneer hij een derde moet vermelden in zijn inschrijving, aan welke voorwaarden derden moeten voldoen en/of onder welke voorwaarden hij bij de uitvoering van de opdracht toestemming nodig heeft van opdrachtgever om niet in de inschrijving benoemde derden in te zetten.
- Overweeg of bepaalde kritieke taken door de inschrijver zelf dienen te worden verricht.
- Neem een op maat gemaakte herzieningsclausule op in het af te sluiten contract dat je voegt bij de aanbestedingsstukken. Let op: neem niet zomaar een algemene variant op in de Algemene Inkoopvoorwaarden of in het Inkoopbeleid. Immers, een herzieningsclausule dient duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig te zijn.
- Is er om wat voor reden dan ook geen herzieningsclausule opgenomen? Opnieuw aanbesteden kan dan achterwege blijven indien er sprake is van rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel ten gevolge van herstructurering. Denk hierbij aan overname, fusie, acquisitie of insolventie.
- De partij die de inschrijver vervangt moet overigens wel voldoen aan de oorspronkelijk vastgestelde geschiktheidseisen én er mogen geen (andere) wezenlijke wijzigingen in de opdracht worden aangebracht.



JURISPRUDENTIE
Editie 4

INTREKKEN VAN EEN AANBESTEDING: HOE HOOG LIGT DE DREMPEL?



DE ZAAK

ProRail heeft een aanbestedingsprocedure gehouden voor werkzaamheden ten behoeve van een toegankelijke instap in treinen vanaf perrons. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving, waarbij voor de kwalitatieve beoordeling het 'CO2-ambitieniveau' (maximaal 10%) en een 'meerwaardelijst' (maximaal 40%) van belang zijn. In deze meerwaardelijst moeten inschrijvers aangeven hoe zij invulling geven aan de (drie) doelstellingen van ProRail. Inschrijvers moeten in de meerwaardelijst voor iedere doelstelling maximaal drie maatregelen beschrijven die zij zullen nemen om bij te dragen aan deze doelstelling. De meerwaardelijst wordt vervolgens beoordeeld door een beoordelingsteam. Voor de gehele meerwaardelijst wordt één score toegekend.

Na bekendmaking van de gunningsbeslissing dient een afgewezen inschrijver een klacht in bij het klachtenmeldpunt van ProRail. Het klachtenmeldpunt verklaart de klacht gegrond, met name omdat de gunningssystematiek, waarbij voor de gehele meerwaardelijst één score wordt gegeven, onvoldoende transparant en eenduidig zou zijn.

ProRail neemt dit oordeel over en besluit de aanbestedingsprocedure af te breken. Daarbij geeft ProRail ook aan dat de drempel om op genoemde meerwaardelijst de score 'goed' te halen, relatief laag is, zodat de meeste inschrijvingen de score 'goed' krijgen, ook als

zij in kwaliteit van elkaar verschillen. Dat maakt het volgens ProRail niet mogelijk de economisch meest voordelige inschrijving uit te kiezen.

De (oorspronkelijk) beoogde winnaar laat het er niet bij zitten, en vordert in kort geding dat de aanbesteding wordt doorgezet.

Anders dan ProRail vindt de rechter de gunningssystematiek wel voldoende duidelijk en transparant. Weliswaar kan het zijn dat de gekozen opzet ertoe leidt dat 'de goedkoopste inschrijving met een acceptabel kwaliteitsniveau in deze systematiek geldt als de economisch meest voordelige inschrijving', maar dat betekent niet dat de gunningssystematiek niet deugt en dat de aanbestedingsprocedure fundamentele gebreken vertoont. Dat ProRail dit gunningscriterium bij nader inzien op een andere manier wil invullen, zodat de goedkoopste inschrijving met het beste kwaliteitsniveau als economisch meest voordelige inschrijving heeft te gelden, acht de voorzieningenrechter irrelevant. ProRail had hier immers bij het formuleren van de aanbestedingsvoorwaarden uitdrukkelijk niet voor gekozen. Sterker nog, uit het vonnis blijkt dat deze kwestie in de inlichtingenronde aan de orde is gesteld. ProRail heeft toen uitdrukkelijk vastgehouden aan het systeem waarbij voor de gehele meerwaardelijst één eindscore wordt toegekend. De slotsom is dat ProRail geen uitvoering mag geven aan de beslissing tot intrekking van de aanbesteding.



JURIDISCH KADER

In vrijwel alle nationale rechtspraak waar de rechtmatigheid van het intrekken van een aanbesteding aan de orde is, wordt verwezen naar het arrest Croce Amica. Het HvJ EU overweegt daarin allereerst dat een aanbestedende dienst niet gehouden is een opgestarte aanbestedingsprocedure te voltooien en de opdracht te gunnen. Een besluit tot stopzetten van de aanbesteding is niet op voorhand beperkt tot uitzonderlijke gevallen en hoeft ook niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen te berusten. De reden voor intrekking van de aanbesteding kan met name verband houden met de vraag of het - vanuit het oogpunt van het algemeen belang - opportuun is om een aanbesteding te voltooien. Daarbij kan onder meer een rol spelen het feit dat de economische context of de feitelijke omstandigheden dan wel de behoeften van de betrokken aanbestedende dienst zijn gewijzigd.

De vrijheid van de aanbestedende dienst is zeker niet onbegrensd; de beginselen van transparantie en gelijke behandeling gelden onverkort. De aanbestedende dienst die besluit tot intrekking van een aanbesteding is verplicht de redenen voor zijn besluit transparant kenbaar te maken. Het HvJ EU heeft overwogen dat een besluit tot intrekking door de rechter 'vol' moet kunnen worden getoetst aan de regels van Europees recht. Dat betekent dat het onderzoek door de rechter niet beperkt tot mag zijn tot de vraag of de aanbestedende dienst 'in redelijkheid' tot het besluit heeft kunnen komen. De rechter kan bij de toetsing dus rekening houden met de betrouwbaarheid en de conformiteit van de aanbiedingen van de inschrijvers, en moet zelf een oordeel vellen over de vraag of het opportuun is de aanbesteding in te trekken.



RECHTERS AAN HET WOORD

De 'volle' toetsing van intrekkingbesluiten heeft er in de Nederlandse rechtspraak al meerdere keren toe geleid dat een rechter de intrekking ongedaan maakte. De rechter kijkt - terecht - kritisch naar de argumenten die de aanbestedende dienst aanvoert. Dat was overigens vóór het arrest Croce Amica niet anders, zo blijkt onder meer uit een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag uit 2008. Hij overwoog dat een aanbestedende dienst weliswaar in beginsel de vrijheid heeft een lopende aanbesteding af te breken en een nieuwe aanbesteding uit te schrijven, maar dat het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel en de precontractuele goede trouw eraan in de weg kunnen staan dat de aanbestedende tot heraanbesteding overgaat. Dit zal zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien een of meer passende aanbiedingen zijn gedaan en bij de beoogde heraanbesteding geen sprake is van een wezenlijke wijziging in (bijvoorbeeld) de specificaties van de opdracht. In de betreffende zaak had de gemeente Den Haag een aanbesteding voor de inkoop van bakstenen ingetrokken vanwege een

interne reorganisatie bij de gemeente. De rechter vond dat geen legitieme reden; het was volgens hem niet aannemelijk dat de nieuwe organisatiestructuur zou leiden tot een wezenlijke wijziging van de specificaties van de opdracht; de behoefte bij de gemeente aan de bakstenen bleef immers gewoon bestaan.

Een ander voorbeeld van een rechter die kritisch kijkt naar de onderbouwing die een aanbestedende dienst geeft voor het intrekken van een aanbesteding is te vinden in een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam uit 2016. Hij constateerde dat de aanbestedende dienst een wel erg tweeslachtig standpunt innam; enerzijds betoogde deze dat sprake was van een wezenlijke wijziging van de opdracht, en tegelijkertijd stelde hij dat nog niet kon worden getoetst of sprake is van een wezenlijke wijziging omdat deze kwestie pas aan de orde kan komen bij de nieuwe aanbestedingsprocedure. De rechter vond de wijzigingen die de aanbestedende dienst wilde doorvoeren, evenwel niet wezenlijk.

In 2017 oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland dat de argumenten die de aanbestedende dienst had aangevoerd 'te weinig overtuigingskracht hadden om de intrekking te kunnen rechtvaardigen'. De voorzieningenrechter oordeelde dat de aanbestedende dienst de uitwerkingsfase van het (Best Value) proces niet te goeder trouw was ingegaan en dat zij te snel tot de conclusie was gekomen dat de aanbesteding moest worden ingetrokken.

Zeer recent diende bij de rechtbank Gelderland een zaak over het intrekken van een aanbe-

steding wegens – volgens de aanbesteder – onvoldoende concurrentie. Opvallend genoeg werd de aanbesteding ingetrokken toen er (in een onderhandelingsprocedure) nog twee partijen in de race waren. Omdat de opdracht in twee percelen was verdeeld, en een inschrijver slechts één perceel gegund kon krijgen, stond feitelijk al vast dat beide inschrijvers verzekerd waren van een opdracht, zodat er geen sprake meer is van daadwerkelijke mededinging, aldus de aanbesteder. De rechter vond dat voldoende reden voor intrekking van de aanbesteding.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Aanbestedende diensten hebben – nog steeds – een ruime mate van vrijheid om te beslissen of zij een aanbestedingsprocedure willen voltooien en of zij de opdracht willen gunnen.
- Bedenk wel: hoe verder in het proces, hoe kritischer de rechter zal zijn op de argumenten die een aanbestedende dienst aanvoert om van gunning af te zien. Wanneer de inschrijvingen al zijn ontvangen en beoordeeld, is het risico op favoritisme immers groter. Niet uit te sluiten is dan dat een besluit tot intrekking vooral is ingegeven door de wens niet de gunnen aan de partij die als beste beoordeeld is.
- Ook is het zaak transparant te zijn in de onderbouwing van de intrekking. 'Voortschrijdend inzicht' bij een aanbestedende dienst kan wel degelijk een reden zijn om van gunning af te zien; volgens de rechtspraak kunnen wijzigingen in de economische context of de feitelijke omstandigheden, of in de behoeften van de aanbestedende dienst legitieme redenen voor intrekking zijn. Gooi het in dat geval dan niet over de boeg van 'procedurele gebreken', zoals onvoldoende transparantie. De rechter kijkt kritisch mee; als hij de procedure snapt, is de procedure (daarmee) voldoende transparant.
- Tot slot: denk aan het begin van de aanbestedingsprocedure goed na over de gunnings-systematiek. Leidt de gekozen opzet ertoe dat we de winnaar krijgen die inderdaad het beste in staat is om de opdracht uit te voeren zoals wij dat willen? Achteraf spijt hebben van de gekozen opzet is lang niet altijd voldoende reden voor intrekking van de aanbesteding.

CONTACT MET HUIDIGE LEVERANCIER OVER NIEUWE AANBESTEDING: BEZINT EER GIJ BEGINT!



JURISPRUDENTIE
Editie 5



DE ZAAK

De gemeente Venlo heeft in 2019 een aanbesteding voor de opvang van slachtoffers van huiselijk geweld gepubliceerd. Deze aanbesteding werd namens de gemeente verzorgd en gefaciliteerd door de Modulaire gemeenschappelijke regeling sociaal domein Limburg-Noord (hierna 'MGR'). Het betreft een voortzetting van een eerder aan de Mutsaersstichting verstrekte opdracht. In het aanbestedingsdocument staan twee inkopers van MGR als contactpersoon genoteerd. Op straffe van uitsluiting is het inschrijvers niet toegestaan om andere personen te benaderen. Drie partijen schrijven in: Stichting Moveoo, de Mutsaersstichting (de huidige leverancier) en het Leger des Heils. In eerste instantie gunt MGR de opdracht aan Stichting Moveoo. De Mutsaersstichting besluit om naar de rechter te stappen en vordert de opdracht aan haar te gunnen.

Tijdens de voorbereiding van het kort geding blijkt uit onderzoek van de gemeente dat de Mutsaersstichting in strijd heeft gehandeld met het contactverbod, door tijdens de aanbestedingsprocedure meermaals contact op te nemen met de directeur Bedrijfsvoering van de gemeente. De gemeente neemt naar aanleiding hiervan een nieuwe gunningsbeslissing waarin de Mutsaersstichting wordt uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Ook Stichting Moveoo wordt uitgesloten en de opdracht wordt aan het Leger des Heils gegund. De Mutsaersstichting stapt nogmaals naar de rechter. Volgens haar hadden de gesprekken geen betrekking op de aanbesteding en nam de gemeente steeds het initiatief om contact op te nemen. Wanneer het

in deze gesprekken wel over de toekomstige dienstverlening ging, zou de gemeente hiertoe steeds aanleiding hebben gegeven. Daarnaast is uitsluiting disproportioneel en in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en behoorlijk bestuur.

De rechter oordeelt dat de Mutsaersstichting het contactverbod heeft overtreden. Het feit dat de lopende dienstverlening tussen de gemeente en de Mutsaersstichting ook besproken moet worden en de aanbesteding ziet op de toekomst van deze dienstverlening, neemt niet weg dat de Mutsaersstichting er alles aan moet doen om te voorkomen dat (aspecten van) de aanbestedingsprocedure besproken worden. Dit is niet gebeurd. Tijdens zitting is gebleken dat de Mutsaersstichting op verschillende momenten op eigen initiatief medewerkers van de gemeente heeft benaderd over de aanbesteding, zonder dat zij daartoe was uitgelokt door de gemeente. Zo begint zij tijdens een overleg zelf over een 'meerjarig gezamenlijk aanvalsplan' en geeft zij aan niet gelukkig te zijn met de gang van zaken betreffende de aanbesteding. Ook is er hierna nog geprobeerd om telefonisch contact te zoeken en zijn er sms-berichten verstuurd die zien op de aanbesteding.

Nu het inkoopdocument dergelijk contact uitdrukkelijk sanctioneert met uitsluiting, is de gemeente ook verplicht tot uitsluiting over te gaan. Voor een proportionaliteitstoets is in die situatie geen plaats meer. Bovendien is de essentie van het contactverbod te voorkomen dat een inschrijver zichzelf, buiten andere

inschrijvers om, een voordeel kan verschaffen ten aanzien van de aanbesteding. Het is niet uit te sluiten dat de Mutsaersstichting dat geprobeerd

heeft. Mede daarom acht de rechter – als toch een proportionaliteitstoets had moeten plaatsvinden – uitsluiting niet disproportioneel.

JURIDISCH KADER

- Artikel 2.52a Aanbestedingswet 2012 geeft aan dat de communicatie tussen de aanbestedende partij en de deelnemers in beginsel elektronisch plaatsvindt.
- Een toelichting op de aanbestedingsstukken vindt plaats door het stellen van vragen en het geven van antwoorden (artikel 2.53 lid 1 Aw 2012).
- Alleen niet essentiële elementen worden mondeling besproken. Wanneer er mondeling wordt gecommuniceerd moet dit op papier vastgelegd worden (artikel 2.52b Aw 2012).
- Aanbestedende diensten geven aan deze artikelen vaak nader invulling door in de aanbestedingsstukken een bepaling op te nemen die a) inschrijvers verplicht om communicatie slechts via de verantwoordelijk inkoper te laten verlopen en b) tevens voorschrijft dat een inschrijver die toch op een andere manier probeert contact op te nemen met de aanbestedende dienst wordt uitgesloten. De beginselen van transparantie en gelijke behandeling liggen hieraan ten grondslag. Deelnemers moeten dezelfde informatie ontvangen op hetzelfde moment zodat zij evenveel tijd hebben om deze informatie mee te nemen in hun aanbieding.
- Het proportionaliteitsbeginsel brengt met zich mee dat een aanbestedende dienst, in de overweging om een inschrijver uit te sluiten vanwege het overtreden van het contactverbod, de proportionaliteit van deze maatregel moet overwegen. Voor het uitvoeren van een proportionaliteitstoets is echter in beginsel geen ruimte indien de aanbestedingsstukken expliciet bepalen dat bepaald gedrag wordt bestraft met uitsluiting.



RECHTERS AAN HET WOORD

De volgende jurisprudentie is van belang als het gaat om het contactverbod:

- In 2012 sprak de rechter zich uit over het zoeken van contact met de aanbestedende dienst na bekendmaking van de gunningsbeslissing. Het feit dat een ambtenaar zelf een visitekaartje had gegeven en het contact na bekendmaking van de gunningsbeslissing plaatsvond, betekende dat de overtreding van het contactverbod niet zo ernstig was dat dit had moeten leiden tot uitsluiting. Uitsluiting zou in dit geval disproportioneel zijn geweest.
- Uit de Manova-zaak uit 2013 van het Hof van Justitie volgt dat een aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht dient te nemen. Hieronder valt een contactverbod.
- Uitsluiting bij contact met de aanbestedende dienst vóór bekendmaking van de gunnings-

beslissing is proportioneel, oordeelt de rechter in 2016. Zeker wanneer er telefonisch contact wordt opgenomen met een lid van het beoordelingsteam.

- In 2017 oordeelt de rechter dat een gemeente terecht een inschrijver heeft uitgesloten na bekendmaking van de gunningsbeslissing. Een inschrijver had na de bekendmaking van de gunningsbeslissing telefonisch contact gezocht met de gemeente. Door dit gesprek werd de bezwaartermijn verlengd. Iets later maakt de inschrijver die had gebeld een kort geding aanhangig. De gemeente laat haar vervolgens weten dat zij wordt uitgesloten, mede doordat zij afweek van de verplichting in de leidraad om alle correspondentie via de berichtenmodule in Negometrix te laten verlopen.

- Als het gaat om de proportionaliteit van uitsluiting heeft de Hoge Raad aangegeven dat er geen ruimte meer is voor een proportionaliteitstoets wanneer de aanbeste-

dingsstukken expliciet bepalen dat uitsluiting plaatsvindt, zonder dat de beslissing tot uitsluiting op evenredigheid wordt getoetst.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

Deze uitspraak laat zien dat een inschrijver erg terughoudend moet zijn met contact opnemen met de aanbestedende dienst tijdens een lopende aanbestedingsprocedure. Dit lijkt op het eerste gezicht logisch, want daardoor wordt een aanbestedingsprocedure met eerlijke mededinging mogelijk gemaakt en wordt voorkomen dat een aanbesteding (negatief) wordt beïnvloed door belanghebbenden.

Deze situatie ligt echter een stuk lastiger wanneer het de huidige leverancier betreft. Vaak moeten werkzaamheden onder het huidige contract nog besproken worden terwijl de aanbesteding al loopt. Maar ook dan heeft de huidige leverancier een plicht te zorgen dat er geen gesprekken worden gevoerd die de nieuwe aanbesteding op enige manier kunnen beïnvloeden. Bij een enkele vraag over de toekomst van samenwerken kan er al sprake zijn van het openen van een gesprek over de aanbesteding.

In het kader van het bovenstaande de volgende adviezen voor aanbesteders en inschrijvers:

- Bespreek voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure als aanbesteder de grenzen aan mogelijk contact tussen u en de huidige leverancier. Zorg dat zij weten wat is toegestaan, en wat de consequenties zijn wanneer zij dat niet nakomen. Stel daar ook de eigen organisatie van op de hoogte!
- Neem een ondubbelzinnig contactverbod op in de aanbestedingsstukken zodat duidelijk is wat de gevolgen zijn als contact wordt gezocht met een persoon die niet de genoemde contactpersoon van de aanbesteding is. Maak daarbij ook duidelijk gedurende welke periode het contactverbod blijft gelden (ook na bekendmaking van de gunningsbeslissing?).
- Huidige leveranciers moeten zich er bewust van zijn dat zij tijdens de aanbestedingsprocedure gelijk behandeld worden met alle inschrijvers en geen informatie buiten de aanbestedingsprocedure om mogen inwinnen bij de aanbestedende dienst.



KAN DE WINNENDE INSCHRIJVER ZIJN BIEDING WAARMAKEN?



DE ZAAK

De gemeente Schiedam (hierna: gemeente) heeft een Europese openbare aanbesteding gehouden voor het ombouwen en onderhouden van parkeerautomaten. Het betreft een (gedeeltelijke) voortzetting van een eerdere opdracht, die uitgebreid wordt met ombouwwerkzaamheden voor pinterminals en werkzaamheden voor (het invoeren van) kentekenparkeren.

