



Maak kennis met  
**Actualiteiten**  
**Aanbestedingsrecht**  
**2016**

**Dirkzwager**  
advocaten & notarissen



# Voorwoord

Op de kennispagina Aanbesteding, Mededinging en Staatssteun van Dirkwager worden jaarlijks vele artikelen gepubliceerd. Niet alleen om u op de hoogte te houden van de actualiteit van de dag, maar ook voor ons eigen plezier.

In het kader van de jaarlijkse lezing Actualiteiten Aanbestedingsrecht hebben wij besloten om de artikelen over aanbestedingsrecht te bundelen. In dit e-book zijn alle inhoudelijke artikelen over aanbestedingsrecht opgenomen die vanaf januari 2015 tot en met februari 2016 zijn gepubliceerd op onze kennispagina.

De artikelen, vaak een korte samenvatting van een uitspraak, zijn onderverdeeld in overkoepelende onderwerpen. Er wordt ingegaan op de vraag wanneer een inschrijving ongeldig is, maar ook op de ontwikkeling van de nieuwe regelgeving. Met dit e-book heeft u (voor het eerst) een snel leesbaar overzicht van allerlei aanbestedingsrechtelijke artikelen. Ieder artikel is kort en bondig geschreven en ieder onderwerp is direct toepasbaar in uw eigen praktijk.

Wij wensen u veel leesplezier.

Het Dirkwager aanbestedingsteam,

*Tony van Wijk, Sjaak van der Heul, Joris Bax en Frank Cornelissen*

# Inhoud

Voorwoord	3
<b>Geschiktheidseisen</b>	<b>7</b>
Beroep op derden – Een overzicht van de rechtspraak	11
Kun je met nog lopende meerjarige opdracht voor groenonderhoud voldoen aan eis dat de referentieopdracht moet zijn opgeleverd?	14
<b>Ongeldige inschrijvingen – herstel van gebreken</b>	<b>17</b>
Algemene grondslag voldoende voor ongeldigheid inschrijving	19
Alternatief voor certificaat niet toegestaan bij niet-Europese aanbesteding	21
Eisen PvE geen minimumeisen door akkoordverklaring	23
Handtekeningperikelen: wie mag wat ondertekenen	26
Niet-volgen gewijzigde inschrijvingswijze leidt tot ongeldigheid inschrijving	29
Niet-tijdig uploaden documenten is risico inschrijver	31
Foutief ingevulde social return toch niet herstellen	33
'Gebrekkige' model K verklaring toch geldig	35
<b>Uitsluiting van inschrijvers</b>	<b>37</b>
Algemene uitsluiting vanwege ernstige fout niet toegestaan	39
Wel of geen uitsluiting als uitsluitingsgrond van toepassing is?!	40
<b>(Eenheids)prijzen</b>	<b>43</b>
Onvolledige Eenheidsprijzen - Inschrijving Ongeldig	46
Wijziging stelposten maakt inschrijving ongeldig	48
Wat zijn reële en marktconforme prijzen?	49
<b>Beoordeling van inschrijvingen</b>	<b>51</b>
Ervaring en kwalificaties ook als gunningscriterium	53
Aanbesteder mag uitgaan van juistheid inschrijving	58
Alternatieven niet meenemen bij beoordeling	59
<b>Onrechtmatige aanbestedingsprocedure</b>	<b>61</b>
Aanbesteding ondeugdelijk als loting op voorhand vaststaat	63
Gezamenlijk aanbesteden en het clusterverbod	65
Clusterverbod: ondeugdelijke motivering - onrechtmatige aanbesteding	67
Raamovereenkomst voor onbepaalde tijd onrechtmatig	70
Social return-eis bij leveringen in beginsel niet proportioneel	73
Aanbestedingsprocedure onrechtmatig, geen rechtsgevolgen	75
<b>Na de aanbesteding</b>	<b>79</b>
Schadevergoeding na wezenlijke wijziging	81
Intrekken en heraanbesteden: waar moet je op letten?	83
Terugkomen op gunningsvoornemen toegestaan?	85
Verschuiving opleverdatum geen wezenlijke wijziging	88