De gemeente is voornemens de opdracht te gunnen aan Scheidt & Bachmann Parkeersystemen B.V. (hierna: SB), aangezien SB de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan. De als tweede geëindigde inschrijver, Taxameter Centrale B.V. (hierna: TMC), waarschuwt de gemeente dat SB haar bieding niet zou kunnen waarmaken. SB zou niet kunnen beschikken over de benodigde producten en diensten, omdat de leverancier van die producten een exclusieve distributieovereenkomst met SB recentelijk heeft opgezegd ten gunste van TMC. De gemeente verifieert bij SB of SB haar verplichtingen integraal zal nakomen. De daaropvolgende antwoorden van SB (per brief en in een gesprek) stellen de gemeente onvoldoende gerust. De gemeente besluit het voornemen tot gunning aan SB in te trekken en een nieuw voornemen tot

gunning (aan TMC) bekend te maken. SB vecht deze beslissing aan in kort geding.

De rechter oordeelt dat de gemeente SB op goede gronden heeft verzocht haar inschrijving nader toe te lichten. Er bestaat echter onvoldoende grond voor de (geobjectiveerde) vrees dat SB niet zal kunnen nakomen. De rechter wijst erop dat SB vasthoudt aan de gunning, terwijl zij weet dat er aan de uitvoering van de opdracht een malusregeling verbonden is. Ook heeft SB nergens in haar antwoorden aan de gemeente vermeld dat zij er rekening mee houdt dat zij niet (tijdig) zal kunnen nakomen. Ter zitting heeft SB verklaard dat zij de benodigde producten en diensten kan afnemen van andere dealers dan TMC. De gemeente trekt dit in twijfel, maar zij heeft SB niet verzocht een verklaring van een dealer over te leggen.

Nu onvoldoende grond bestaat voor de vrees dat SB niet zal kunnen nakomen, stond het de gemeente niet vrij de eerste gunningsbeslissing (aan SB) in te trekken. De rechter gebiedt de gemeente het voornemen tot gunning aan TMC in te trekken en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen.



JURIDISCH KADER

- Op basis van contractsvrijheid mag een aanbestedende dienst – bij gerede twijfel over nakoming – opheldering vragen over de inschrijving van de winnaar.
- Het transparantiebeginsel (artikel 1.9 Aw 2012) kan meebrengen dat de plicht bestaat tot het nader verifiëren van de inschrijving van de winnaar bij gerede twijfel over nakoming.
- Specifiek ten aanzien van de gunningscriteria bepaalt artikel 2:113a lid 2 Aw2012 dat een aanbestedende dienst in geval van twijfel effectief de juistheid controleert van de door de inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen.
- In een arrest uit 2013 oordeelde het Hof Amsterdam dat een aanbestedende dienst ook gehouden kan zijn tot nadere verificatie na bekendmaking van de gunningsbeslissing, bijvoorbeeld indien de als tweede geëindigde inschrijver voldoende onderbouwde twijfel zaait over de vraag of de winnende inschrijver wel aan haar verplichtingen kan voldoen.
- Ook de Overijsselse voorzieningenrechter oordeelde recentelijk dat als een afgewezen inschrijver tot op zekere hoogte aannemelijk maakt dat de (voorlopig) winnende partij zijn inschrijving niet zal kunnen waarmaken, van de aanbestedende dienst een effectief onderzoek mag worden verwacht om te verifiëren of sprake is van een reële inschrij-

ving of niet. De rechter verwees daarbij naar het arrest eVigilo van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU). In dat arrest oordeelde het HvJ EU dat, indien de afgewezen inschrijver objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan de onpartijdigheid van een deskundige van de aanbestedende dienst kan worden betwijfeld, de aanbestedende dienst verplicht is alle relevante omstandigheden te onderzoeken.

- In de rechtspraak zijn geen concrete eisen vastgelegd waaraan een door een aanbestedende dienst uit te voeren onderzoek moet voldoen. De enkele bevestiging van een inschrijver dat hij zal kunnen nakomen, zal in de praktijk vaak onvoldoende. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland in een vonnis uit 2018, onder verwijzing naar artikel 2:113a Aw2012, dat de aanbestedende dienst de haalbaarheid van een door de inschrijver opgegeven maximale levertijd onvoldoende had onderzocht ("Het herhalen van een enkele verklaring zonder daarbij enige onderbouwing of enig bewijs te voegen maakt die verklaring immers niet sterker.")
- Van belang is voorts dat de aanbestedende dienst, conform artikel 2.56 Aw2012, het door haar uitgevoerde onderzoek zorgvuldig documenteert, zoals de voorzieningenrechter van de Midden-Nederland oordeelde in een vonnis uit 2018.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Met het indienen van een inschrijving verklaart een inschrijver dat hij in staat en bereid is om aan de gehele opdracht te voldoen. De aanbestedende dienst moet daar in beginsel op vertrouwen.
- Indien een afgewezen inschrijver objectieve gegevens verstrekt die aanleiding geven tot gerede twijfel over de vraag of de beoogde winnaar zijn inschrijving kan waarmaken, zal de aanbestedende dienst moeten

onderzoeken of de winnende inschrijver al zijn verplichtingen zal (kunnen) nakomen.

- De enkele aanwezigheid van twijfel is onvoldoende om een gunningsbeslissing in te trekken. Indien de aanbestedende dienst de gunningsbeslissing intrekt, zal zij in een eventuele juridische procedure moeten kunnen hardmaken dat de betreffende inschrijver niet zal kunnen voldoen.

- De aanbestedende dienst dient betrokkenen partijen (zowel de beoogde winnaar als afgewezen inschrijvers die twijfels uiten) te verzoeken zullen hun stellingen zoveel mogelijk te onderbouwen aan de hand van bewijsstukken.
- De aanbestedende dienst zal het onderzoek naar de vraag of een inschrijver zijn bieding zal kunnen waarmaken zorgvuldig moeten documenteren, zodat achteraf controleerbaar

is op welke gronden de aanbestedende dienst tot het oordeel is gekomen dat de inschrijver al dan niet voldoende heeft aangetoond dat hij zijn bieding kan waarmaken.

- Latere discussies kunnen mogelijk worden voorkomen door al in de aanbestedingsstukken, met name in het kader van de gunningscriteria, te vragen naar onderbouwingen en/of bewijsmiddelen ten aanzien van de aanbidding.

GEEN VORMEISEN? DAN KAN ELK DOCUMENT EEN AANBIEDINGSBRIEF ZIJN!



JURISPRUDENTIE
Editie 7



DE ZAAK

Namens dertien Zeeuwse gemeenten organiseert de Gemeenschappelijke Gezondheidsdienst Zeeland (hierna: Jeugdhulp Zeeland) een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor jeugdhulp in Zeeland, verdeeld over drie regio's. Memo B.V. (hierna: Memo) schrijft in. Jeugdhulp Zeeland bericht Memo dat zij wordt uitgesloten van verdere deelname, omdat haar inschrijving geen aanbestedingsbrief bevat (zoals voorgeschreven in het Beschrijvend Document) en daarmee niet compleet is. Bovendien had in deze brief moeten staan voor welke regio('s) Memo zou inschrijven.

Memo maakt een kort geding aanhangig en stelt dat het door haar ingediende document, een gedeelte van een standaardformulier, wel degelijk moet worden aangemerkt als een aanbestedingsbrief; Jeugdhulp Zeeland heeft immers geen eisen gesteld aan de vorm van deze brief. Volgens Memo is er hoogstens sprake van een kennelijke omissie, doordat in het document niet is vermeld op welke regio Memo heeft ingeschreven. Omdat dit wel uit de overige door Memo ingediende stukken blijkt, betoogt Memo dat Jeugdhulp Zeeland haar de gelegenheid had moeten bieden deze kennelijke omissie te herstellen.

De rechter stelt voorop dat aanbestedingsstukken voor een normaal oplettende en

geïnformeerde inschrijver voldoende duidelijkheid dienen te bieden over de vereiste wijze van inschrijving. Nu is bepaald dat de aanbestedingsbrief vormvrij is, mogen er geen strenge eisen worden gesteld aan de vorm van de aanbestedingsbrief. Volgens de rechter kan het door Memo ingediende document daarom als aanbestedingsbrief worden beschouwd.

De omstandigheid dat Memo in het document is vergeten een regio te vermelden, is slechts een kennelijke omissie. Uit de aanbestedingsdocumenten blijkt bovendien geen verplichting om de inschrijving bij tekortkomingen terzijde te leggen en wordt de mogelijkheid tot herstel niet uitgesloten. De rechter concludeert dat het niet vermelden van de regio waarop wordt ingeschreven een dermate klein gebrek is en dat Memo de mogelijkheid tot herstel had moeten worden geboden. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie worden niet geschonden, omdat uit de inschrijving zelf wel bleek om welke regio het ging. Alle informatie was dus tijdens de inschrijving voorhanden. Daarom is uitsluiting in dit geval disproportioneel en zal de inschrijving met inachtneming van de aanbestedingsbrief moeten worden beoordeeld.



JURIDISCH KADER

- Artikel 1.9 Aw 2012 bevat het transparantiebeginsel en verplicht aanbesteders alle voorwaarden op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze te formuleren.
- Overeenkomstig het arrest *Succhi di Frutta* dient een aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht te nemen. Een gewenste beperking van de inschrijvingsmogelijkheden dient op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aanbestedingsstukken te worden verwerkt.
- Die verplichting houdt ook in dat de aanbestedende dienst is gehouden een inschrijver uit te sluiten die een stuk of een gegeven dat volgens de aanbestedingsdocumenten op straffe van uitsluiting moest worden overgelegd niet heeft verstrekt. Dit blijkt uit het *Manova*-arrest.
- In het *SAG*-arrest oordeelde het HvJ EU dat het bieden van herstel door de aanbesteder geen verplichting is, maar een bevoegdheid. Een aanbestedende dienst mag een inschrijver verzoeken zijn inschrijving te verbeteren of aan te vullen, mits het slechts een eenvoudige precisering betreft, dan wel het herstel van een kennelijke materiële fout. Het mag echter niet zo zijn dat hierdoor een nieuwe inschrijving wordt gedaan.
- In de *Haskoning* zaak voegt het Gerechtshof Den Haag een nieuw element toe aan de criteria uit de *SAG* en *Manova* uitspraken: de proportionaliteitstoets. In die zaak stond expliciet in de aanbestedingsstukken aangegeven dat het betreffende ontbrekende stuk op straffe van uitsluiting moest worden verstrekt. De rechter beslist anders en stelt dat de reactie van de aanbestedende dienst in verhouding moet staan tot de sanctie. In dit geval is uitsluiting een te zware straf voor het gebrek en dus niet proportioneel. De inschrijver hoefde niet te worden uitgesloten, maar moest een herstelmogelijkheid krijgen.



RECHTERS AAN HET WOORD

De vraag of een inschrijver het recht heeft een gebrek in zijn inschrijving te herstellen blijft een veelvoorkomende discussie in het aanbestedingsrecht. Enkele recente voorbeelden:

- Rechtbank Oost-Brabant (2019): de voorzieningenrechter oordeelt dat het ontbreken van een geldige Verklaring betalingsgedrag van de Belastingdienst niet aangemerkt kan worden als een eenvoudig herstel aangezien het ontbrekende stuk dateert van vóór de datum van inschrijving. Bovendien voldeed de verklaring niet aan de eis dat deze niet ouder mocht zijn dan zes maanden op het moment van inschrijven.
- Rechtbank Den Haag (2019): de voorzieningenrechter oordeelt dat, anders dan een rekenfout bij de in de inschrijving opgenomen bedragen, het openlaten van een of meerdere vragen in het UEA niet kan worden aangemerkt als een kennelijke fout die mag worden hersteld. Dat zou inschrijvers immers de gelegenheid bieden om feiten te verbloemen. Herstel zou in dat geval de weg vrijmaken voor inschrijvers om de vragen alsnog later te beantwoorden, doch met kennis van de bestaande feiten. Voorgaande fout verhoudt zich niet met de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht en komt dus niet voor herstel in aanmerking.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Gebruik je gezonde verstand. Bekijk per situatie de unieke feiten en omstandigheden en beoordeel, aan de hand van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht (transparantie, proportionaliteit, gelijke behandeling, non-discriminatie) of een inschrijver de gelegenheid moet worden geboden tot herstel.
 - Van geval tot geval moet, met inachtneming van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht (transparantie- en gelijkheidsbeginsel), worden beoordeeld of een omissie of kennelijke fout hersteld mag worden. Het herstellen van fouten in de inschrijving is alleen mogelijk als hiermee geen afbreuk wordt gedaan aan deze beginselen.
 - De ruimte om herstel van gebreken te vragen is al beperkt. Beperk deze daarom niet nog verder in de aanbestedingsstukken. Vermijd voorschriften die onomwonden bepalen dat gebreken tot uitsluiting leiden, zonder enige mogelijkheid tot herstel.
 - Is er sprake van een gebrek dat de aanbieder zelf betreft en is niet met zekerheid vast te stellen dat sprake is van een vergissing? Dan komt herstel snel neer op een wijziging van de inschrijving. Niet doen dus!
 - Wees niet te voorbarig met het uitsluiten van een inschrijving indien de benodigde informatie wel degelijk terug te vinden is in de ingediende inschrijving. De wet biedt immers de ruimte om dergelijke kleine gebreken te laten herstellen.
- In de praktijk blijkt dat het lastig is voor aanbesteders om te bepalen hoe zij met herstel van gebreken dienen om te gaan. Of een bepaald gebrek in een inschrijving voor herstel in aanmerking komt, blijft immers afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval. Toch zijn er een aantal voorbeelden te noemen waarbij herstel wel een mogelijkheid zou kunnen zijn:
- Het hanteren van een verkeerde datum bij een referentieproject is volgens de rechtbank Zwolle-Lelystad een eenvoudig te herstellen gebrek waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateert van voor het einde van de fatale inschrijvingstermijn.
 - Betreft het gebrek een ontbrekend certificaat of een gepubliceerde jaarrekening en is objectief vast te stellen dat de ontbrekende gegevens dateren van voor het einde van de termijn voor inschrijving? Dan komt het gebrek mogelijk in aanmerking voor herstel. Betreft het gebrek echter de aanbieder zelf, denk bijvoorbeeld aan de prijs, en is op basis van de inschrijving niet vast te stellen dat er sprake is van een vergissing? Dan kan herstel neerkomen op een wijziging van de inschrijving. Dergelijke gebreken komen minder snel voor herstel in aanmerking.
 - Zoals in een eerder Jurisprudentie Alarm! naar voren is gekomen, kan het onnodig stellen van strikte eisen de aanbestedende dienst duur komen te staan. Dit kan immers betekenen dat de beste of laagste inschrijving moet worden uitgesloten vanwege een gebrek dat achteraf slechts als een kleinigheid kan worden beschouwd.



EEN KORTING IS GEEN NEGATIEVE PRIJS!



DE ZAAK

De gemeente Katwijk is een meervoudig onderhandse aanbesteding gestart voor de herinrichting van een oever. Het gunningscriterium is laagste prijs. De aanbestedingsleidraad vermeldt dat het “absoluut niet [is] toegestaan negatieve prijzen aan te bieden”.

Van Leeuwen Valkenburg Infra B.V. (hierna te noemen: Van Leeuwen) is één van de inschrijvers. De gemeente sluit Van Leeuwen echter uit van de aanbesteding, omdat zij in haar inschrijving een eenmalige korting heeft aangeboden. Daartoe heeft Van Leeuwen in de inschrijfstaat onder de post ‘korting’ een negatief bedrag ingevuld. Volgens de gemeente was dat op grond van de aanbestedingsleidraad verboden.

Van Leeuwen vecht de uitsluiting aan in kort geding. Met succes: de voorzieningenrechter oordeelt dat een korting niet kan worden gelijkgesteld aan een prijs. Een korting kan een element zijn van een uiteindelijke prijs, maar is op zichzelf geen prijs. Een prijs is namelijk altijd gekoppeld aan een dienst of product. Uit het in

de aanbestedingsleidraad opgenomen verbod op het aanbieden van negatieve prijzen volgt dus niet dat het verboden was een korting aan te bieden.

De voorzieningenrechter wijst er daarbij op dat de door de gemeente verstrekte inschrijfstaat een post “korting” bevatte. De gemeente heeft aangevoerd dat het verwijderen van die post uit de inschrijfstaat lastig is, maar de gevolgen daarvan komen – nu de aanbestedingsstukken geen duidelijke instructie bevatten dat geen korting mocht worden aangeboden – voor haar rekening en risico. Door de post in de inschrijfstaat te laten staan, heeft de gemeente de indruk gewekt dat inschrijvers een korting konden en mochten aanbieden.

De conclusie is dat de inschrijving van Van Leeuwen ten onrechte ongeldig is verklaard. Nu Van Leeuwen ook nog eens heeft ingeschreven met de laagste prijs, gebiedt de voorzieningenrechter de gemeente, als zij nog tot gunning wil overgaan, het werk te gunnen aan Van Leeuwen.



JURIDISCH KADER

- Volgens vaste rechtspraak moeten aanbestedingsstukken moeten worden uitgelegd conform de zogenaamde cao-norm: de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, zijn in beginsel van doorslaggevende betekenis. Het komt daarbij aan op de betekenis die – naar objectieve

maatstaven – volgt uit de bewoordingen die in de aanbestedingsstukken zijn gehanteerd. De voorzieningenrechter benadrukt in dit vonnis dat de bedoelingen van de aanbestedende dienst slechts relevant zijn voor zover die bedoelingen uit de aanbestedingsstukken kenbaar zijn.

- In het arrest *Succhi di Frutta* formuleerde het Hof van Justitie van de EU een vergelijkbare norm: het transparantiebeginsel impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure in de aanbestedingsstukken worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal

oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren en de aanbestedende dienst kan nagaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de gestelde eisen.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Onderhavige casus is volgens de voorzieningenrechter niet te vergelijken met die uit een vonnis van de Rechtbank Limburg uit 2017: in dat geval waren negatieve bedragen verboden. Dat is wat anders dan negatieve prijzen.
- Rechtbank Midden-Nederland (2019): de aanbestedingsstukken geven onvoldoende duidelijkheid over de vraag of het in het

bestek gestelde verbod om met een negatieve prijs of nulprijs in te schrijven ook geldt voor de bestekspost ‘Totaal overige kosten’. De interpretaties van beide partijen zijn verdedigbaar en dus zijn de aanbestedingsstukken onvoldoende duidelijk. De procedure dient te worden afgebroken. Alleen na een heraanbesteding met duidelijker gunningscriteria zal gunning van de opdracht kunnen plaatsvinden.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- In bepaalde gevallen kunnen er goede gronden zijn om korting te verbieden. Bij een reële kans op substantieel meerwerk zijn de eenheidsprijzen zonder de korting van wezenlijk belang om de inschrijvingen met elkaar te vergelijken. Een korting kan ertoe leiden dat een inschrijver met relatief hoge eenheidsprijzen toch de aanbesteding wint. Omdat de korting niet van toepassing is, kan de aanbestedende dienst bij veel meerwerk toch duurder uit zijn dan bij andere inschrijvers. Op zich is het verbieden van kortingen dus geen verkeerde gedachte, maar dan moet je het wel goed opschrijven.
- Bij elke aanbesteding is het dan ook essentieel dat de aanbestedende dienst zijn bedoelingen zorgvuldig formuleert. Als je het aanbieden van kortingen wilt verbieden, schrijf dat dan op. En pas ook de inschrijfstaat daarop aan, zodat inschrijvers hierop geen kortingen kunnen aanbieden.
- In bepaalde gevallen kan het verbieden van negatieve bedragen ook zijn doel voorbij schieten. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als bij de uitvoering van een werk materialen vrijkomen, waardoor de opbrengsten van bepaalde besteksposten voor een aannemer hoger kunnen zijn dan de kosten. In dat geval kan een negatieve prijs wel degelijk een reële prijs zijn.
- In algemene zin verdient het aanbeveling in aanbestedingsstukken terughoudend om te gaan met voorschriften die bepalen dat geboden prijzen realistisch, marktconform, kostendekkend, etc. moeten zijn. Dergelijke eisen zijn voor de aanbestedende dienst vaak moeilijk te toetsen. In het uiterste geval kan dat ertoe leiden dat sprake is van een gebrek in de aanbestedingsstukken, omdat de aanbestedende dienst eisen stelt waarvan zij later moet erkennen dat zij die niet kan handhaven; zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (2013).

EEN ERVARINGSEIS MOET STRIKT WORDEN TOEGEPAST, OOK DOOR DE RECHTER



DE ZAAK

Regio Gemeente Nijmegen – een samenwerkingsverband van zes gemeenten – heeft in 2017 een aanbesteding gepubliceerd voor ggz-diensten in het kader van de jeugdzorg. Evergreen GGZ B.V. (hierna: Evergreen) heeft zich ingeschreven voor de dienstpercelen “basis ggz” en “specialistische ggz”. Om in aanmerking te komen voor gunning dient elke inschrijver twee referenties per dienstperceel aan te leveren. Het gaat om een ZIN-referentie en een PGB-referentie met elk minimaal 5 cliënten. De opdrachtgever moet bij deze referenties zijn benoemd. Als de referentie hier niet aan voldoet wordt de inschrijving ongeldig verklaard. Daarnaast gaf de nota van inlichtingen aan hoe de referenties vormgegeven moesten worden. In het geval van de ZIN-referentie is geantwoord dat er sprake moet zijn van een contractrelatie ofwel opdrachtgeverschap.

Evergreen heeft het Regionaal Ondersteuningsbureau Nijmegen (hierna: het ROB) opgegeven als referent voor beide percelen. Evergreen krijgt echter alleen het perceel voor basis ggz gegund en niet het perceel voor specialistische ggz. De Regio heeft bij het ROB navraag gedaan of Evergreen daadwerkelijk beschikt over de gevraagde kerncompetenties. Het ROB bevestigde dit enkel voor het perceel ‘basis ggz’. Met betrekking tot de specialistische ggz-zorg gaf het ROB aan dat zij in de referentieperiode geen overeenkomst met Evergreen had voor het verlenen van specialistische ggz-behandelingen. Daarom kon het ROB niet bevestigen dat Evergreen aan minstens vijf

cliënten specialistische ggz-behandelingen heeft verleend. De Regio heeft daarom aan Evergreen alleen een opdracht voor basis ggz gegund. Evergreen stapt naar de rechter, maar deze stelt de aanbestedende dienst in het gelijk. Hierop besluit Evergreen in hoger beroep te gaan bij het Gerechtshof (hierna: het Hof).

Het Hof wijst erop dat het ROB bij navraag door de aanbestedende dienst heeft geantwoord dat Evergreen in 2017 geen overeenkomst had met “de gemeente regio Nijmegen” (bedoeld lijkt: het ROB) had voor het verlenen van specialistische ggz-behandelingen. Evergreen heeft deze behandelingen (dus) ook nooit bij het ROB gedeclareerd. Hierdoor kon het ROB niet bevestigen dat Evergreen ten minste vijf cliënten heeft behandeld. Alleen waren, ten tijde van de inschrijving door Evergreen, wel vijf door haar verleende specialistische ggz-behandelingen bij het ROB geregistreerd. Dat ten aanzien van twee van de vijf cliënten de bekostiging achteraf is ingetrokken (omdat een paar gemeenten een ‘foutief besluit’ hebben genomen), betekent volgens het Hof niet dat de behandeling die heeft plaatsgevonden niet meer als ervaring mag meetellen. Dit is volgens het Hof namelijk niet te wijten aan Evergreen. Volgens het Hof heeft Evergreen daarmee wel voldaan aan de gestelde ervaringseis.

De aanbestedende dienst gaat succesvol in cassatie bij de Hoge Raad. De Hoge Raad oordeelt dat het Hof de gestelde ervaringseis verkeerd heeft uitgelegd. De Nota van Inlichtingen bepaalt dat alleen aan de ervaringseis kan worden voldaan

als een referentieopdracht wordt ingediend waarbij sprake is van een contractrelatie ofwel opdrachtgeverschap. Het Hof had dus niet enkel moeten beoordelen of Evergreen ten minste vijf behandelingen had uitgevoerd, maar ook of dat is gebeurd op grond van een overeenkomst

tussen Evergreen en het ROB. Op het argument van de aanbestedende dienst dat een dergelijke overeenkomst ontbrak, is het Hof ten onrechte niet ingegaan. De zaak wordt terugverwezen naar het Hof.



JURIDISCH KADER

- Het transparantie- en gelijkheidsbeginsel brengen met zich mee dat aanbestedingsstukken dienen te worden uitgelegd naar hun objectieve betekenis. Daarbij is van belang hoe een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver de betreffende bepaling, binnen de context van het totaal van de aanbestedingsstukken, redelijkerwijs heeft moeten begrijpen.
- Een toelichting op de aanbestedingsstukken vindt plaats door het stellen van vragen en het geven van antwoorden (artikel 2.53 lid 1 Aw 2012). De nota's van inlichtingen maken integraal onderdeel uit van de aanbestedingsstukken.
- Artikel 2.93 Aw 2012 geeft aan hoe technische bekwaamheid als geschiktheidseis getoetst dient te worden. Alleen verplicht is het benoemen van de publiek- of privaatrechtelijke instantie waar deze referenties naar verwijzen en de periode wanneer de dienstverlening heeft plaatsgevonden.
- Voorschrift 3.5 G uit de Gids Proportionaliteit stelt grenzen aan het uitvragen van referenties. Een aanbestedende dienst mag maximaal één referentie per benoemde kerncompetentie verplicht stellen. Daarnaast mag een aanbestedende dienst niet vragen om een referentie met een waarde van meer dan 60% ten opzichte van de waarde van de opdracht.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Uit de Manova-zaak uit 2013 van het Hof van Justitie volgt dat een aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht dient te nemen. Hier vallen ook de eisen aan en de controle op referenties onder. In relatie tot deze zaak heeft de aanbestedende dienst dit gedaan en de afwezigheid van een contract gebruikt als grond voor ongeldigheid. Dit is namelijk een eis die op basis van de nota van inlichtingen duidelijk gesteld wordt.
- Als het gaat om de proportionaliteit van uitsluiting heeft de Hoge Raad aangegeven dat er geen ruimte meer is voor een proportionaliteitstoets wanneer de aanbestedingsstukken expliciet bepalen dat uitsluiting plaatsvindt, zonder dat de beslissing tot uitsluiting op evenredigheid wordt getoetst. Het niet voldoen aan de ervaringseis leidt in de huidige zaak tot terzijdelegging van de inschrijving van Evergreen voor het perceel specialistische ggz.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

Deze uitspraak laat zien dat niet alleen de aanbestedende dienst zich moet houden aan hetgeen is opgenomen in de aanbestedingsstukken, maar ook de rechter. Het Hof gebruikt een meer praktische uitleg van de gestelde ervaringseis

(kortweg: wanneer de zorg is verleend dan is de ervaring aanwezig) en wordt gecorrigeerd door de Hoge Raad. De aanbestedingsstukken staan een ruime uitleg niet toe als men kijkt naar de wijze waarop de kerncompetentie is uitgevraagd.

Daarom de volgende adviezen:

- Ga als inschrijver na of de door jou opgegeven referenties ook daadwerkelijk voldoen aan alle gestelde eisen. Wanneer op tijd wordt ontdekt dat een referentie niet voldoet, kan mogelijk nog een andere referentie opgegeven worden.
- Vraag als inschrijver na hoe een ervaringseis uitgelegd moet worden en gecontroleerd wordt wanneer daar onduidelijkheid over bestaat.
- In de aanbestedingsstukken moet nauwkeurig staan omschreven wat een geldige referentie is.
- Bij inkopen in het sociaal domein is het verstandig om als aanbestedende dienst vooraf een impactanalyse te maken van ervaringseisen en andere geschiktheidseisen. Een dergelijke analyse kan vervolgens leiden tot een versoepeling of verzwaring van de verificatie van ingediende referenties.



ZELFREINIGING NA ERNSTIGE BEROEPSFOUT GEEN SINECURE!



DE ZAAK

SQL Integrator B.V. (hierna: SQL) en twee zusterondernemingen maken deel uit van het CC Group-concern. Begin 2019 schrijven SQL en de twee zusterondernemingen elk separaat in op twee door de Staat der Nederlanden (hierna: de Staat) georganiseerde Europese openbare aanbestedingsprocedures voor het tijdelijk ter beschikking stellen van ICT-medewerkers. Op 8 mei 2019 worden SQL en de twee zusterondernemingen uitgesloten van verdere deelname aan deze aanbestedingen. Volgens de Staat zijn de onderlinge gelijkenissen tussen de drie inschrijvingen dusdanig groot, dat onderlinge coördinatie en afstemming moet hebben plaatsgevonden, in strijd met de aanbestedingsvoorwaarden. De drie inschrijvers worden uitgesloten vanwege het begaan van een ernstige beroepsfout, een belangenconflict en het afleggen van valse (anti-collusie)verklaringen. SQL en de zusterondernemingen stappen niet naar de rechter om deze uitsluitingsbeslissingen aan te vechten.

In juni 2019 houdt de Staat wederom een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor het tijdelijk ter beschikking stellen van ICT-medewerkers. SQL schrijft in op deze aanbesteding, ditmaal als enige partij van het CC Group-concern. Vanwege de gemaakte fouten in de eerdere aanbestedingen, verklaart SQL in haar inschrijving dat zij in de afgelopen drie jaar een ernstige beroepsfout heeft begaan. SQL doet evenwel een beroep op zelfreiniging (art. 2.87a Aw 2012) en beschrijft een aantal maatregelen om haar betrouwbaarheid aan te tonen.

De Staat wijst het beroep op zelfreiniging af. Naar het oordeel van de Staat bagatelliseert SQL de ernst van de beroepsfout, aangezien zij de gemaakte fouten wijt aan het "onvoldoende beschikken over kennis en kunde van het toepasselijke aanbestedingsrecht" en "onjuiste externe advisering". Aangezien het vereiste inzicht in de gemaakte fouten ontbreekt, komt de Staat niet toe aan een verdere beoordeling van de maatregelen van SQL. Wel merkt de Staat nog op dat veel maatregelen te prematuur zijn om de preventieve werking en de effectiviteit daarvan te kunnen beoordelen. SQL wordt uitgesloten. SQL vecht deze uitsluitingsbeslissing aan bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af. SQL gaat in hoger beroep bij het Hof Den Haag.

Het Hof stelt voorop dat de aanbestedende dienst bepaalt of het bewijs voor zelfreiniging toereikend is. De rechter toetst daarbij of de aanbestedende dienst in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Een aanbestedende dienst mag niet alleen de zelfreinigingsmaatregelen op zichzelf beoordelen, maar ook onderzoeken of de inschrijver de oorzaken van het onrechtmatige gedrag onderkent en aanpakt. In dat verband mocht de Staat van SQL verwachten dat zij de schuld van haar handelen niet op derden afschuift en dus in zekere zin buiten zichzelf legt. Naar het oordeel van het Hof heeft de Staat in redelijkheid het beroep op zelfreiniging afgewezen, en wel om drie redenen:

- SQL is tot tweemaal toe (bij twee verschillende aanbestedingen) in de fout gegaan;
- de fouten hebben tamelijk recent plaatsgevonden (ongeveer een jaar geleden); en

- veel maatregelen waren nog niet geïmplementeerd ten tijde van inschrijving.

Het Hof bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag.



JURIDISCH KADER

- Op basis van de zogenaamde uitsluitingsgronden kan een aanbestedende dienst inschrijvers uitsluiten van deelname aan een aanbesteding. Naast verplichte uitsluitingsgronden (art. 2.86 Aw 2012) zijn er ook facultatieve uitsluitingsgronden (art. 2.87 Aw 2012) die een aanbestedende dienst van toepassing kan verklaren door ze aan te vinken in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument.
- Een aanbestedende dienst die een facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing verklaart, is daar strikt aan gebonden. Het begrip 'facultatief' ziet op de keuze (vooraf) om de uitsluitingsgrond al dan niet van toepassing te verklaren en niet op de keuze (achteraf) om de uitsluitingsgrond ook daadwerkelijk toe te passen.
- Tot de facultatieve gronden voor uitsluiting behoort ook 'de ernstige beroepsfout'. Een inschrijver kan worden uitgesloten indien de integriteit van de marktpartij in twijfel wordt getrokken omdat de inschrijver in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan (in de drie jaar voorafgaand aan inschrijving).
- Een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, heeft een mogelijkheid tot zelfreiniging. De inschrijver wordt in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen.
- De aanbestedende dienst moet restrictief omgaan met het stellen van de uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout', aldus de Gids Proportionaliteit.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Er geldt geen wettelijke beperking voor het aantal partijen uit één concern dat mag inschrijven op een aanbesteding. Een dergelijke beperking verhoudt zich ook niet goed tot de basisbeginselen van het aanbestedingsrecht (HvJEU Assitur). De enkele omstandigheid dat inschrijvers tot hetzelfde concern behoren, is op zichzelf dus geen grond deze partijen uit te sluiten.
- Eventuele afspraken tussen partijen uit één concern zijn ook niet verboden op grond van het mededingingsrecht. Vanuit mededingingsrechtelijk perspectief vormt een concern waarbij sprake is van 100%-relaties doorgaans een zogenaamde 'economische eenheid'. Onderlinge afspraken binnen een economische eenheid worden niet aangemerkt als verboden afspraken tussen ondernemingen.
- Een verbod op onderlinge (intra-concern) afstemming dient derhalve opgenomen te worden in de aanbestedingsdocumenten. Handelen inschrijvers in strijd met dat voorschrift, dan kunnen zij worden uitgesloten van de betreffende aanbesteding, alsmede – op grond van de uitsluitingsgrond ernstige beroepsfout (mits van toepassing verklaard) – van volgende aanbestedingen. Het betreft onrechtmatig gedrag van de betrokken marktdeelnemer, dat invloed heeft op zijn professionele geloofwaardigheid. Hierbij gaat het doorgaans om gedrag dat wijst op kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst (HvJEU Forposta).

- Bepalen de aanbestedingsvoorwaarden dat een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, wordt uitgesloten? Dan is er geen plaats meer voor een evenredigheidstoets. De inschrijver moet in dat geval ook daadwerkelijk worden uitgesloten (HvJEU Connexion).
- In de KPN-zaak kwalificeerde het niet melden van een ernstige beroepsfout (ACM-boetes wegens schendingen van de Telecommunicatiewet) als het afleggen van een valse

verklaring. Voor het toepassen van een proportionaliteitstoets ten aanzien van deze uitsluitingsgrond bestaat geen ruimte, aldus het Hof Den Haag (KPN). Het afleggen van een valse anti-collusieverklaring kwalificeert doorgaans ook als ernstige beroepsfout. Let wel: niet elke (valse) verklaring is een ernstige beroepsfout. Zo beging een inschrijver die ten onrechte (maar per ongeluk) verklaarde dat voldaan was aan een gestelde solvabiliteits eis, geen ernstige beroepsfout (Vzr.Rb Gelderland).



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Sta toe dat inschrijvers die onderling met elkaar zijn verbonden (in een concern) afzonderlijk inschrijven op een aanbesteding. Laat hen wel verklaren dat hun inschrijvingen zelfstandig en onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen (in een anti-collusieverklaring). Zo blijft de eerlijke mededinging gewaarborgd. Onderzoek vervolgens de inschrijvingen wel op gelijkenissen. Stel bijvoorbeeld vast of de inschrijvingen inhoudelijk op elkaar lijken, dezelfde vorm hebben en of vergelijkbare referenties/oplossingen worden aangedragen.
- Let op: in de veel gebruikte Model K-verklaring dient een inschrijver enkel te verklaren dat zijn inschrijving niet tot stand is gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht. Intra-concern afstemming valt hier dus niet onder. De aanbestedende dienst dient dit dus zelf aan de verklaring toe te voegen.
- Bouw ruimte in voor een evenredigheidstoets. Kies in de aanbestedingsvoorwaarden bijvoorbeeld voor de woorden: "Een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is kan terzijde worden gelegd", in plaats van: "(...) wordt terzijde gelegd".
- Vraag stevig door over een beroep op zelfreiniging. Stel vast wat de aard en de ernst van de fout is, of de fouten zich recentelijk hebben voorgedaan, of sprake is van een eenmalige fout of van een patroon van fouten, of de oorzaken van het (onrechtmatige) gedrag voldoende zijn onderkend en aangepakt, welke concrete maatregelen zijn genomen om de fout in de toekomst te voorkomen en of die maatregelen reeds geïmplementeerd zijn.
- Heb je als inschrijver een ernstige beroepsfout begaan en wil je een beroep doen op zelfreiniging? Geef de fout ruiterlijk toe. Schuif de schuld niet af op andere partijen. Neem concrete (bij voorkeur reeds geïmplementeerde) maatregelen die geschikt zijn om verdere fouten te voorkomen. Vermijd termen zoals "we zijn voornemens om (...)" en "we zijn aan het onderzoeken of (...)".

SPECIFICEREN KUN JE LEREN: VERWIJZINGEN NAAR MERKEN IN HET AANBESTEDINGSRECHT



DE ZAAK

Stichting Fontys (hierna: Fontys) heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor IT Gebruikershardware aangekondigd. In het prijzenblad dient de inschrijver artikelen aan te bieden en prijzen te offren voor managed werkplekken, unmanaged werkplekken, smartphones, kleine IT middelen en dienstverlening rondom werkplekken en smartphones. Fontys omschrijft merken en artikelnummers in het prijzenblad, maar geeft inschrijvers wel de ruimte om een alternatief merk aan te kunnen bieden. Inschrijvers kunnen in het prijzenblad zelf bepalen welk merk en type per categorie wordt aangeboden en tegen welke prijs, mits de producten voldoen aan de minimeisen. In de nota van inlichtingen stelt Centralpoint Nijmegen B.V. (hierna: Centralpoint) dat het voor alle partijen onduidelijk is welke specifieke kenmerken leidend zijn om te bepalen of een alternatief voldoet. Fontys reageert enkel door te stellen dat alleen 'minimale gelijkwaardige alternatieven' mogen worden aangeboden. Centralpoint schrijft zich vervolgens in op de opdracht. Fontys verzoekt Centralpoint om van vier aangewezen alternatieven de gelijkwaardigheid aan te tonen. Na aanlevering van deze gegevens krijgt Centralpoint te horen dat zij de gelijkwaardigheid niet heeft aangetoond en dat zij wordt uitgesloten van deelname.

Centralpoint start een kort geding en stelt onder meer dat Fontys in de lijst met artikelen in het prijzenblad ongeoorloofd heeft verwezen naar merken en typen. Volgens Centralpoint is dit strijdig met artikel 2.76 lid 4 onder a Aw 2012. Op

grond van dit artikel is verwijzing naar merken slechts geoorloofd wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is. Centralpoint wijst erop dat Fontys voor de managed werkplekken specificaties heeft beschreven in het aanbestedingsdocument, en dat niet valt in te zien waarom zij dat niet heeft gedaan voor de categorieën unmanaged werkplekken, smartphones en kleine IT middelen.

Fontys stelt dat geen sprake is van een ongerechtvaardigde belemmering voor de mededinging en dat het aanbestedingsrecht niet wordt geschonden. Zo heeft zij de mogelijkheid tot het aanbieden van gelijkwaardige producten opgehouden. Bovendien zijn de technische specificaties voor de unmanaged werkplekken, door het vermelden van een specifiek product, volgens Fontys opgenomen in het prijzenblad. Een beschrijving van technische eisen, zonder een bepaald product te vermelden, zou volgens Fontys leiden tot een onoverzichtelijke hoeveelheid details waarmee de administratieve last voor zowel de inschrijver als de aanbestedende dienst te zwaar zou zijn.

De voorzieningenrechter oordeelt dat Fontys niet heeft voldaan aan het bepaalde in artikel 2.76 lid 4 onder a Aw 2012. De verwijzing naar een uniek product van een bepaald merk is onvoldoende om als technische minimeis te kunnen gelden. Gelet op de betreffende producten was een beschrijving in technische eisen goed mogelijk. De voorzieningenrechter concludeert dat de aanbestedingsprocedure niet voldoet aan de

daaraan te stellen eisen. Fontys dient de aanbestedingsprocedure in te trekken en, voor zover zij

de opdracht nog wenst te gunnen, over te gaan tot een heraanbesteding.