Na definitieve gunning kan een inschrijver niet alsnog zijn eigen algemene voorwaarden laten prevaleren	90
<b>Procederen over aanbestedingen</b>	<b>91</b>
Kort geding tegen de gunningsbeslissing - verplichting tot interventie?	93
Meerdere aanbestedende diensten? Dan kan een inschrijver ze slechts tezamen aanspreken	95
Artikel 4.15 Aanbestedingswet niet limitatief	97
<b>Uitzonderingen op de aanbestedingsplicht</b>	<b>101</b>
Besluitvorming voor het uitsluitend recht	103
Onderhandse gunning leerlingenvervoer vanwege dwingende spoed	105
Wanprestatie rechtvaardigt onderhandelingsprocedure zonder aankondiging	107
<b>Wetsvoorstel wijziging aanbestedingswet</b>	<b>109</b>
Aanbestedingspaspoort gepubliceerd	111
Voorstel wijziging aanbestedingswet ingediend in Tweede Kamer	112
Resultaten evaluatie aanbestedingswet gepubliceerd	113
Concept wetsvoorstel aanbestedingswet gepubliceerd	116
<b>Private aanbestedingen</b>	<b>119</b>
Onredelijk korte termijn CZ Zorgkantoor om statuten aan te passen tijdens zorginkoopprocedure Wlz	121
Afwijzen op grond van vooraf niet kenbare criteria	128
NZa reguleert zorginkoop door zorgverzekeraars	130
CZ Zorgverzekeraar geen aanbestedende dienst	131
Private aanbesteding: zijn de aanbestedingsbeginselen nog wel van toepassing?	133
<b>Staatssteun en gebiedsontwikkeling</b>	<b>137</b>
De Europese Commissie is om: Leidschendam-Voorburg heeft geen staatssteun verleend	139
Projectontwikkeling en staatssteun: wie betaalt de toegangswegen?	142
Financiële bijdrage van de gemeente in projectontwikkeling geen staatssteun, wel onrechtmatig	145
Aankoopgarantie niet in strijd met staatssteunregels	148
Informatieverzoek over staatssteun van Hof 's-Hertogenbosch aan Europese Commissie	151
Verkoop van grond: openbare verkoop levert niet noodzakelijkerwijs een marktconforme prijs op	154
Staatssteun en onteigening: de casus Harlingen	157
Commissie paste de MEIP-test niet goed toe in de zaak Leidschendam	161
Het Dirkzwager aanbestedingsteam	167



# Geschiktheidseisen





# Beroep op referenties van failliete derde

**Kan een inschrijver voldaan aan de geschiktheidseisen met referenties van een failliete derde? In de jurisprudentie is aanvaard dat dat onder omstandigheden mogelijk is. De Haagse voorzieningenrechter oordeelt in een recent gepubliceerd vonnis dat de inschrijver niet over de noodzakelijke middelen van de derde beschikt als de inschrijver slechts het onderhanden werk, de goodwill en een aantal personeelsleden overneemt van de failliete derde.**

Voor een beroep op referenties van een failliete derde is volgens eerdere rechtspraak noodzakelijk dat de inschrijver ten minste de gehele (failliete) onderneming heeft overgenomen. Wat de betreffende inschrijver in de onderhavige zaak heeft gedaan, het uitsluitend overnemen van goodwill en een beperkt aantal personeelsleden, is onvoldoende voor een succesvol beroep op de referenties.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de inschrijver met deze handelswijze niet beschikt over de noodzakelijke middelen van de derde. Praktisch gezien is het dus voor een succesvol beroep op de referenties van een failliete derde noodzakelijk dat de hele onderneming wordt overgenomen. Het uitsluitend overnemen van onderhanden werk, de goodwill en een aantal werknemers is dus onvoldoende. De voorzieningenrechter oordeelt ook nog dat de inschrijver in het onderhavige geval onjuiste en onvolledige informatie heeft verstrekt over de referentie. De inschrijver deed het namelijk voorkomen alsof de referenties van haarzelf waren en niet van een derde. Dat alleen lijkt voldoende te zijn om de inschrijving ongeldig te verklaren.

## **Geen herstel mogelijk**

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter hoefde de aanbestedende dienst ook geen mogelijkheid tot herstel te bieden. In het onderhavige geval is geen sprake van een kennelijk materieel gebrek dat op eenvoudige wijze kan worden hersteld.

**Doorstartende inschrijver**

In het hier besproken vonnis was de inschrijver een doorstart van de failliete derde op wiens ervaring de inschrijver een beroep deed. Wil een doorgestarte inschrijver dus een beroep kunnen doen op de ervaring van de failliete (rechts) voorganger, dan is het eigenlijk noodzakelijk dat alle activa van de failliete (rechts) voorganger worden overgenomen.

Joris Bax

# Beroep op derden – Een overzicht van de rechtspraak

Om aan (onder andere) de geschiktheidseisen te voldoen, kunnen inschrijvers een beroep doen op derden. Dit is bestendige rechtspraak sinds het Siemens-arrest van het Europees Hof van Justitie. In een Poolse zaak zijn echter prejudiciële vragen gesteld aan het Hof over dit beroep op derden. AG Jääskinen geeft in zijn conclusie in deze zaak een mooi overzicht van de belangrijkste uitgangspunten bij dit onderwerp.

## Beroep op derden – uitgangspunten

Volgens de AG gelden voor een beroep op derden de volgende uitgangspunten die voortvloeien uit de Europese jurisprudentie:

- In beginsel is een beroep op de capaciteiten van andere entiteiten te allen tijde mogelijk.
- De middelen van de derde waarop een beroep wordt gedaan, moet de inschrijver feitelijk tot zijn beschikking hebben.
- De juridische banden tussen de inschrijver en de derde zijn niet relevant.
- Het is aan de inschrijver om te bewijzen dat hij daadwerkelijk kan beschikken over de middelen van de derde.
- Het is aan de aanbestedende dienst om de geschiktheid van de inschrijver te beoordelen en zich ervan te verzekeren dat de inschrijver in staat is de opdracht uit te voeren.