JURIDISCH KADER

- Op grond van artikel 2.75 Aw 2012 neemt een aanbestedende dienst de door hem gestelde specificaties op in de aanbestedingstukken. Deze specificaties bieden inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de mededinging.
- Op grond van artikel 2.76 lid 3 en 4 Aw 2012 is het uitgangspunt dat het opnemen van een merknaam bij het specificeren van de opdracht in beginsel verboden is. Verwijzing naar merken en typen is slechts geoorloofd indien is voldaan aan drie (cumulatieve) vereisten:
 - I. een dergelijke verwijzing is door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd (artikel 2.76 lid 3 Aw 2012);
 - II. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht is niet mogelijk (artikel 2.76 lid 4 onder a. Aw 2012);
 - III. in de aanbestedingsstukken is vermeld "of gelijkwaardig" (artikel 2.76 lid 4 onder b. Aw 2012).



RECHTERS AAN HET WOORD

- In arrest Commissie/Ierland oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) dat het vermelden van technische specificaties van een bepaald fabricaat of van bepaalde herkomst of het vermelden van een bijzondere werkwijze waardoor bepaalde ondernemingen worden begunstigd of uitgeschakeld, verboden is tenzij dergelijke specificaties door het voorwerp van de opdracht worden gerechtvaardigd.
- Uit het arrest Storebaelt van het HvJ EU volgt dat een inschrijving die niet geheel voldoet aan de technische specificaties (een onregelmatige of ongeldige inschrijving), moet worden afgewezen.
- In het Unix-arrest ging het HvJ EU in op het vermelden van merknamen. Het HvJ EU bepaalde dat als er naar een merknaam verwezen moet worden, hieraan de woorden 'of daarmee overeenstemmend' moeten worden toegevoegd. Dit is later bevestigd in het Medisanus-arrest van het HvJ EU.
- Uit het Vestergaard-arrest van het HvJ EU volgt dat ook onder de vastgestelde drempelwaarden een aanbestedende dienst niet een bepaald merk voor de uitvoering van een opdracht kan voorschrijven zonder daaraan te voegen. Het weglaten van deze toevoeging zou in strijd zijn met artikel 28 EU Werkingsverdrag. Marktdeelnemers uit andere lidstaten zouden kunnen worden ontmoedigd om in te schrijven als ze niet van plan zijn het specifiek genoemde product te gebruiken.
- Uit het arrest Azienda van het HvJ EU volgt dat het een aanbestedende dienst niet vrij staat om de gelijkwaardigheid pas na indiening van de inschrijvingen te laten aantonen. Hier staat wel nog steeds tegenover dat de aanbestedende dienst de nodige bevoegdheid heeft om aan te geven welke bewijsmiddelen zij hierin als passend aanmerkt.
- In een advies erkent de Commissie van Aanbestedingsexperts (Advies 424) dat lopende onderzoeken die ten tijde van een aanbesteding reeds worden uitgevoerd een rechtvaardiging kunnen zijn voor het uitvragen van merken, mits het niet mogelijk is het voorwerp van de opdracht te

beschrijven en het inschrijvers wordt toegestaan om gelijkwaardige producten aan te bieden. In dat laatste geval kan een aanbestedende dienst ervoor kiezen om inschrijvers op eigen kosten te laten aantonen dat het

daadwerkelijk gaat om een gelijkwaardig product. Een aanbestedende dienst moet in dat geval wel eisen dat inschrijvers reeds bij inschrijving bewijzen dat de producten ook daadwerkelijk gelijkwaardig zijn.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Het verdient de voorkeur om opdrachten functioneel te omschrijven, aangezien daardoor de nadruk komt te liggen op het doel van de opdracht in plaats van op de te leveren producten. Bovendien wordt hierdoor ruimte gecreëerd voor innovatieve oplossingen.
- Omschrijf als aanbestedende dienst bij een aanbesteding het product objectief. Deze objectieve criteria mogen niet zodanig worden gekozen dat slechts één merk/type/product hieraan kan voldoen. Daarbij is het van belang om geen subjectieve criteria als objectieve eisen te vermommen, om het gebruik van een bepaald merk alsnog indirect voor te schrijven.
- Hoewel het gebruik van merknamen in een aanbesteding slechts is toegestaan wanneer aan de cumulatieve vereisten van artikel 2.76 Aw 2012 is voldaan, lijkt dit bij ICT-aanbestedingen nog steeds gangbaar te zijn. De hierboven besproken uitspraak maakt duidelijk dat een aanbestedende dienst hiermee een aanzienlijk risico neemt. Het functioneel of technisch specificeren lijkt wellicht omslachtig, maar loont uiteindelijk de moeite.



LET OP DE VERVALTERMIJN, OOK NA EEN HERZIENE GUNNINGSBESLISSING!



DE ZAAK

Stichting Zuyd Hogeschool (hierna: Zuyd) houdt een meervoudig onderhandse aanbesteding voor het leveren van mobiele telefonie aan ruim 700 medewerkers. Inschrijver PHC, de zittende contractant van Zuyd, eindigt als tweede in de ranking. PHC stelt beroep in tegen de gunningsbeslissing, binnen de in de aanbestedingsdocumenten voorgeschreven termijn van zeven kalenderdagen.

In de dagen voor indiening van het beroep heeft PHC ongeoorloofd contact met Zuyd. Een medewerker van PHC belt over de aanbesteding met een medewerker van Zuyd die niet was aangewezen als contactpersoon. PHC wordt daarom alsnog uitgesloten van de aanbesteding

in een herziene gunningsbeslissing. Zuyd geeft aan dat PHC (wederom) binnen zeven kalenderdagen beroep kan instellen tegen deze herziene gunningsbeslissing. PHC stelt vervolgens (aanvullend) beroep in, maar één dag te laat.

De voorzieningenrechter komt niet toe aan een inhoudelijk oordeel over de herziene gunningsbeslissing, omdat PHC de voorgeschreven termijn van zeven kalenderdagen niet in acht heeft genomen. De overeengekomen termijn van zeven dagen is een contractuele vervalttermijn. PHC wordt geacht hiermee te hebben ingestemd door een inschrijving in te dienen en is daaraan gebonden. Daardoor kan de rechter niet oordelen over de bezwaren die PHC geformuleerd heeft.



JURIDISCH KADER

- Na bekendmaking van de gunningsbeslissing neemt de aanbestedende dienst een termijn in acht voordat hij een overeenkomst sluit met de winnende inschrijver. Deze termijn wordt ook wel de standstill-termijn, Alcateltermijn of wachttermijn genoemd. De standstill-termijn heeft het doel een afgewezen inschrijver voldoende tijd te bieden om de gunningsbeslissing te onderzoeken en te beoordelen of hij die beslissing wil aanvechten. Stelt een afgewezen inschrijver beroep in binnen de standstill-termijn, dan zal de aanbestedende dienst de uitspraak van de rechter moeten afwachten alvorens de overeenkomst te sluiten (artikel 2.131 Aw2012).
- Bij een Europese aanbesteding dient de aanbestedende dienst een standstill-termijn van minimaal 20 kalenderdagen in acht te nemen (artikel 2.127 Aw2012). Let wel: deze wettelijke standstill-termijn is van toepassing op de gunningsbeslissing en niet op de selectiebeslissing (in een niet-openbare procedure).
- Handelt de aanbestedende dienst in strijd met deze voorschriften (geen wettelijke minimumtermijn hanteren en/of uitspraak van rechter niet afwachten), dan is de gesloten overeenkomst vernietigbaar (artikel 4.15 Aw2012).

- Het hanteren van een standstill-termijn is een verplichting voor de aanbestedende dienst (en niet voor inschrijvers). Vaak wil de aanbestedende dienst bewerkstelligen dat ook inschrijvers gebonden zijn aan deze termijn, in die zin dat zij alleen binnen die termijn een kort geding kunnen starten. Daarom wordt in de aanbestedingsdocumenten vaak bepaald dat de standstill-termijn tevens een (contractuele) vervalt termijn is voor inschrijvers en dat

inschrijvers hiermee instemmen door een inschrijving in te dienen. Dat betekent dat inschrijvers de gunningsbeslissing niet meer kunnen aanvechten na het verstrijken van deze termijn.

- De aanbestedende dienst moet altijd overwegen een langere standstill-termijn te hanteren dan de wettelijke minimumtermijn (Voorschrift 3.6 Gids Proportionaliteit 2016).

- Controleer als inschrijver altijd de standstill-/vervaltermijn in de aanbestedingsdocumenten. Is de termijn aan de korte kant? Klaag daarover in de nota van inlichtingen.

- Houd een vervalt termijn goed in de gaten en wees erop bedacht dat een nieuwe vervalt termijn gaat lopen zodra een herziene gunningsbeslissing is bekendgemaakt.



RECHTERS AAN HET WOORD

- In het Alcatel-arrest bepaalde het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen dat de aanbestedende dienst verliezers van een aanbestedingsprocedure de gelegenheid moet bieden tegen een gunningsbeslissing beroep in te stellen. Voor Europese aanbestedingsprocedures is deze wachttermijn inmiddels vastgelegd in artikel 2.127 e.v. Aw2012.
- Ook in een meervoudig onderhandse procedure moet de aanbestedende dienst een standstill-termijn in acht nemen. Dit om inschrijvers een redelijke gelegenheid tot een effectieve rechtsbescherming te bieden, aldus de rechter en de Commissie van Aanbestedingsexperts (Advies 292). In een zaak over een meervoudige onderhandse aanbesteding werd een standstill-termijn van vijf kalenderdagen geaccepteerd door de rechter. Een dergelijke termijn kan onder omstandigheden onaanvaardbaar kort zijn,

maar het is aan inschrijvers om dit met feiten en omstandigheden te onderbouwen.

- De standstill-termijn gaat pas lopen zodra de aanbestedende dienst een motivering (de relevante redenen) voor zijn gunningsbeslissing heeft verstrekt. De standstill-termijn gaat niet lopen wanneer een motivering wordt gegeven die volstrekt geen houvast biedt om te kunnen beoordelen of een juridische procedure zinvol is, aldus de Commissie van Aanbestedingsexperts (Advies 389). In geval van een 'magere' motivering gaat de standstill-termijn wel lopen, omdat de inschrijver dan wel zou moeten kunnen beoordelen of een juridische procedure zinvol is (Advies 405).
- Na het verstrijken van de standstill-termijn mag een inschrijver wel nog procederen om een schadevergoeding te krijgen (vanwege onrechtmatigheid van de gunningsbeslissing), aldus het Hof Den Bosch.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Bepaal in de aanbestedingsdocumenten dat de standstill-termijn tevens een vervalt termijn is. Schrijf dat duidelijk op. Dan weet je als aanbestedende dienst dat je verder kunt zodra de standstill-termijn (ongebruikt) is verstreken.
- Verleng de standstill-termijn indien nodig, bijvoorbeeld in geval van een aanstaande vakantieperiode. Rek in dat geval de standstill-termijn op met die vakantieperiode,

zodat inschrijvers voldoende tijd hebben om de motivering van de gunningsbeslissing zorgvuldig te bestuderen.

- Hanteer ook een standstill-termijn na een selectiebeslissing, ook al is dat niet verplicht. Dan weet je dat je verder kunt zodra de standstill-termijn (ongebruikt) is verstreken. Die standstill-termijn hoeft niet per se 20 kalenderdagen te zijn.



VERIFICATIE PERSONEELSERVARING: LINKEDIN-PROFIEL EN CV KUNNEN ZORGEN VOOR GEREDE TWIJFEL



DE ZAAK

De gemeente Rotterdam (hierna: de gemeente) organiseert een openbare Europese aanbesteding voor een bouwkostendeskundige. Inschrijvers dienen een plan van aanpak met functieprofielen van de in te zetten medewerkers aan te leveren. Uit de conceptovereenkomst blijkt dat de bouwkostendeskundigen minimaal tien jaar praktijkervaring en expertise op het gebied van ramen en begroten van restauratiewerkzaamheden van monumenten moeten hebben. Voor alle functies is minimaal een hbo-opleiding vereist.

Op 27 februari 2020 laat de gemeente per brief weten dat zij voornemens is de opdracht aan Bremen Bouwadvies B.V. (hierna: Bremen) te gunnen. IGG Bouweconomie B.V. (hierna: IGG) tekent bezwaar aan. Volgens IGG kan Bremen niet voldoen aan de gevraagde (functie)profielen. Alhoewel IGG hierover een toelichting vraagt van de gemeente, krijgt zij deze niet. IGG legt vervolgens een eigen analyse van het personeelsbestand van Bremen over, waaruit blijkt dat Bremen niet kan voldoen aan de gestelde eisen. IGG vraagt om een herbeoordeling. De gemeente ziet hiertoe geen aanleiding, waarop IGG een kort geding start.

IGG wil een herbeoordeling en wil dat de inschrijving van Bremen terzijde wordt geschoven. Daarnaast wenst IGG inzage in de bewijsstukken

van Bremen. De gemeente stelt dat zij van de juistheid van de inschrijving uit mag gaan. Bovendien blijkt uit een nadere verificatie bij Bremen dat de inschrijving volgens de gemeente voldoet. Ook wil de gemeente de bewijsstukken niet delen, omdat het bedrijfsgevoelige informatie betreft.

De voorzieningenrechter stelt IGG deels in het gelijk. Als uit LinkedIn-profielen en cv's lijkt te volgen dat de medewerkers van Bremen niet aan de functieprofielen voldoen, is dat meer dan een speculatie of een vermoeden. Op grond van het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel is dan nader onderzoek vereist. Deze situatie doet zich hier voor: Uit een LinkedIn-profiel en een door IGG overgelegd cv uit 2016 lijkt te volgen dat een van de aangeboden deskundigen slechts negen jaar relevante ervaring heeft in plaats van de vereiste tien jaar. Volgens de rechter doet dit vermoeden dat de gemeente bij haar eerste controle mogelijk is uitgegaan van onjuiste gegevens of dat de controle mogelijk onzorgvuldig is geweest. De rechter verbiedt de gemeente de opdracht definitief aan Bremen te gunnen, totdat zij nader onderzoek heeft gedaan naar de relevante ervaring van de betrokken medewerker van Bremen en zij IGG, onder overlegging van relevante bescheiden, van haar bevindingen op de hoogte heeft gesteld.



JURIDISCH KADER

- Op basis van contractsvrijheid mag een aanbestedende dienst – bij gerede twijfel over de juistheid daarvan – opheldering vragen over de inschrijving van de winnaar.
- Het transparantiebeginsel (artikel 1.9 Aw2012) kan meebrengen dat de plicht bestaat tot het nader verifiëren van de inschrijving van de winnaar bij gerede twijfel over de juistheid daarvan. Of sprake is van gerede twijfel, verschilt van geval tot geval. Louter vermoedens en speculaties van een afgewezen inschrijver zijn hiervoor onvoldoende.
- Specifiek ten aanzien van de gunningscriteria bepaalt artikel 2:113a lid 2 Aw2012 dat een aanbestedende dienst in geval van twijfel een inspanningsverplichting heeft om effectief
- de juistheid te controleren van de door de inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen.
- Bedrijfsvertrouwelijke informatie mag een aanbestedende dienst niet delen met andere marktpartijen of inschrijvers conform artikel 2.138, aanhef, sub c en sub d Aw2012.
- Indien de relevante informatie persoonsgegevens bevat dienen aanbestedende diensten en/of inschrijvers ook rekening te houden met de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). Het verwerken van persoonsgegevens mag niet zonder toestemming van betrokkene en dient te worden beperkt tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor de persoonsgegevens worden verwerkt (artikel 5 en 6 AVG).



RECHTERS AAN HET WOORD

- In een arrest uit 2013 oordeelde het Hof Amsterdam dat een aanbestedende dienst ook gehouden kan zijn tot nadere verificatie na bekendmaking van de gunningsbeslissing, bijvoorbeeld indien de als tweede geëindigde inschrijver voldoende onderbouwde twijfel zaait over de vraag of de winnende inschrijver wel aan zijn verplichtingen kan voldoen.
- In het arrest eVigilo van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) oordeelde het HvJ EU dat, indien de afgewezen inschrijver objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan de onpartijdigheid van een deskundige van de aanbestedende dienst kan worden betwijfeld, de aanbestedende dienst verplicht is alle relevante omstandigheden te onderzoeken.
- De voorzieningenrechter in Overijssel oordeelde dat als een afgewezen inschrijver tot op zekere hoogte aannemelijk maakt dat de (voorlopig) winnende partij zijn inschrijving niet zal kunnen waarmaken, van de aanbestedende dienst een effectief onderzoek mag worden verwacht om te verifiëren of sprake is van een reële inschrijving of niet.
- In de rechtspraak zijn geen concrete eisen vastgelegd waaraan een door een aanbestedende dienst uit te voeren onderzoek moet voldoen. De enkele bevestiging van een inschrijver dat de gegevens juist zijn, zal in de praktijk vaak onvoldoende zijn. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland, onder verwijzing naar artikel 2:113a Aw2012, dat de aanbestedende dienst de haalbaarheid van een door de inschrijver opgegeven maximale levertijd onvoldoende had onderzocht. De voorzieningenrechter gaf daarbij aan dat het herhalen van een enkele verklaring zonder daarbij enige onderbouwing of enig bewijs te voegen een verklaring niet sterker maakt.
- De aanbestedende dienst dient, volgens artikel 2.56 Aw2012, het door haar uitgevoerde onderzoek zorgvuldig te documenteren, aldus de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland.
- Wanneer een aanbestedende dienst als gevolg van verificatie haar gunningsvoornemen wijzigt moet zij kunnen aantonen dat

een inschrijving niet voldoet. De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam benadrukt dat alleen twijfel niet genoeg is.

Meer over deze casus in de zesde editie van het Jurisprudentie Alarm.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Wanneer strikte ervarings- en opleidingseisen deel uit maken van het bestek, kan het noodzakelijk zijn dat de aanbestedende dienst hier een deugdelijke controle op uitoefent. Het feit dat de aanbestedende dienst in dit geval functieprofielen uitvraagt en geen cv's (wat op gespannen voet kan staan met de AVG) doet daar niet aan af.
- Indien een afgewezen inschrijver objectieve gegevens verstrekt die aanleiding geven tot gerede twijfel over de vraag of de beoogde winnaar zijn inschrijving kan waarmaken, zal de aanbestedende dienst moeten onderzoeken of de winnende inschrijver alle verplichtingen zal kunnen nakomen.
- De enkele aanwezigheid van twijfel is onvoldoende om een gunningsbeslissing in te trekken. Indien de aanbestedende dienst de gunningsbeslissing intrekt, zal zij in een eventuele juridische procedure moeten kunnen hardmaken dat de betreffende inschrijver niet zal kunnen voldoen.
- De aanbestedende dienst dient betrokken partijen (zowel de beoogde winnaar als afgewezen inschrijvers die twijfels uiten) te verzoeken hun stellingen zoveel mogelijk te onderbouwen aan de hand van bewijsstukken.
- De aanbestedende dienst zal het onderzoek naar de juistheid van de offerte van een inschrijver zorgvuldig moeten documenteren, zodat achteraf controleerbaar is op welke gronden de aanbestedende dienst tot het oordeel is gekomen dat de inschrijver al dan niet voldoende heeft aangetoond dat hij zijn bieding kan waarmaken.
- Latere discussies kunnen mogelijk worden voorkomen door al in de aanbestedingsstukken, met name in het kader van de gunningcriteria, te vragen naar onderbouwingen en/of bewijsmiddelen ten aanzien van de aanbidding.
- Ten slotte kan de aanbestedende dienst, in het kader van de AVG, expliciet toestemming vragen aan inschrijvers voor verwerking van persoonsgegevens tijdens de verificatiefase. Deze gegevensverwerking moet niet verder gaan dan noodzakelijk.

HORIZONTALLE SAMENWERKING: WANNEER IS SPRAKE VAN 'ECHTE' SAMENWERKING?



JURISPRUDENTIE
Editie 14



DE ZAAK

Drie aanbestedende diensten uit de Duitse regio Rijn-Moezel-Eifel (hierna: het samenwerkingsverband) werken samen op het gebied van afvalverwerking. Voor afvalrecycling schakelt het samenwerkingsverband externe partijen in. Het grootste deel van deze opdracht wordt uitbesteed aan particuliere ondernemingen. Twintig procent wordt op basis van een samenwerkingsovereenkomst uitgevoerd door het bestuursdistrict Landkreis Neuwied, eveneens een aanbestedende dienst (hierna: het bestuursdistrict). Volgens Remondis GmbH, een particulier afvalverwerkingsbedrijf, had deze overheidsopdracht inzake (20% van de) afvalrecycling niet zomaar aan het bestuursdistrict verleend mogen worden; de opdracht had aanbesteed moeten worden. Volgens het samenwerkingsverband geldt een uitzondering op de aanbestedingsplicht, omdat sprake is van horizontale samenwerking. De Duitse rechter constateert dat het begrip (horizontale) samenwerking verschillend wordt uitgelegd door aanbestedende diensten en rechters. De rechter vraagt het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) meer duidelijkheid te verschaffen over het begrip (horizontale) samenwerking.

Voor een geslaagd beroep op de uitzonderingsregeling inzake horizontale samenwerking (artikel 12 lid 4 van Richtlijn 2014/24/EU), moeten aanbestedende diensten samenwerken om ervoor te zorgen dat openbare diensten daadwerkelijk worden uitgevoerd, aldus het Hof. Samenwerken houdt in dat aanbestedende

diensten over en weer verplichtingen aangaan om die samenwerking vorm te geven. De samenwerking moet het resultaat zijn van een gezamenlijk genomen initiatief tot samenwerking, die volgt uit de intrinsieke behoefte aan samenwerking. Deze intrinsieke behoefte blijkt onder meer uit de wijze waarop de samenwerking is voorbereid. Voorafgaand aan de samenwerking dienen de betrokken aanbestedende diensten gezamenlijk vast te stellen wat hun behoeften zijn en hoe aan die behoeften kan worden voldaan. Er moet sprake zijn van een gemeenschappelijke strategie, waarbij inspanningen worden gebundeld voor de uitvoering van openbare diensten.

Kortom, het moet gaan om 'echte' samenwerking tussen aanbestedende diensten. Wanneer een aanbestedende dienst alleen de kosten vergoedt voor diensten die een andere aanbestedende dienst levert, is geen sprake van samenwerking maar van een overheidsopdracht.

In deze zaak stelt het Hof vast dat de tussen het samenwerkingsverband en het bestuursdistrict gesloten overeenkomst geen echte samenwerking omvat. De overeenkomst vormt geen uitvloeisel van een initiatief tot samenwerking tussen het samenwerkingsverband en het bestuursdistrict. Het Hof concludeert dat de overeenkomst uitsluitend betrekking lijkt te hebben op het verkrijgen van een dienst door het samenwerkingsverband tegen betaling van een vergoeding. Er lijkt dus sprake te zijn van een overheidsopdracht die niet onder de uitzondering inzake horizontale samenwerking valt. Het feit dat het samenwerkingsverband een deel van het

restafval terugneemt om het afval te storten en alleen een kostprijs vergoedt, maakt dit niet anders. De nationale (Duitse) rechter zal, aan de hand van de door het Hof geformuleerde

uitgangspunten met betrekking tot horizontale samenwerking, een oordeel vellen over de overeenkomst tussen het samenwerkingsverband en het bestuursdistrict.



JURIDISCH KADER

- Aanbestedende diensten kunnen ervoor kiezen taken van algemeen belang (zoals afvalverwerking) gezamenlijk uit te voeren, zonder daarvoor een aparte rechtspersoon te gebruiken. Deze vorm van publiek-publieke samenwerking wordt aangeduid als horizontale samenwerking (ook wel: niet-geïstitutionaliseerde samenwerking). Let wel: het gaat hier om een uitzonderingsregeling. Een overheidsopdracht die de ene aanbestedende dienst aan de andere aanbestedende dienst wil verlenen, moet in beginsel gewoon aanbesteed worden. Alleen indien voldaan wordt aan de voorwaarden voor horizontale samenwerking, vervalt de aanbestedingsplicht.
- De voorwaarden voor horizontale samenwerking zijn opgenomen in artikel 2.24c Aw2012. Kort samengevat: aanbestedende diensten dienen samen te werken om dienstverlening uit te voeren ter verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen, zo lang zij bij die samenwerking uitsluitend het algemeen belang dienen en de samenwerking maximaal 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten op de relevante markt betreft.



RECHTERS AAN HET WOORD

- De uitzonderingsregeling inzake horizontale samenwerking (artikel 2.24c Aw2012) is een uitwerking van het Stadt Hamburg-arrest van het Hof. Aanbestedende diensten mogen samenwerken voor de uitvoering van hun taken van algemeen belang zonder dat daarvoor gebruik wordt gemaakt van een bepaalde rechtsvorm.
- In het ASL di Lecce-arrest bepaalde het Hof dat horizontale samenwerking betrekking moet hebben op dezelfde taken die gezamenlijk op de aanbestedende diensten rusten. In deze zaak schakelde een gezondheidsdienst een universiteit in om de aardbevingsgevoeligheid van ziekenhuisvoorzieningen te toetsen. Op de gezondheidsdienst en de universiteit rust niet dezelfde taak van algemeen belang en daarom ging de uitzondering inzake horizontale samenwerking niet op.
- Het Piepenbrock-arrest had betrekking op aanbestedende diensten die samenwerkten door gezamenlijk schoonmaakdiensten in te kopen. Ook deze samenwerking is volgens het Hof niet erop gericht een gezamenlijke taak van algemeen belang uit te voeren.
- In het ISE-arrest bepaalde het Hof dat horizontale samenwerking tussen aanbestedende diensten (inzake het kosteloos ter beschikking stellen van software) niet tot gevolg mag hebben dat een particuliere onderneming in een bevoorrechte situatie wordt geplaatst ten opzichte van haar concurrenten. Ook in het Stadt Hamburg-arrest en het ASL di Lecce-arrest oordeelde het Hof al dat aanbestedende diensten alleen een beroep toekomt op de uitzonderingsregeling inzake horizontale samenwerking indien de verwezenlijking van die samenwerking uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang en geen enkele particuliere dienstverrichter wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Een aanbestedende dienst kan zich niet aan de aanbestedingsplicht onttrekken door een opdracht aan een aanbestedende dienst simpelweg aan te merken als een 'horizontale samenwerking'. Er moet sprake zijn van een "echte samenwerking".
- Van een "echte samenwerking" zoals hier bedoeld, is sprake wanneer de samenwerkende partijen een gedeelde behoefte en een gezamenlijke strategie hebben, waarbij zij hun inspanningen bundelen in de uitvoering van hun openbare diensten.
- Leg in een samenwerkingsovereenkomst vast waarom aanbestedende diensten samenwerken en hoe die samenwerking wordt vormgegeven. Geef duidelijk aan wat de (wederzijdse) behoeften zijn en op welke wijze aan die behoeften wordt voldaan door samen te werken. Leg concreet vast welke (samenwerkings)verplichtingen over en weer worden aangegaan om die samenwerking vorm te geven. Geef daarbij aan dat het gaat om een bundeling van inspanningen. Iedere partij dient een steentje bij te dragen zodat de betreffende openbare dienst deugdelijk wordt uitgevoerd.
- Aanbestedende diensten doen er verstandig aan bestaande samenwerkingsconstructies met andere aanbestedende diensten goed tegen het licht te houden en na te gaan of deze (ook) na het arrest Remondis nog houdbaar zijn. Zo nodig zullen bestaande samenwerkingsconstructies moeten worden gewijzigd of, in het uiterste geval, worden beëindigd.



TARIEVEN IN DE (JEUGD) ZORG: REGIONAAL EN SPECIFIEK!



DE ZAAK

Tien gemeenten in de regio Haaglanden willen voor de jaren 2020-2024 nieuwe contracten afsluiten voor jeugdzorg via een gezamenlijke open house-constructie. Verschillende aanbieders, waaronder Stichting Jeugdformaat (hierna gezamenlijk te noemen: Jeugdformaat c.s.), zijn van mening dat de tarieven die de gemeenten hanteren niet kostendekkend zijn. Zij starten daarom een kort geding.

De voorzieningenrechter stelt Jeugdformaat c.s. in het gelijk en draagt de gemeenten op om nieuwe tarieven te bepalen die in lijn zijn met de Jeugdwet. Dit betekent dat de tarieven reëel en kostendekkend moeten zijn. Een tarief is reëel wanneer rekening wordt gehouden met belangrijke factoren die invloed hebben op de bepaling van de kostprijs van aanbieders, zoals organisatie-specifieke en regionale omstandigheden. Daarbij hoeft het tarief niet kostendekkend zijn voor alle aanbieders, maar wel voor een redelijk efficiënt functionerende aanbieder.

De gemeenten stellen bij het gerechtshof Den Haag hoger beroep in tegen het vonnis

van de voorzieningenrechter. Het hof stelt de gemeenten eveneens in het ongelijk en bekrachtigt de uitspraak in eerste aanleg. Ook het hof benadrukt het belang van de organisatie-specifieke en regionale omstandigheden voor het bepalen van de kostprijs van aanbieders, waar gemeenten rekening mee moeten houden bij de vaststelling van hun tarieven. Daarnaast benadrukt het hof dat, voor het bepalen van een reëel tarief, specifiek naar de zorgvraag in de regio moet worden gekeken. De gemeenten hebben onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij reële, kostendekkende tarieven hebben gesteld. Zij hebben namelijk onvoldoende onderbouwd dat dat er een goede verhouding bestaat tussen de prijs en de kwaliteit, rekening houdend met de reële kostprijs van de gevraagde zorg. Hiertoe zijn zij, op basis van het motiveringsbeginsel, wel verplicht. De kostprijsindicatoren die door Jeugdformaat c.s. zijn aangedragen, hebben zij onvoldoende weerlegd. Het Hof heeft daarom al hun aangevoerde argumenten verworpen en de gemeenten veroordeeld in de kosten van het geding.

voor sociale en andere specifieke diensten (artikel 2.6a, artikel 2.38 en artikel 2.39 Aanbestedingswet). Het gebruik van deze procedure is voor de inkoop van gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening verplicht, tenzij de gemeente (gemotiveerd!) anders beslist. In dat geval kan ook van één van de andere (Europese) aanbestedingsprocedures gebruik worden gemaakt, of bijvoorbeeld van de open house-constructie die niet onder de aanbestedingsplicht valt.

- Er bestaat nog veel onduidelijkheid omtrent de inkoop van (jeugd)zorg, niet in de minste plaats over de manier waarop de tarieven moeten worden berekend. De regering heeft daarom ter consultatie het conceptwetsvoorstel 'Maatschappelijk verantwoord inkopen jeugdwet en Wmo 2015' gepubliceerd. Dit conceptwetsvoorstel biedt onder meer de

ruimte om artikel 2.12 Jeugdwet bij AMvB nader in te vullen, zoals nu al het geval is voor de Wmo. Daarnaast bevat het wetsvoorstel een uitwerking van de procedure voor sociale en andere specifieke diensten, en wordt de plicht om op basis van het emvi-criterium te gunnen uit de Jeugdwet en de Wmo 2015 geschrapt. Met de uitwerking van een eenvoudig toe te passen procedure heeft het wetsvoorstel mede tot doel om het gebruik van de open house bij complexe zorg te verminderen. De regering vindt het gebruik van open house onwenselijk, omdat het volgens haar kan leiden tot problemen bij sturing en samenwerking, geen zekerheid over te verwachten omzet geeft, mogelijk een kosten opdrijvend effect heeft door vraagbevordering en kan zorgen voor zware lasten bij contractmanagement.



RECHTERS AAN HET WOORD

- De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, spelen een rol bij de vaststelling van reële tarieven. Dit heeft het gerechtshof Den Bosch in 2018 bepaald in een aanbesteding volgens het Zeeuws model, de voorloper van de open house-constructie. Volgens het Hof volgt uit het doel, de aard én de strekking van de Jeugdwet dat gemeenten proportionele tarieven moeten vaststellen nadat zij zorgvuldig onderzoek hebben gedaan. Daarbij beslissen gemeenten zelf welke factoren van belang zijn om mee te wegen. Echter, uit het zorgvuldigheidsbeginsel vloeit voort dat zij inzicht moeten geven in de bevindingen en afwegingen die aan de tariefstelling ten

grondslag liggen. Dit geldt des te meer wanneer gemeenten kiezen voor een procedure waarin vaste, niet onderhandelbare prijzen worden gehanteerd, zoals bij een open house het geval is.

- Open house is een speciaal toelatingssysteem, dat niet kwalificeert als een aanbestedingsprocedure omdat de gemeente geen selectie tussen inschrijvers maakt. Zo lang inschrijvers voldoen aan de door de gemeente gestelde voorwaarden en de door de gemeente gestelde prijs accepteren, krijgen zij een overeenkomst. Open house is ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU, in het bijzonder de arresten Falk Pharma en Tirkkonen.



JURIDISCH KADER

- Artikel 2.11 Jeugdwet geeft gemeenten de mogelijkheid om de uitvoering van de wet door derden te laten verrichten.
- In een gemeentelijke verordening worden regels waarin de verhouding tussen een goede prijs en kwaliteit van de zorg worden afgewogen, waarbij onder meer rekening wordt gehouden met de deskundigheid van de beroepskrachten en de toepasselijke arbeidsvoorwaarden (artikel 2.12 Jeugdwet).
- Voor de inkoop van (jeugd)zorg kan een gemeente gebruik maken van de procedure



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Een aanbestedende dienst kan zich niet aan de aanbestedingsplicht onttrekken door een opdracht aan een aanbestedende dienst simpelweg aan te merken als een 'horizontale samenwerking'. Er moet sprake zijn van een "echte samenwerking".
- Van een "echte samenwerking" zoals hier bedoeld, is sprake wanneer de samenwerkende partijen een gedeelde behoefte en een gezamenlijke strategie hebben, waarbij zij hun inspanningen bundelen in de uitvoering van hun openbare diensten.

- Leg in een samenwerkingsovereenkomst vast waarom aanbestedende diensten samenwerken en hoe die samenwerking wordt vormgegeven. Geef duidelijk aan wat de (wederzijdse) behoeften zijn en op welke wijze aan die behoeften wordt voldaan door samen te werken. Leg concreet vast welke (samenwerkings)verplichtingen over en weer worden aangegaan om die samenwerking vorm te geven. Geef daarbij aan dat het gaat om een bundeling van inspanningen. Iedere partij dient een steentje bij te dragen zodat de

betreffende openbare dienst deugdelijk wordt uitgevoerd.

- Aanbestedende diensten doen er verstandig aan bestaande samenwerkingsconstructies met andere aanbestedende diensten goed tegen het licht te houden en na te gaan of deze (ook) na het arrest Remondis nog houdbaar zijn. Zo nodig zullen bestaande samenwerkingsconstructies moeten worden gewijzigd of, in het uiterste geval, worden beëindigd.



JURISPRUDENTIE
Editie 16

TENDERKOSTENVERGOEDING NA INTREKKEN AANBESTEDING?



DE ZAAK

De gemeente Roosendaal (hierna: de gemeente) houdt een niet-openbare aanbesteding voor de verbouwing van een kantoorgebouw. Het gunningscriterium is de laagste prijs. Het beschikbare budget van € 1.000.000 is vooraf niet kenbaar gemaakt. In de aanbestedingsstukken is vermeld dat de gemeente de aanbesteding op elk moment mag beëindigen zonder dat inschrijvers aanspraak maken op een tenderkostenvergoeding. Een aannemersbedrijf (hierna: de Bouwgroep) schrijft in met de laagste prijs, een totaalbedrag van € 1.340.000. De gemeente geeft aan dat deze inschrijfsom ver boven het beschikbare budget ligt en vraagt de Bouwgroep te onderzoeken of kostenbesparende maatregelen mogelijk zijn. Na veelvuldig overleg tussen beide partijen besluit de gemeente de aanbesteding in te trekken om budgettaire redenen en vanwege besluitvorming binnen de gemeente waardoor de verbouwing overbodig is geworden.

De gemeente vraagt de Bouwgroep haar reeds gemaakte tenderkosten inzichtelijk te maken. Bouwgroep begroot die kosten op € 127.658,14. De gemeente geeft aan alleen bereid te zijn de kosten naar aanleiding van de voorgestelde kostenbesparende maatregelen (€ 2.975) te

vergoeden. De Bouwgroep stapt vervolgens naar de rechter. De rechtbank wijst de vorderingen af, waarna de Bouwgroep hoger beroep instelt.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch stelt voorop dat een aanbestedende dienst in beginsel een lopende aanbesteding mag afbreken en ervoor mag kiezen geen overeenkomst te sluiten. Bovendien heeft de gemeente in de aanbestedingsstukken het recht voorbehouden de aanbesteding op elk moment te beëindigen zonder dat inschrijvende partijen aanspraak kunnen maken op een tenderkostenvergoeding. Verder is aan de Bouwgroep medegedeeld dat haar inschrijfsom fors hoger was dan het beschikbare budget en hebben partijen uitvoerig overleg gevoerd over bezuinigingsmogelijkheden. De Bouwgroep diende er daarom rekening mee te houden dat de overeenkomst niet tot stand zou komen en dat gemaakte kosten voor eigen rekening zouden blijven. De gemeente heeft bovendien nooit het vertrouwen gewekt dat zij alle gemaakte kosten zou vergoeden. Deze omstandigheden maken dat de vorderingen van de Bouwgroep worden afgewezen. De gemeente hoeft alleen het (reeds door haar toegezegde) bedrag van € 2.975 te vergoeden.



JURIDISCH KADER

- Voor inschrijvers brengt deelneming aan een aanbestedingsprocedure een ondernemersrisico met zich mee. Daaronder valt – naast het risico niet als hoogste in de ranking te eindigen – het risico dat een aanbesteding kan worden ingetrokken. De gemaakte tenderkosten blijven in beginsel voor rekening van de inschrijvers.
 - Niettemin zijn er omstandigheden denkbaar waaronder een aanbestedende dienst verplicht zal zijn tot betaling van een tenderkostenvergoeding, bijvoorbeeld in geval van intrekking van een aanbesteding in een vergevorderd stadium, of indien de aanbestedende dienst niet tot gunning kan overgaan vanwege gebreken die aan de aanbesteding zelf kleven.
 - Indien een aanbestedende dienst in zijn aanbestedingsstukken een bepaling opneemt over het al dan niet vergoeden van tenderkosten, dient deze bepaling proportioneel te zijn. Per 1 juli 2020 is een nieuw voorschrift (3.8B) inzake tenderkostenvergoedingen opgenomen in de herziene Gids Proportionaliteit. Dit voorschrift luidt: “De aanbestedende dienst sluit niet op voorhand iedere vergoeding van inschrijfkosten uit in geval van een laattijdige intrekking van de aanbesteding.”
 - De toelichting op voorschrift 3.8B bepaalt dat het op voorhand in alle gevallen uitsluiten
- van een vergoeding van inschrijfkosten in geval van intrekking van de aanbesteding, geacht wordt disproportioneel te zijn. Dat betekent niet dat bij intrekking van een aanbesteding altijd sprake dient te zijn van een vergoeding. Een eventuele kostenvergoeding bij een ingetrokken aanbesteding is onder meer afhankelijk van de aard van de aanbesteding, de kosten die gemaakt zijn en de omstandigheden waaronder de intrekking heeft plaatsgevonden. Het kan ook gaan om kosten die gemaakt zijn voordat daadwerkelijk tot inschrijving gekomen is. Bij de intrekkingssomstandigheden is onder andere van belang wanneer en waarom de intrekking plaatsvindt.
- Een aanbestedende dienst die afwijkt van voorschrift 3.8B van de Gids Proportionaliteit dient dit te motiveren in de aanbestedingsstukken (artikel 1.10 lid 4 Aw2012).
 - In 2018 verscheen een Handreiking Tenderkostenvergoeding. Deze handreiking geeft enkele handvatten voor het al dan niet uitkeren van tenderkostenvergoedingen. Zo wordt aanbevolen een tenderkostenvergoeding te verstrekken na intrekking van een aanbesteding indien reeds “een grote inspanning” is verricht door inschrijvers (hoofdstuk 6, punt 6).



RECHTERS AAN HET WOORD

- Het Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch stelde voorop dat de aanbestedende dienst de onderhandelingen mocht afbreken en dat (acquisitie)kosten in beginsel voor eigen rekening blijven. Niettemin kan de situatie zich voordoen dat het vergoeden van tenderkosten in de rede ligt, ondanks dat de onderhandelingen gelegitimeerd afgebroken mochten worden. Een dergelijke situatie is bijvoorbeeld aan de orde indien de (acquisitie)kosten hoger zijn dan gebruikelijk is en die kosten in redelijkheid zijn gemaakt. Ook omstandigheden zoals op wiens initiatief de kosten zijn gemaakt kunnen daarbij een rol spelen, aldus het Gerechtshof.
- In een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag vorderde een inschrijver na intrekking van een aanbesteding vergoeding van daadwerkelijk gemaakte tenderkosten (€ 500.000), in plaats van het vooraf vastgestelde vaste bedrag van € 110.000 voor geleverde inspanningen.

Door in te schrijven op de aanbesteding is de inschrijver akkoord gegaan met de vaste prijs van € 110.000, oordeelt de voorzieningenrechter. Voor zover de daadwerkelijk gemaakte kosten dat vaste bedrag overschrijden, valt dat onder het normale bedrijfsrisico van de inschrijver.

- De rechtbank Amsterdam oordeelde dat een tenderkostenvergoeding ook op zijn plaats kan zijn na intrekking van een private aanbesteding. Dat is het geval indien het afbreken van de onderhandelingen zonder vergoeding van die kosten als onaanvaardbaar moet worden aangemerkt.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Aanbestedende diensten mogen een vergoeding voor gemaakte tenderkosten in geval van intrekking van een aanbesteding niet op voorhand uitsluiten. Vermijd dus aanbestedingsvoorwaarden zoals: “De aanbestedende dienst mag de aanbesteding op elk moment beëindigen zonder dat inschrijvers aanspraak maken op een tenderkostenvergoeding.” Een dergelijke bepaling wordt sinds 1 juli 2020 geacht disproportioneel te zijn.
 - Een aanbestedende dienst die er toch voor kiest een tenderkostenvergoeding op voorhand uit te sluiten, zal dit deugdelijk moeten motiveren in de aanbestedingsstukken. Uit die motivering zal moeten blijken waarom de uitsluiting in het specifieke geval van de betreffende aanbesteding niet disproportioneel is. Hiervoor kan dus geen standaardtekst worden gebruikt.
 - Een aanbestedende dienst kan de aanspraak op een tenderkostenvergoeding wel beperken en omstandigheden benoemen waarbij inschrijvers aanspraak kunnen maken op een tenderkostenvergoeding (bijvoorbeeld: alleen bij intrekking na een in
- de aanbestedingsstukken gespecificeerde datum). Ook kan in de aanbestedingsstukken een maximum worden gesteld aan de hoogte van een eventuele tenderkostenvergoeding. Let wel: dergelijke beperkingen mogen niet disproportioneel zijn.
- Indien een aanbesteding kort voor de inschrijfdatum (of voor het sluiten van de overeenkomst) wordt ingetrokken, zal per geval moeten worden beoordeeld of een tenderkostenvergoeding gerechtvaardigd is. Houd daarbij rekening met de aard van de aanbesteding, de kosten die gemaakt zijn en de omstandigheden waaronder de intrekking heeft plaatsgevonden.
 - Vraag de inschrijver, wanneer een tenderkostenvergoeding op zijn plaats is, de gemaakte kosten inzichtelijk te maken. Beoordeel aan de hand daarvan welke kosten voor vergoeding in aanmerking komen.
 - Over de intrekking van een aanbesteding is al eerder een jurisprudentie alarm gepubliceerd, zie nr. 4 voor de voorwaarden waaronder intrekking mag plaatsvinden.

VOORKOM SCHIJN VAN VOORINGENOMENHEID BEOORDELINGS-COMMISSIE!



DE ZAAK

De gemeente Nissewaard heeft een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor het ontwerpen, leveren en plaatsen van een nieuw skatepark georganiseerd en nodigt twee aanbidders, Nine Yards en SkateOn, uit een offerte in te dienen. De offertes worden beoordeeld op een kwalitatief criterium: het Plan van Aanpak.

Volgens de offerteaanvraag wordt de beoordelingscommissie gevormd door drie medewerkers van de gemeente en drie gebruikers van het skatepark. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de beoordelingscommissie staat in deze zaak centraal. Tijdens de procedure wijst Nine Yards de gemeente per email namelijk op het feit dat:

- Een lid van het beoordelingsteam in het verleden heeft samengewerkt met SkateOn;
- Twee leden een liefdesrelatie hebben en de gemeente dit niet heeft gemeld.

Op verzoek van de gemeente gaat Nine Yards akkoord met een kleinere beoordelingscommissie van vijf personen. Uit de voorlopige gunningsbeslissing volgt dat de gemeente voornemens is de opdracht te gunnen aan SkateOn. Nine Yards is het hier niet mee eens en stapt naar de rechter. Naast de eerdere gronden draagt zij hiertoe het volgende aan:

- De commissie was onvoldoende deskundig, nu twee leden geen ervaring hebben met de realisatie van skateparken;
- De beoordeling heeft niet plaatsgevonden

conform het voorschrift in de offerteaanvraag, met name doordat:

- I. De beoordeling wordt uitgevoerd door een commissie van vijf in plaats van zes leden;
- II. Een lid de laatste 10 minuten van de presentatie van Nine Yards via Zoom niet heeft gevolgd.

De voorzieningenrechter volgt de gemeente deels in haar verweer waarin zij zich beroept op rechtsverwerking. Aangezien Nine Yards uitdrukkelijk heeft ingestemd met de voortzetting van de procedure met een kleinere beoordelingscommissie, kan zij hierover nu niet meer klagen.

De voorzieningenrechter is echter van mening dat de gemeente zich de overige bezwaren van Nine Yards onvoldoende heeft aangetrokken. De voorzieningenrechter benadrukt dat Nine Yards voor het einde van de procedure niet wist wie de beoordelaars waren en daarom geen bezwaren kon aandragen tegen de betrokken personen. Rechtsverwerking is daarom niet op deze grond van toepassing.

Het gedeeltelijk afhaken van een lid bij de presentatie van Nine Yards maakt dat niet alle commissieleden op basis van dezelfde informatie hebben beslist. Hiermee is de schijn gewekt dat de gemeente zich onvoldoende heeft ingespannen om de transparantie van de procedure te waarborgen en gelijke behandeling van alle inschrijvers te verzekeren. Dit is nog meer van belang nu de subgunningscriteria

uitsluitend kwalitatief zijn, waardoor (enige mate van) subjectiviteit inherent is aan de beoordeling. Hieruit volgt overigens niet dat de beoordeling zelf partijdig is geweest, maar wel dat de schijn hiervan is gewekt. Onder deze omstandigheden acht de voorzieningenrechter het juist dat een nieuwe beoordeling door een andere beoordelingscommissie plaatsvindt.

De rechter verbiedt de gemeente de opdracht op grond van de bekendgemaakte gunningsbeslissing te gunnen aan SkateOn en gebiedt de gemeente – voor zover zij nog tot gunning van de Opdracht wenst over te gaan – beide inschrijvingen opnieuw te laten beoordelen door een andere beoordelingscommissie.



JURIDISCH KADER

- In een meervoudig onderhandse procedure zoals hier aan de orde zijn het gelijkheidsbeginsel (artikel 1.8 Aw 2012) en het daarmee samenhangende transparantiebeginsel (artikel 1.9 Aw 2012) van toepassing. Uit deze beginselen volgen onder meer dat veel van de bepalingen die op Europese aanbestedingsprocedures van toepassing zijn, ook zo veel als mogelijk worden toegepast op procedures onder de Europese drempelbedragen. Dit geldt onder meer voor de bepalingen met betrekking tot de onafhankelijkheid van de beoordelingscommissie.
- Op grond van artikel 7.7.13 Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) moet een aanbesteder passende maatregelen nemen om fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten tijdens de aanbestedingsprocedure doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, om vervalsing van de mededinging te vermijden, de transparantie van de procedure te waarborgen en gelijke behandeling conform artikel 1.8 artikel van alle ondernemers te verzekeren.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Uit het Grossmann-arrest volgt dat een inschrijver zich proactief moet opstellen bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van een aanbestedingsprocedure. De inschrijver moet zijn bezwaren duidelijk naar voren brengen in een zo vroeg mogelijk stadium, zodat eventuele onregelmatigheden desgewenst kunnen worden gecorrigeerd met zo min mogelijk consequenties voor het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure. Wanneer een inschrijver dit niet (tijdig) doet, verwerkt hij zijn recht om zich alsnog op de betreffende onregelmatigheden te beroepen tijdens een op de aanbestedingsprocedure volgende rechtszaak. Dit heet 'rechtsverwerking'.
- Enkel tijdsverloop levert geen grond op voor het aannemen van rechtsverwerking. Voor rechtsverwerking is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan:
 - I. de inschrijver gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat er geen onrechtmatigheden zijn in de aanbestedingsprocedure en de schuldeiser (de inschrijver) zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken (Rechtbank Midden-Nederland); of
 - II. de schuldenaar (de aanbestedende dienst) onredelijk zal worden benadeeld of verzaamd als de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken (Rechtbank Overijssel).
- Enige mate van subjectiviteit bij beoordeling door een beoordelingscommissie kan niet worden voorkomen. Volgens het Gerechtshof Den Haag is het voldoende als de aanbestedende dienst maatregelen treft om de kans op schending van het gelijkheidsbeginsel te minimaliseren.
- De Rechtbank Midden-Nederland oordeelt dat het enkele feit dat personen zeer

betrokken zijn bij de aanbestedende dienst, nog wil niet zeggen dat zij daarmee deskundig zijn om inschrijvingen in een aanbestedingsprocedure te beoordelen. Dat ieder lid van de beoordelingscommissie een score heeft toegekend en dat deze scores vervolgens zijn gemiddeld, heelt het ontbreken van voldoende deskundigheid bij de beoordelingscommissie niet. Een dergelijke maatregel dient er alleen toe om de subjectiviteit die inherent is aan een beoordeling door deskundigen te objectiveren.

- Het Hof van Justitie zegt tot slot het volgende: Wanneer een afgewezen inschrijver

objectieve gegevens aanreikt op basis waarvan de onpartijdigheid van een deskundige van de aanbestedende dienst betwijfeld kan worden, dient de aanbestedende dienst alle relevante omstandigheden te onderzoeken die geleid hebben tot de vaststelling van het besluit tot gunnen van de opdracht. Dit met het doel om belangenconflicten te voorkomen, te herkennen en te beëindigen. Het uitvragen van informatie en bewijs bij inschrijvers kan onderdeel zijn van dit onderzoek.

TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Rechtsverwerking is niet van toepassing op een procedureel bezwaar na het moment van inschrijven, wanneer een inschrijver voorheen niet beschikte over bepaalde informatie of de aanbestedende dienst zelf de procedure wijzigt. Denk daarom goed na wat er wel en niet opgenomen moet worden in de aanbestedingsleidraad.
- Zorg als aanbestedende dienst dat op voorhand duidelijk is welke personen met welke deskundigheid worden toegevoegd aan de beoordelingscommissie. De samenstelling mag niet beïnvloed worden door marktpartijen.
- Onderzoek als aanbestedende dienst op voorhand of de beoordelaars individueel en de samenstelling als geheel de schijn zou kunnen wekken van vooringenomenheid.
- Voor beoordelaars moet het duidelijk zijn dat zij professioneel en onafhankelijk moeten handelen gedurende de aanbesteding. Hier hoort ook volledige aanwezigheid bij presentaties en consensusvergaderingen bij.

HET LATEN VERVALLEN VAN EEN GUNNINGSVOORWAARDE (BIJ UITZONDERING) TOEGESTAAN!



JURISPRUDENTIE
Editie 18



DE ZAAK

Doelgroepenvervoer Regio Arnhem-Nijmegen (een samenwerkingsverband van achttien gemeenten, hierna: DRAN) houdt een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor regionaal doelgroepenvervoer. De opdracht is opgedeeld in negen percelen (A t/m I). Iedere inschrijver kan in beginsel maximaal drie percelen gegund krijgen. Daarop geldt een uitzondering voor drie grotere percelen (E, H en I), die elk aan verschillende inschrijvers dienen te worden gegund. Daarbij is bepaald dat indien een inschrijver één van de drie grotere percelen krijgt gegund, die inschrijver nog maximaal één ander (kleiner) perceel gegund kan krijgen (dus in totaal maximaal twee in plaats van drie percelen). Er geldt dus een combinatiebeperking voor inschrijvers die één van de drie grotere percelen toebedeeld krijgen.

Voor perceel I zijn drie inschrijvingen ingediend, waarvan één ongeldig is verklaard. De combinatiebeperking blijkt in de weg te staan aan gunning van dit perceel aan de twee resterende inschrijvers, omdat deze inschrijvers de percelen E en H reeds toebedeeld hebben gekregen. DRAN besluit daarom de combinatiebeperking te

laten vervallen, zodat perceel I toch kan worden gegund aan de hoogst in rangorde geëindigde inschrijver. Een van de afgewezen inschrijvers maakt bezwaar tegen het laten vervallen van de combinatiebeperking teneinde een heraanbesteding af te dwingen.

De voorzieningenrechter constateert dat het vervallen van de combinatiebeperking neerkomt op een wijziging van een gunningsvoorwaarde in een lopende aanbestedingsprocedure. Dit is in beginsel niet geoorloofd. In dit specifieke geval is de wijziging echter niet in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. De afgewezen inschrijver heeft namelijk onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zonder de combinatiebeperking ook andere partijen op perceel I zouden hebben ingeschreven of inschrijvers een wezenlijk andere inschrijving zouden hebben gedaan. Er is volgens de voorzieningenrechter slechts een theoretische kans op ander inschrijfgedrag als de combinatiebeperking niet was gesteld. DRAN kan niet worden gedwongen tot heraanbesteding over te gaan op basis van enkel deze theoretische kans. De vorderingen worden afgewezen.



JURIDISCH KADER

- Een aanbestedende dienst heeft de mogelijkheid het aantal aan één inschrijver te gunnen percelen te beperken (artikel 2.10 lid 3 Aw 2012). In die situatie mag een inschrijver offertes indienen voor meerdere percelen,

maar mag een beperkt aantal percelen aan die inschrijver worden gegund (zelfs indien die inschrijver de meeste punten scoort op alle percelen). Een aanbestedende dienst kan goede redenen hebben om een dergelijke

beperking op te leggen, bijvoorbeeld om de concurrentie te bevorderen of om betrouwbare levering veilig te stellen.

- Indien een aanbestedende dienst een maximaal aantal percelen per inschrijver wil hanteren, moet hij dit expliciet in de aanbestedingsstukken vermelden. Daarbij moet hij aangeven welke objectieve en niet-discriminerende regels worden toegepast om te bepalen welke percelen worden gegund als een inschrijver de meeste punten krijgt op meerdere percelen (artikel 2.10 lid 4 Aw 2012).
- Een gunningsvoorwaarde mag in beginsel niet worden gewijzigd tijdens de aanbestedings-

procedure. Het transparantiebeginsel (artikel 1.9 Aw 2012) brengt immers met zich mee dat van te voren voor iedereen duidelijk moet zijn welke spelregels gehanteerd worden en de aanbestedende dienst dient die door hemzelf vastgestelde spelregels nauwgezet in acht te nemen.

- Alleen in uitzonderingsgevallen (zoals in deze zaak) is het toegestaan gunningsvoorwaarden te wijzigen gedurende de aanbestedingsprocedure. De aanbestedende dienst dient dan deugdelijk te onderbouwen waarom die wijziging niet in strijd is met de beginselen van het aanbestedingsrecht.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht vereisen dat gunningsvoorwaarden van overheidsopdrachten vanaf het begin van de aanbestedingsprocedure duidelijk worden omschreven (HvJEU Commissie/Frankrijk).
- Het wijzigen van gunningscriteria gedurende de aanbestedingsprocedure is in beginsel niet geoorloofd. Een transparante en objectieve gunningssystematiek vormt immers de belangrijkste waarborg voor een gelijke behandeling van de inschrijvers, doordat de keuzevrijheid van de aanbestedende dienst wordt beperkt tot de uitkomst van een vooraf bekendgemaakt beoordelingsproces (HvJEU Wienstrom / HvJEU Succhi di Frutta).
- De aanbestedende dienst mag tijdens de aanbestedingsprocedure niet de betekenis wijzigen van de belangrijkste voorwaarden van de opdracht – waaronder de gunningsvoorwaarden – waarop (potentiële) inschrijvers zich hebben gebaseerd om een offerte voor te bereiden of juist van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure af te zien (HvJEU Borta UAB / HvJEU Max Havelaar).



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Probeer als aanbestedende dienst te voorkomen dat gunningsvoorwaarden tijdens een aanbestedingsprocedure gewijzigd moeten worden. Maak, om dat te voorkomen, gebruik van deugdelijk omschreven escape-scenario's in de aanbestedingsdocumenten waarop je kunt terugvallen wanneer een gunningsvoorwaarde in de weg blijkt te staan aan gunning van (één of meer percelen van) een opdracht.
- Maak als afgewezen inschrijver aannemelijk (met concrete voorbeelden) dat een ander aantal (of andere) partijen ingeschreven zouden hebben en/of dat er inhoudelijk andere inschrijvingen zouden zijn gedaan, indien de wijziging van een gunningsvoorwaarde op voorhand bekend was geweest.



JURISPRUDENTIE
Editie 19

BOUWEN AAN SOCIAL RETURN: ZOLANG HET MAAR REËEL BLIJFT



DE ZAAK

De gemeente Westland is voor de tijdelijke inhuur van technisch personeel een Europese aanbestedingsprocedure gestart, met het doel een raamovereenkomst met drie leveranciers af te sluiten. Eén van de subgunningscriteria ziet op social return on investment (hierna: SROI); de inzet van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt bij de uitvoering van de opdracht. De gemeente gebruikt hiervoor een bouwblokkensysteem. Indien een inschrijver kiest om in te schrijven met een SROI-verplichting, schrijven de aanbestedingsstukken voor dat minimaal 5% van de waarde van de opdracht op basis van de bouwblokken moet worden ingevuld.

RPR, één van acht inschrijvers, eindigt op de vierde plek en valt daarmee buiten de boot. Uit de voorlopige gunningsbeslissing blijkt dat Maandag, één van de winnende inschrijvers, op SROI het maximale puntenaantal heeft gescoord. Zij heeft in haar inschrijving een inzet van 15% SROI aangeboden en heeft de haalbaarheid hiervan, op verzoek van de gemeente, schriftelijk onderbouwd. Mede door deze onderbouwing is de gemeente overtuigd dat de inschrijving

realistisch is. RPR is echter van mening dat de inschrijving van Maandag als irreëel terzijde had moeten worden gelegd en start daarom een kort geding.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag stelt vast dat de SROI-doelgroep kan worden ingezet voor werkzaamheden bij de gemeente en in het bedrijf van de opdrachtnemer. Voorwaarde hiervoor is dat de werkzaamheden die zij uitvoeren verband houden met de uitvoering van de raamovereenkomst of daaraan ondersteunend zijn. Maandag heeft gemotiveerd aangevoerd dat zij het personeel grotendeels binnen haar eigen bedrijf zal inzetten voor aan de raamovereenkomst gelieerde, ondersteunende werkzaamheden. Dat doet zij met inzet van een door haar, met het oog op de veel voorkomende uitvraag van SROI, ontwikkeld intern traineeship. Hiermee is volgens Maandag een SROI-verplichting van 15% haalbaar. Volgens de voorzieningenrechter heeft RPR dit niet voldoende weerlegd. De vorderingen van RPR worden daarom afgewezen.



JURIDISCH KADER

- Uitgangspunt is dat aanbestedende diensten mogen vertrouwen op de juistheid van de ontvangen inschrijvingen. Bij gerede twijfel daarover rust op hen een inspanningsverplichting om de juistheid van de ontvangen informatie te controleren (artikel 2.113a Aw 2012).
- Bij gunning op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding kunnen sociale, milieu- en innovatieve kenmerken onderdeel uitmaken van de kwalitatieve gunningscriteria (artikel 2.115 lid 2 sub e Aw 2012). Deze criteria mogen betrekking hebben op de te verrichten leveringen, werken of diensten, in alle

opzichten en in elk stadium van de levenscyclus daarvan (art. 2.115 lid 3 Aw 2012). Zelfs factoren die geen onderdeel uitmaken van de materiële basis van het voorwerp van de

opdracht, zoals de sociale omstandigheden van het personeel dat wordt ingezet bij de uitvoering, kunnen daarmee onderdeel van de gunningscriteria zijn.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Een aanbestedende dienst kan ervoor kiezen om via social return mensen uit de doelgroep “in het kader van de opdracht” ruimer in te (laten) zetten dan alleen binnen de aanbestede opdracht. Zij is dan wel verplicht – gezien de zorgplicht richting potentiële inschrijvers – om dit duidelijk in haar aanbestedingsdocumenten te vermelden, zo oordeelde de voorzieningenrechter van Amsterdam.
- Wanneer een SROI-percentage als minimum geldt en niet als een exact percentage, moet dit volgens de rechtbank Den Haag duidelijk worden opgenomen in de aanbestedingsdocumenten.

dingsstukken. In een dergelijk geval kan een inschrijving met een hoger percentage dan dit minimum niet worden uitgesloten van de beoordeling.

- Ook een SROI-percentage van 31%, in een aanbesteding met een minimum van 5%, hoeft niet irreëel te zijn. Het is aan de inschrijver om te onderbouwen hoe het percentage tot stand komt. Bij gerede twijfel heeft een aanbestedende dienst de plicht een onderzoek in te stellen, om het realiteitsgehalte van de inschrijving te verifiëren, aldus de rechtbank Midden-Nederland.

gemaakte kosten en de erkenning van certificaten of keurmerken. Bijvoorbeeld door een sociaal certificaat of keurmerk uit te vragen dat betrekking heeft op de bedrijfsvoering van de inschrijver, kunnen ondernemingen die voortdurend inzetten op maatschappelijk verantwoord ondernemen extra worden beloond. Daarbij is wel van belang dat alle

eisen en criteria in een aanbestedingsprocedure voldoende verband blijven houden met hetgeen wordt ingekocht. Een sociaal certificaat of keurmerk eisen zonder een verband te leggen met de personen die in de uitvoering van de opdracht werkzaam zijn, is niet zomaar mogelijk.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Neem in de aanbestedingsstukken duidelijk op welke randvoorwaarden gelden voor de inzet van SROI. Geldt er bijvoorbeeld een minimumpercentage voor de inzet en welke stukken moet inschrijvers overleggen? En is SROI een minimeis, gunningscriterium of bijzondere uitvoeringsvoorwaarde (of een combinatie hiervan)? Zo wordt de ruimte geboden voor innovatieve en vernieuwende ideeën, terwijl de minimale (beoordelings-) voorwaarden duidelijk zijn.

NB: beoordeel wel per opdracht of het opnemen van SROI-eisen proportioneel is (zie paragraaf 3.5.6 van de Gids Proportionaliteit).

- De uitvoering van een SROI-verplichting hoeft bij raamovereenkomsten niet beperkt te zijn tot de daaronder vallende nadere overeenkomsten: zo lang de uit te voeren werkzaamheden verband houden met het voorwerp van de opdracht en dit vooraf duidelijk kenbaar is gemaakt in de aanbestedingsdocumenten,

kan SROI ruim worden ingezet. Percentages voor de in te zetten waardes worden in een dergelijk geval berekend over de gehele waarde van de raamovereenkomst, in plaats van de individuele nadere overeenkomsten.

- Er zijn verschillende manieren waarop de inzet van SROI kan worden gemeten, waarvan de hier gebruikte bouwblokkenmethode er één is. Binnen deze methode wordt aan elke SROI-doelgroep een bepaalde waarde toegekend: het ‘bouwblok’. Deze waarde is een afspiegeling van de kosten die inschrijvers maken bij de inzet van een kandidaat uit de betreffende doelgroep. Inschrijvers zetten personen uit één of meer bouwblokken in bij de uitvoering van de opdracht, waarmee de opgetelde waarde die deze personen vertegenwoordigen moet voldoen aan de afgesproken waarde op SROI.
- Andere manieren om de inzet van SROI te meten zijn de afrekening van daadwerkelijk



JURISPRUDENTIE
Editie 20

ALCATELTERMIJN: GELDT VOOR ELK INDIVIDUEEL ARGUMENT TEGEN DE GUNNINGS- BESLISSING



DE ZAAK

De gemeente Haaren (hierna: de Gemeente) heeft een aanbestedingsprocedure gehouden voor een opdracht inzake de herinrichting van een straat. De werkzaamheden zien op groen-, grond- en bijkomende werkzaamheden. Het betreft een meervoudig onderhandse aanbesteding conform het ARW 2016; op de aanbestedingsprocedure is de Aanbestedingswet 2012 van toepassing.

Na bekendmaking van de gunningsbeslissing start een afgewezen inschrijver een kort geding omdat hij vindt dat hij op verschillende gunningscriteria te weinig punten heeft gekregen en daardoor de opdracht niet gegund heeft gekregen. Na het uitbrengen van de dagvaarding en het verstrijken van de Alcateltermijn voert de afgewezen inschrijver nog een aanvullend bezwaar aan met betrekking tot gunningscriterium 3 ('Duurzaamheid').

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af. Wat deze uitspraak interessant maakt is dat

de rechter daarbij voorbijgaat aan het bezwaar met betrekking tot gunningscriterium 3 ('Duurzaamheid'). Volgens de rechter kan dit bezwaar geen onderwerp zijn van de procedure, omdat dit pas ná het verstrijken van de Alcateltermijn (en daarmee: te laat) is aangevoerd.

Het komt vaker voor dat een klagende partij ter zitting een nieuw bezwaar aanvoert. Meestal wordt dat in strijd met de goede procesorde geacht en gaat de rechter daarom aan de inhoudelijke behandeling van zo'n bezwaar voorbij. In dit geval baseert de rechter zijn oordeel niet op de goede procesorde, maar op de Alcateltermijn. Hij hanteert de Alcateltermijn daarbij in feite als een vervaltermijn voor elk bezwaar afzonderlijk; bezwaren die na het verstrijken van de termijn aan de orde worden gesteld, neemt hij niet mee in zijn beoordeling van het geschil.

Uit de uitspraak blijkt niet dat de rechter deze strenge maatstaf ontleent aan de aanbestedingsstukken.



JURIDISCH KADER

- Een cruciaal onderdeel van de Aanbestedingswet 2012 wordt gevormd door de rechtsbeschermingsclausules, met name de artikelen 2.127, 2.130 en 2.131. Een aanbestedende dienst moet een opschortende termijn van ten minste twintig kalenderdagen in acht nemen voordat de beoogde overeenkomst wordt gesloten. Deze termijn gaat lopen op het moment dat de mededeling van

de gunningsbeslissing aan betrokken inschrijvers bekend is gemaakt. De mededeling bevat de relevante redenen voor de gunningsbeslissing, alsmede een nauwkeurige omschrijving van de opschortende termijn. Wordt binnen de Alcateltermijn geen kort geding gestart naar aanleiding van de gunningsbeslissing, dan mag de aanbestedende dienst de beoogde overeenkomst sluiten.

- Tijdens deze standstill-termijn (beter bekend als de Alcateltermijn) kan een afgewezen inschrijver zich aan de hand van (de motivering van) de gunningsbeslissing een goed beeld vormen van de redenen voor afwijzing van zijn inschrijving en – zo nodig – doeltreffend beroep instellen tegen de voorgenomen sluiting van de overeenkomst.
- Deze wettelijke opschortende termijn is in beginsel geen vervaltermijn. Een afgewezen inschrijver kan ook na het verstrijken van twintig dagen een kort geding aanhangig maken, maar loopt natuurlijk wel het risico dat de aanbestedende dienst de overeenkomst al gesloten heeft of sluit voordat de voorzieningenrechter een uitspraak heeft gedaan.
- Een aanbestedende dienst kan in een aanbestedingsprocedure overigens wel bepalen dat de Alcateltermijn een vervaltermijn is; dit dient dan duidelijk in de aanbestedingsstukken te zijn vastgelegd en ook in de afwijzingsbrief (nogmaals) kenbaar te worden gemaakt. De afgewezen inschrijver die dan toch na de Alcateltermijn een kort geding start, is niet-ontvankelijk.
- Volgens het ARW 2016 is bij een onderhandse aanbesteding het hanteren van een Alcateltermijn niet verplicht. Kennelijk heeft de aanbestedende dienst in de besproken zaak vrijwillig een Alcateltermijn gehanteerd.



RECHTERS AAN HET WOORD

- In het Alcatel-arrest bepaalde het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen dat de aanbestedende dienst verliezers van een aanbestedingsprocedure de gelegenheid moet bieden tegen een gunningsbeslissing beroep in te stellen. Voor Europese aanbestedingsprocedures is deze wettelijke opschortingstermijn inmiddels vastgelegd in artikel 2.127 e.v. Aw 2012.
- De wettelijke opschortingstermijn van twintig kalenderdagen (Alcateltermijn) is geen vervaltermijn, aldus het Gerechtshof Den Haag.
- Een aanbestedende dienst kan een contractuele vervaltermijn in de aanbestedingsstukken opnemen (minimaal zo lang als de Alcateltermijn), zo oordeelde de rechtbank Den Haag.
- Een afgewezen inschrijver kan niet volstaan met een dagvaarding waarin slechts 'bezwaar' wordt gemaakt tegen het gunningsvoornemen, zonder dat deze bezwaren inhoudelijk worden toegelicht. De aanbestedende dienst kan zijn verweer dan niet goed voorbereiden en de dagvaarding kan nietig worden verklaard, aldus de rechtbank Den Haag.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Formuleer als aanbestedende dienst de Alcateltermijn in de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk als een vervaltermijn (zie ook het JA! van 6 juli 2020). Geef in de afwijzingsbrief (nogmaals) aan dat het niet tijdig aanhangig maken van een kort geding leidt tot niet-ontvankelijkheid. Vermeld daarbij dat een eventuele dagvaarding tegen de gunningsbeslissing alle bezwaren moet bevatten.
- Zorg er als afgewezen inschrijver voor dat tijdig begonnen wordt met een eventuele dagvaarding tegen de gunningsbeslissing. Op die manier worden alle bezwaren tegen de gunningsbeslissing onderzocht en uitgewerkt en wordt voorkomen dat bepaalde bezwaren door de rechter niet inhoudelijk behandeld worden.
- Het Grossmann-verweer (rechtsverwerking) kwam eerder aan bod in een artikel van 8 november 2019.

GESCHIKT OF ONGESCHIKT. DE (ON) BEKWAAMHEID VAN EEN DERDE



DE ZAAK

Eind 2013 start de gemeente Utrecht een nationale openbare aanbestedingsprocedure voor de plaatsing, het beheer, het onderhoud en de exploitatie van reclamedisplays en reclameframes. De aanbesteding betreft een concessie waarbij een deel van de opbrengsten afgedragen wordt aan de gemeente. Om zijn geschiktheid aan te tonen moet de winnende inschrijver na voorlopige gunning per kerncompetentie een referentie opgeven waaruit blijkt dat hij over de geëiste kerncompetenties beschikt.

Zowel de eiseres in deze zaak als PromoBase Utrecht B.V. (hierna: PromoBase) schrijft in op de aanbesteding. De gemeente bericht eiseres dat zij op de tweede plaats is geëindigd en dat de gemeente voornemens is de opdracht te gunnen aan PromoBase. Eiseres maakt hiertegen bezwaar. Volgens eiseres had de inschrijving van PromoBase terzijde moeten worden gelegd, omdat PromoBase op het moment van het indienen van de inschrijving niet zelfstandig aan de geschiktheidseisen voldeed en bij inschrijving geen beroep deed op de bekwaamheid van een derde. De gemeente wijst het bezwaar van de hand en gaat een overeenkomst met PromoBase aan. Volgens de gemeente is dit mogelijk, omdat voor haar al duidelijk was dat PromoBase in werkelijkheid een beroep deed op de bekwaamheid van een zusterorganisatie. Het contract met PromoBase wordt na een tijd om (financiële) redenen ontbonden. Een daaropvolgende meervoudige onderhandse aanbesteding wordt gewonnen door Centercom. Eiseres eindigt weer als tweede in rangorde.

Door middel van Wob-verzoeken over de eerste aanbesteding verneemt eiseres in 2017 dat PromoBase na inschrijving referenties van een of meerdere zusterorganisaties heeft ingediend om haar geschiktheid aan te tonen. Hier was geen melding van gemaakt in de Eigen Verklaring. Eiseres stelt de gemeente aansprakelijk en dient een klacht in bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: de Commissie). Deze klacht wordt in een advies van de Commissie uit 2018 gegrond verklaard. De Commissie oordeelt dat PromoBase na inschrijving niet op een andere manier mocht aantonen hoe zij aan de geschiktheidseisen voldeed. Dit is namelijk geen eenvoudige precisering of het rechtzetten van een kennelijk materiële fout. Door PromoBase toe te staan na inschrijving alsnog een beroep te doen op haar zusterorganisaties heeft de gemeente onrechtmatig gehandeld jegens eiseres.

In een daaropvolgende rechtszaak in 2020 komt de rechter tot hetzelfde oordeel als de Commissie. PromoBase had in haar Eigen Verklaring gelijk al op moeten nemen dat zij een beroep deed op de geschiktheid van een van haar zusterorganisaties. De gemeente doet een beroep op rechtsverwerking. Dit beroep slaagt niet, omdat eiseres op basis van de antwoorden van de gemeente in 2014 niet over alle benodigde informatie beschikte. De Wob-verzoeken brachten hier verandering in. De rechter volgt het advies van de Commissie en stelt dat juist in de Eigen Verklaring terug had moeten komen dat een beroep werd gedaan op de bekwaamheid van de zustervenootschap van PromoBase. De

gemeente is aansprakelijk en eiseres mag een schadeoverzicht opstellen.



JURIDISCH KADER

- Artikel 2.93 Aw 2012 somt in een limitatieve lijst op hoe technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid aangetoond kan worden.
- In artikel 2.94 Aw 2012 is bepaald dat een ondernemer zich voor een bepaalde overheidsopdracht kan beroepen op de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van derden.
- Als een inschrijver een beroep doet op de technische bekwaamheid en/of draagkracht van andere entiteiten dient hij dit te vermelden in Deel II C van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument.
- Bij gerede twijfel over de geschiktheid van een inschrijver is de aanbestedende dienst, op grond van het transparantiebeginsel, gehouden om de geschiktheid te verifiëren. Dit kan bijvoorbeeld door de controle van de bewijsstukken op basis van artikel 2.101 en 2.102 Aw 2012.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Uit het arrest Holst Italia van het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ EU) volgt dat een aanbestedende dienst de inschakeling van onderaannemers niet mag verbieden, mits hij de onderaannemer(s) op geschiktheidseisen heeft kunnen beoordelen en de inschrijver daadwerkelijk kan beschikken over de referenties/ervaring of financiële middelen van die onderaannemer(s) (thans neergelegd in artikel 2.94, eerste lid, Aw 2012).
- In het arrest Manova oordeelde het HvJ EU dat een aanbestedende dienst een inschrijver na inschrijving mag verzoeken documenten t.b.v. de economische en technische kwalificaties te overleggen waarin diens situatie wordt beschreven, op basis waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn. Dit is echter niet toegestaan als de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk voorschrijven dat die documenten op straffe van uitsluiting bij inschrijving moeten worden overgelegd.
- Een aanbestedende dienst dient toe te laten dat onderaannemers – mits voldoende ervaren en mits die ervaring voldoende vooraf wordt aangetoond – door de inschrijver bij de uitvoering van de opdracht worden ingeschakeld. Een aanbestedende dienst mag in dat geval wel verlangen dat zij vooraf in kennis wordt gesteld om welke onderaannemers dat dan gaat en over welke ervaring deze beschikken, aldus het Hof 's-Hertogenbosch.
- Een aanbestedende dienst moet kunnen controleren met wie zij (indirect) een overeenkomst sluit en moet op basis van de inschrijvingsstukken de integriteit en geschiktheid van haar contractspartners kunnen toetsen. Deze gegevens mogen niet na het moment van inschrijven nog aangevuld of hersteld worden, volgens de rechtbank Amsterdam. Het gaat namelijk niet om een kennelijke omissie of een materiële fout.
- De aanbestedende dienst dient op grond van artikel 2.56 Aw 2012 het door haar uitgevoerde onderzoek of een inschrijving voldoet zorgvuldig te documenteren, aldus de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Uitgangspunt is dat aanbestedende diensten mogen vertrouwen op de juistheid van de ontvangen inschrijvingen. Bij gerede twijfel daarover rust op hen een inspanningsverplichting om de juistheid van de ontvangen informatie te controleren (artikel 2.113a Aw 2012).
- Bij gunning op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding kunnen sociale, milieu- en innovatieve kenmerken onderdeel uitmaken van de kwalitatieve gunningscriteria (artikel 2.115 lid 2 sub e Aw 2012). Deze criteria mogen betrekking hebben op de te verrichten leveringen, werken of diensten, in alle



OVERTREDING VAN CONTACTVERBOD NA GUNNINGSVOORNEMEN TOEGESTAAN?



DE ZAAK

De gemeente Leiden houdt begin 2020 een meervoudig onderhandse aanbesteding inzake het slopen en bouwrijp maken van een bouwlocatie. Het is inschrijvers, op straffe van uitsluiting, niet toegestaan over de aanbestedingsprocedure contact op te nemen met andere medewerkers van de aanbestedende dienst dan de in de leidraad genoemde contactpersonen.

Eiseres eindigt als tweede in de ranking. Ten onrechte, meent de directeur van eiseres. Hij stuurt daarom een e-mailbericht naar een wethouder van de gemeente met de mededeling dat hij teleurgesteld is in de uitslag en daarover wil praten. De gemeente besluit eiseres om die reden uit te sluiten van de aanbesteding, onder verwijzing naar het contactverbod uit de leidraad. Eiseres stuurt, naar aanleiding van haar uitsluiting, ook een brief naar het college van

burgemeester en wethouders van de gemeente. Ook start zij een kort geding.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de gemeente geen gegronde reden had om eiseres uit te sluiten van (verdere deelname aan) de aanbesteding. De leidraad bevat weliswaar een contactverbod dat eiseres heeft overtreden, maar dat contactverbod is (mede) opgesteld om te voorkomen dat oneerlijk wordt geconcurrereerd met andere inschrijvers. Volgens de voorzieningenrechter valt niet in te zien dat oneerlijke concurrentie heeft plaatsgevonden, omdat op het moment dat eiseres het contactverbod overtrad de gunningsbeslissing al genomen was. De voorzieningenrechter gaat vervolgens in op de inhoudelijke bezwaren van eiseres en wijst de vorderingen van eiseres op grond daarvan af.



JURIDISCH KADER

- Artikel 2.52a Aanbestedingswet 2012 geeft aan dat de communicatie tussen de aanbestedende dienst en de deelnemers in beginsel elektronisch plaatsvindt.
- Een toelichting op de aanbestedingsstukken vindt plaats door het stellen van vragen en geven van antwoorden (artikel 2.53 lid 1 Aw 2012).
- Alleen niet essentiële elementen worden mondeling besproken. Wanneer er mondeling wordt gecommuniceerd moet dit op papier vastgelegd worden (artikel 2.52b Aw 2012).
- Aanbestedende diensten geven aan deze artikelen vaak nader invulling door in de aanbestedingsstukken een bepaling op te nemen die inschrijvers verplicht om communicatie slechts via de verantwoordelijk inkoper te laten verlopen en die tevens voorschrijft dat een inschrijver die toch op een andere manier probeert contact op te nemen met de aanbestedende dienst wordt uitgesloten.

De beginselen van transparantie en gelijke behandeling liggen hieraan ten grondslag. Deelnemers moeten dezelfde informatie ontvangen op hetzelfde moment zodat zij evenveel tijd hebben om deze informatie mee te nemen in hun aanbieding.

- Het proportionaliteitsbeginsel brengt met zich mee dat een aanbestedende dienst, in de overweging om een inschrijver uit te sluiten vanwege het overtreden van het contactverbod, de proportionaliteit van deze maatregel moet overwegen.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Uit de Manova-zaak van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat een aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht dient te nemen.
- Uitsluiting bij contact met de aanbestedende dienst vóór bekendmaking van de gunningsbeslissing is proportioneel, oordeelt de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag. Zeker wanneer er telefonisch contact wordt opgenomen met een lid van het beoordelingsteam. In een andere zaak achtte de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag uitsluiting eveneens proportioneel, omdat een inschrijver een paar dagen voor sluiting van de inschrijvingstermijn contact opnam met de aanbestedende dienst, in strijd met het contactverbod.
- Als het gaat om de proportionaliteit van uitsluiting heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er geen ruimte meer is voor een proportionaliteitstoets wanneer de aanbestedingsstukken expliciet bepalen dat uitsluiting plaatsvindt, zonder dat de beslissing tot uitsluiting op evenredigheid wordt getoetst.
- In een uitspraak van voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant werd geoordeeld dat een inschrijver die na de bekendmaking van de gunningsbeslissing telefonisch contact zocht met de gemeente, wél terecht was uitgesloten.
- Ook in een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg werd een als tweede geëindigde inschrijver die ongeoorloofd contact zocht met de aanbestedende dienst na bekendmaking van de gunningsbeslissing wél uitgesloten van de aanbesteding in een herziene gunningsbeslissing (zie de JA! van 6 juli 2020).



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Deze uitspraak laat zien dat in de rechtspraak wisselend wordt geoordeeld over schendingen van het contactverbod, zelfs wanneer de aanbestedingsstukken expliciet bepalen dat overtreding van het contactverbod zal leiden tot uitsluiting.
- Voor aanbestedende diensten wordt een beslissing om een inschrijver al dan niet uit te sluiten vanwege schending van het contactverbod er door deze zaak niet makkelijker op. Om dergelijke afwegingen te vergemakkelijken zou een aanbestedende dienst een contactverbod in de aanbestedingsstukken nog concreter kunnen maken door ook te vermelden tot wanneer het contactverbod blijft gelden (bijvoorbeeld totdat de opdracht is gegund).
- Voor inschrijvers is de boodschap simpel: houd je aan het contactverbod, ook na bekendmaking van het gunningsvoornemen.



JURISPRUDENTIE
Editie 23

MEERDERE REFERENTIES PER KERNCOMPETENTIE TOEGESTAAN?



DE ZAAK

De Belastingdienst heeft een Europese openbare aanbesteding gepubliceerd voor online veilingen voor Rijksgoederen en in beslag genomen goederen. In het Beschrijvend Document staat alleen dat inschrijvers minimaal één referentie per kerncompetentie moeten overleggen en dat met minder kan worden volstaan als één referentie voor meerdere kerncompetenties kan worden gebruikt.

Drie partijen schrijven in op de aanbesteding: Wilsons, OVM en BVA. Nadat de Belastingdienst meedeelt dat zij voornemens is de opdracht te gunnen aan OVM, maakt Wilsons bezwaar. OVM heeft namelijk meerdere referenties gecombineerd om één kerncompetentie aan te tonen, waarmee zij volgens Wilsons in strijd met het Beschrijvend Document heeft gehandeld. De betreffende kerncompetentie moest volgens Wilsons namelijk worden aangetoond met één referentieopdracht. Nu OVM dit niet heeft gedaan, had diens inschrijving als ongeldig terzijde moeten worden gelegd. De Belasting-

dienst gaat hier niet in mee. Wilsons start daarom een kort geding.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag is het niet met Wilsons eens. Uit de manier waarop de referentie-eisen in het Beschrijvend Document zijn geformuleerd, leidt de rechter af dat inschrijvers per kerncompetentie meerdere referenties mochten overleggen én dat deze referenties bij elkaar konden worden opgeteld. Gezien de formulering in het Beschrijvend Document, had Wilsons als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver ook moeten weten dat het mogelijk was om meerdere referenties in te dienen voor één kerncompetentie. De uitleg die Wilsons geeft aan de referentie-eisen vormt een onnodige en daarmee disproportionele beperking van het aantal inschrijvers op de aanbesteding.

De voorzieningenrechter wijst al het door Wilsons gevorderde af.



JURIDISCH KADER

- Kerncompetenties zijn de competenties van een gegadigde of inschrijver die de aanbesteder van essentieel belang acht voor de correcte uitvoering van de opdracht. Deze kunnen worden vertaald in geschiktheidseisen (artikel 2.90 Aw 2012).
- Geschiktheidseisen hebben betrekking op de

financiële en economische draagkracht, de technische of beroepsbekwaamheid en/of de beroepsbevoegdheid van een gegadigde of inschrijver (artikel 2.90 lid 2 Aw 2012).

- Het proportionaliteitsbeginsel brengt met zich mee dat alleen geschiktheidseisen worden gesteld die verband houden met en in

redelijke verhouding staan tot de uit te voeren opdracht (artikel 2.90 lid 8 Aw 2012). Dit wordt in de Gids Proportionaliteit verder ingevuld in de voorschriften 3.5B tot en met 3.5G.

- Voorschrift 3.5F van de Gids Proportionaliteit stelt dat de aanbestedende dienst voor het toetsen van technische en beroepsbekwaamheid kerncompetenties vast moet stellen die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht.
- De meest gebruikte methode voor het controleren of aan de kerncompetenties wordt voldaan, is het uitvragen van referenties van projecten die naar aard en omvang vergelijkbaar zijn met het onderwerp van de aanbesteding (artikel 2.93 lid 1 sub a en b en

lid 3 Aw 2012). Hierbij hanteert de wet een maximale terugkijktermijn van 5 jaar voor werken en 3 jaar voor leveringen en diensten.

- Voorschrift 3.5G van de Gids Proportionaliteit voegt hieraan toe dat een aanbestedende dienst maximaal één referentie per benoemde kerncompetentie mag vragen. Ook dient de omvang van de gevraagde referentie te worden beperkt tot maximaal 60% van de waarde van de uitgevraagde opdracht.
- Afwijken van de voorschriften in de Gids Proportionaliteit is toegestaan wanneer de aanbestedende dienst dit goed motiveert (artikelen 1.10 lid 4, 1.13 lid 4 en 1.16 lid 4 Aw 2012).

- Voor inschrijvers is de boodschap simpel: houd je aan het contactverbod, ook na bekendmaking van het gunningsvoornemen.
- Voor aanbestedende diensten wordt een beslissing om een inschrijver al dan niet uit te sluiten vanwege schending van het contactverbod er door deze zaak niet makkelijker

op. Om dergelijke afwegingen te vergemakkelijken zou een aanbestedende dienst een contactverbod in de aanbestedingsstukken nog concreter kunnen maken door ook te vermelden tot wanneer het contactverbod blijft gelden (bijvoorbeeld totdat de opdracht is gegund).



RECHTERS AAN HET WOORD

- Uit vaste rechtspraak blijkt dat geschiktheidseisen en referentie-eisen worden uitgelegd conform de zogenaamde cao-norm: de bewoording van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, is in beginsel van doorslaggevende betekenis. Het komt daarbij aan op de betekenis die – naar objectieve maatstaven – volgt uit de bewoordingen die in de aanbestedingsstukken zijn gehanteerd. De bedoelingen van de aanbestedende dienst zijn slechts relevant voor zover die bedoelingen uit de aanbestedingsstukken blijken. Zie bijvoorbeeld de rechtbank Gelderland in een recente uitspraak of, wat verder terug in de tijd, de rechtbank Rotterdam.
- Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak Esaprojekt verzetten de (oude) richtlijnbevestigingen over kerncompetenties en het beginsel van gelijke behandeling zich er niet tegen dat een inschrijver een beroep

doet op twee of meer referenties alsof het één opdracht is. De aanbestedende dienst kan deze mogelijkheid echter uitsluiten wanneer dit noodzakelijk is op grond van het voorwerp en de doelstellingen van de betreffende overheidsopdracht.

- In het arrest Succhi di Frutta formuleerde het Hof van Justitie van de Europese Unie een vergelijkbare norm: het transparantiebeginsel impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure in de aanbestedingsstukken op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze worden geformuleerd, zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren en de aanbestedende dienst kan nagaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de gestelde eisen.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Deze uitspraak laat zien dat in de rechtspraak wisselend wordt geoordeeld over schendingen van het contactverbod, zelfs wanneer

de aanbestedingsstukken expliciet bepalen dat overtreding van het contactverbod zal leiden tot uitsluiting.



HERBEOORDELING ALLEEN WANNEER DE INSCHRIJVER DAAR BELANG BIJ HEEFT?



DE ZAAK

Rijkswaterstaat houdt een Europese aanbestedingsprocedure volgens de concurrentiegerichte dialoog voor een opdracht tot het meerjarig in stand houden van, monitoren van en informeren over de toestand van een areaal. De opdracht wordt – volgens de methodiek ‘gunnen op waarde’ – gegund aan de inschrijver met de laagste fictieve inschrijfsom. Een combinatie van inschrijvers (hierna: de Combinatie) eindigt als tweede in de ranking. De Combinatie vindt dat Rijkswaterstaat op een aantal onderdelen de beoordelingssystematiek heeft verlaten dan wel een aantoonbaar onjuiste beoordeling heeft uitgevoerd en start een kort geding.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de beoordeling op drie subgunningscriteria onbegrijpelijk is en onjuistheden bevat. De

voorzieningenrechter volgt het betoog van de Combinatie dat Rijkswaterstaat haar beoordeling heeft gebaseerd op een verkeerde lezing van de inschrijving van de Combinatie. Dat betekent volgens de rechter dat er in beginsel een herbeoordeling van de inschrijving van de Combinatie op deze drie onderdelen moet volgen.

Het is wel de vraag of de Combinatie belang heeft bij herbeoordeling, aangezien het verschil in punten met de winnende inschrijving groot is. Om die reden wordt Rijkswaterstaat in de gelegenheid gesteld voorafgaand aan de herbeoordeling aan te tonen dat zelfs de maximale score op de opnieuw te beoordelen gunningscriteria niet leidt tot de fictief laagste inschrijvingssom. Als Rijkswaterstaat dit kan aantonen, hoeft geen herbeoordeling plaats te vinden.



JURIDISCH KADER

- Een aanbestedende dienst beoordeelt de ontvangen inschrijvingen op basis van de in de aankondiging van de overheidsopdracht of in de aanbestedingsstukken bepaalde gunningscriteria (artikel 2:112 lid 1 Aw2012). De aanbestedende dienst moet zich houden aan de vooraf geformuleerde regels over de beoordeling van inschrijvingen.
- De aanbestedende dienst toetst de inschrijvingen aan de door hem in de aanbestedingsstukken gestelde normen, functionele eisen en eisen aan de prestatie (artikel 2:113 Aw2012).
- Wanneer de beoordeling evidente onjuistheden bevat of onbegrijpelijk is, kan een rechter oordelen dat de aanbestedende dienst tot herbeoordeling moet overgaan. De herbeoordeling kan zien op de gehele inschrijving of op onderdelen daarvan.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Uit het Succhi di Frutta arrest volgt dat alle voorwaarden van de aanbesteding in de aankondiging of de aanbestedingsstukken op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze moeten worden geformuleerd.
- De beoordelingscommissie van de aanbestedende dienst komt een ruime mate van vrijheid toe bij de beoordeling van inschrijvingen. Het Hof Den Haag benadrukt dat de rechter een beperkte toetsingsvrijheid heeft wanneer het aankomt op de beoordeling van een (kwalitatief) criterium.
- Een aanbestedende dienst hoeft niet tot herbeoordeling over te gaan, als dat niet een hogere score voor de inschrijver tot gevolg heeft, zo oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Als aanbestedende dienst moet je de punten-toekenning deugdelijk motiveren. Zorg dat de motivering van de beoordeling begrijpelijk is en laat die motivering toetsen door iemand die niet bij de beoordeling betrokken was.
- Toon (cijfermatig) aan dat een (gedeeltelijke) herbeoordeling niet leidt tot een verandering in de rangorde van de inschrijvingen. Rechters zullen dit meenemen in hun uitspraak. In deze zaak werd geoordeeld dat de aanbestedende dienst niet tot (gedeeltelijke) herbeoordeling hoeft over te gaan wanneer al op voorhand vaststaat dat de rangorde daardoor niet wijzigt. Dat scheelt veel werk.



43

uitspraken gingen over
GWW-aanbestedingen

Ook in de sector
Gebouwen en gebouw-
gerelateerde installaties
en het
Sociaal domein
werd veel geprocedeerd



159

uitspraken in het
aanbestedingsrecht



14

uitspraken zijn door
het Hof van Justitie EU
gepubliceerd



52

keer werd over de
uitsluitingsgronden
geprocedeerd

Ook de
Verificatie van inschrijvingen
en de
Beoordeling van
gunningscriteria
kwamen vaak aan bod
in de rechtszaal



80%

van de rechtszaken werd gewonnen
door de aanbestedende
dienst



25%

van de rechtszaken speelde zich
af in de Rechtbank Den Haag

JURISPRUDENTIEREGISTER

Editie 1

- Rechtbank Gelderland, 27 december 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5011
- Hoge Raad, 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233
- Gerechtshof Den Haag, 12 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549
- Rechtbank Amsterdam, 13 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4206
- Commissie van Aanbestedingsexperts, 28 november 2019, advies 551
- Commissie van Aanbestedingsexperts, 11 maart 2016, advies 209
- Commissie van Aanbestedingsexperts, 27 mei 2016, advies 244
- Commissie van Aanbestedingsexperts, 7 februari 2017, advies 280
- Commissie van Aanbestedingsexperts, 9 december 2016, advies 326
- Commissie van Aanbestedingsexperts, 21 juni 2017, advies 389

Editie 2

- Rechtbank Gelderland, 16 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2019:5871
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 4 mei 2017, C-387/14
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 10 oktober 2013, C 336/12
- Gerechtshof Amsterdam, 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2019:2695
- Gerechtshof Den Haag, 11 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:553
- Hoge Raad, 25 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1630
- Gerechtshof Den Haag, 16 september 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2429
- Rechtbank Gelderland, 17 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3280

Editie 3

- Rechtbank Gelderland, 16 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2019:5858
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 19 juni 2008, C-454/06
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 13 april 2010, C 91/08

Editie 4

- Rechtbank Midden-Nederland, 7 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:285
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 11 december 2014, C 440/13
- Rechtbank 's-Gravenhage, 6 augustus 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD9379
- Rechtbank Rotterdam, 21 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8025
- Rechtbank Midden-Nederland, 3 februari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2017:280
- Rechtbank Gelderland, 28 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1324

Editie 5

- Rechtbank Den Haag, 27 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1650
- Rechtbank Groningen, 2 november 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BY2168
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 10 oktober 2013, C 336/12
- Rechtbank Oost-Brabant, 3 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:5710
- Hoge Raad, 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1096

Editie 6

- Rechtbank Rotterdam, 16 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2253
- Gerechtshof Amsterdam, 12 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3924
- Rechtbank Overijssel, 5 maart 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:744
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 12 maart 2015, C 538/13
- Rechtbank Gelderland, 4 juni 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2449

- Rechtbank Midden-Nederland, 5 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2380

Editie 7

- Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 27 maart 2020, ECLI:NL:RBZWB:2019:6246
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 29 april 2004, C-496/99 P
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 10 oktober 2013, C 336/12
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 29 maart 2012, C-599/10
- Gerechtshof Den Haag, 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1588
- Rechtbank Oost-Brabant, 17 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:166
- Rechtbank Den Haag, 25 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7599
- Rechtbank Zwolle-Lelystad, 15 juli 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BD7207

Editie 8

- Rechtbank Den Haag, 13 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2788
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 29 april 2004, C-496/99 P
- Rechtbank Limburg, 9 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:3763
- Rechtbank Midden-Nederland, 12 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:939
- Gerechtshof Amsterdam, 21 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3398

Editie 9

- Hoge Raad, 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:802
- Rechtbank Gelderland, 2 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:375
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 7 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:151
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 10 oktober 2013, C 336/12
- Hoge Raad, 6 juli 2018, ECLI:NL:PHR:2018:422

Editie 10

- Gerechtshof Den Haag, 20 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:851
- Rechtbank Den Haag, 7 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2019:14608
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 19 mei 2009, C-538/07
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 13 december 2012, C-465/11
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 14 december 2016, C-171-15
- Gerechtshof Den Haag, 6 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816
- Rechtbank Gelderland, 26 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4947

Editie 11

- Rechtbank Oost-Brabant, 18 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2612
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 22 september 1988, zaak 45/87
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 22 juni 1993, C-243/89
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 24 januari 1995, C-359/93
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 8 juni 2017, C-296/15
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 28 oktober 1999, C-55/98
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 12 juli 2018, C-14/17
- Commissie van Aanbestedingsexperts, 27 februari 2018, advies 424

Editie 12

- Rechtbank Limburg, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:3886
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 28 oktober 1999, C-81/98
- Rechtbank Noord-Nederland, 30 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5503
- Commissie van Aanbestedingsexperts, 22 juli 2016, advies 292
- Rechtbank Midden-Nederland, 4 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3152
- Commissie van Aanbestedingsexperts, 20 februari 2017, advies 389
- Commissie van Aanbestedingsexperts, 6 april 2017, advies 405
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 16 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:127

Editie 13

- Rechtbank Rotterdam, 12 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5150
- Gerechtshof Amsterdam, 12 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3924
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 12 maart 2015, C-538/13
- Rechtbank Overijssel, 5 maart 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:744
- Rechtbank Gelderland, 4 juni 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2449
- Rechtbank Midden-Nederland, 5 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2380
- Rechtbank Rotterdam, 16 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2253

Editie 14

- Hof van Justitie van de Europese Unie, 4 juni 2020, C-429/19
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 9 juni 2009, C-480/06
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 19 december 2012, C-159/11
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 13 juni 2013, C-386/11
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 28 mei 2020, C-796/18

Editie 15

- Gerechtshof Den Haag, 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120
- Rechtbank Den Haag, 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 1 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 2 juni 2016, C-410/14
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 1 maart 2018, C-9/17

Editie 16

- Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 29 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2408
- Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 17 december 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:6884
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 21 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5117
- Rechtbank Den Haag, 18 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12401
- Rechtbank Amsterdam, 28 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ5795

Editie 17

- Rechtbank Rotterdam, 23 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6518
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 12 februari 2004, C-230/02
- Rechtbank Midden-Nederland, 28 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1299
- Rechtbank Overijssel, 11 april 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1240
- Gerechtshof Den Haag, 15 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2675
- Rechtbank Midden-Nederland, 27 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3579
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 12 maart 2015, C-538/13

Editie 18

- Rechtbank Gelderland, 10 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1630
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 10 december 2009, C-299/08
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 4 december 2003, C-448/01
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 29 april 2004, C-496/99
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 5 april 2017, C-298/15
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 10 mei 2012, C-368/10

Editie 19

- Rechtbank Den Haag, 10 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:8682
- Rechtbank Amsterdam, 10 januari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV0510
- Rechtbank Den Haag, 9 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6399
- Rechtbank Midden-Nederland, 3 augustus 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2580

Editie 20

- Rechtbank Oost-Brabant, 17 september 2020, ECLI:NL:RBOBR:4375
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 28 oktober 1999, C-81/98
- Gerechtshof 's-Gravenhage, 17 januari 2013, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY8708
- Rechtbank Den Haag, 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11523
- Rechtbank Den Haag, 4 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3007

Editie 21

- Commissie van Aanbestedingsexperts, 11 oktober 2018, Advies 465
- Rechtbank Midden-Nederland, 18 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3919
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 2 december 1999, C-176/98
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 10 oktober 2013, C-336/12
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 9 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:939
- Rechtbank Amsterdam, 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5548
- Rechtbank Midden-Nederland, 5 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2380

Editie 22

- Rechtbank Den Haag, 29 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10055
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 10 oktober 2013, C-336/12
- Rechtbank Den Haag, 5 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9125
- Rechtbank Den Haag, 22 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5384
- Hoge Raad, 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1096
- Rechtbank Oost-Brabant, 3 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:5710
- Rechtbank Limburg, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:3886

Editie 23

- Rechtbank Den Haag, 22 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10349
- Rechtbank Gelderland, 19 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2406
- Rechtbank Rotterdam, 24 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1204
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 4 mei 2017, C-387/14
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 29 april 2004, C-496/99

Editie 24

- Rechtbank Den Haag, 12 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11408
- Hof van Justitie van de Europese Unie, 29 april 2004, C-496/99
- Gerechtshof Den Haag, 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:823
- Rechtbank Den Haag, 29 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10053

OM TE ONTHOUDEN

Lined area for notes on page 80.

Lined area for notes on page 81.



EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

VANDOORNE[⊕]