## Daadwerkelijke inzet van derden verplicht?

In zijn conclusie gaat de AG verder nog in op de vraag of de derde waarop een beroep wordt gedaan, daadwerkelijk moet worden ingezet bij de uitvoering van de opdracht, of dat het mogelijk is dat die derde bij de uitvoering van de opdracht zijn feitelijke kennis en ervaring overdraagt aan de inschrijver door advisering en raadpleging.

In de Nederlandse jurisprudentie geldt sinds een vonnis uit 2009 het vaste uitgangspunt dat een derde waarop een beroep wordt gedaan, daadwerkelijk moet worden ingezet bij de uitvoering van de opdracht (bij de onderdelen waarvoor een beroep wordt gedaan op die derde). De AG lijkt van dit uitgangspunt af te wijken en overweegt dat “er eenvoudig scenario's voor te stellen [zijn; auteur] waarin de uitvoering van een opdracht een betrokkenheid van zo hoog technisch niveau vereist dat deze moet worden uitgevoerd door de derde

die in voorkomend geval over de ingeroepen deskundigheid beschikt in plaats van door de inschrijver zelf op basis van advisering en raadpleging van de zijde van de derde.”

De AG onderscheidt dus twee scenario's:

- Opdrachten met een hoog technisch niveau (waarvoor inbreng van de deskundigheid van de derde noodzakelijk is); in dit scenario mag een aanbestedende dienst dus voorschrijven dat de derde op wie een beroep wordt gedaan feitelijk wordt ingezet;
- Alle andere opdrachten (die niet een hoog technisch niveau hebben); in dit scenario zou de inschrijver de opdracht zelf kunnen uitvoeren met advisering en raadpleging door de derde, zonder dat de derde daadwerkelijk (een deel van) de opdracht uitvoert.

Welke van de twee scenario's van toepassing is, is volgens de AG afhankelijk van de aard van de opdracht en de behoefte waarin moet worden voorzien. In ieder geval staat volgens de AG niet vast dat in alle gevallen de inschrijver die een beroep doet op een derde verplicht is die derde daadwerkelijk in te zetten bij de uitvoering van de opdracht.

Of deze overweging juist is, zal het Hof in diens arrest moet bepalen. Ik meen echter dat het niet daadwerkelijk inzetten van een derde waarop een beroep wordt gedaan, mogelijk strijdig is met het gelijkheidsbeginsel. Er wordt immers toegestaan dat een inschrijver die geëiste ervaring zelf niet heeft, toch zelfstandig de opdracht uitvoert. Daardoor wordt het beroep op een derde dus slechts een formaliteit.

### **Uitleg Aanbestedingswet met de nieuwe richtlijn**

In de praktijk wordt vaak de vraag gesteld of de nieuwe aanbestedingsrichtlijn gebruikt kan worden om onduidelijkheden in de oude uit te leggen. Uitgangspunt is volgens de AG dat de nieuwe richtlijn 2014/24/EU “geen verklaring kan bieden voor de bedoelingen van richtlijn 2004/18”.

De AG overweegt echter wel dat als in de nieuwe richtlijn bestaande jurisprudentie wordt gecodificeerd, er geen beletsel is om met de nieuwe richtlijn de ‘oude’ regelgeving uit te leggen. Dit geldt ook als in de nieuwe richtlijn onvoorwaardelijk voorschriften en vereisten zijn opgenomen (die afwijken van de oude richtlijn en) die bedoeld zijn “om de bestaande wetgeving en rechtspraak niet te onderbreken, maar juist te harmoniseren”.

Voor de praktijk duidelijke overwegingen waaruit blijkt wat we momenteel aan de nieuwe richtlijnen hebben voordat die in Nederland is geïmplementeerd. Momenteel ligt bij de Raad van State een wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijnen. De verwachting is dat dit in het najaar aan de Tweede Kamer zal worden voorgelegd.

Overigens betreft het voorgaande nog slechts een conclusie van de Advocaat-Generaal en nog geen definitief oordeel van het Hof van Justitie EU. In de praktijk wordt een advies wel vaak gevolgd door het Hof.

Joris Bax

# Kun je met nog lopende meerjarige opdracht voor groenonderhoud voldoen aan eis dat de referentieopdracht moet zijn opgeleverd?

**Op 16 januari 2015 heeft de rechtbank Oost-Brabant een interessant vonnis gewezen in een kort geding procedure op het gebied van het aanbestedingsrecht. In de procedure stond de vraag centraal of een inschrijver met een nog lopende meerjarige opdracht voor groenonderhoud kan voldoen aan de eis dat de referentieopdracht moet zijn opgeleverd. De rechtbank oordeelde dat dat het geval is.**

## **Feiten**

Op 17 september 2014 heeft de gemeente Vught de aanbesteding van de opdracht "Groenonderhoud gemeente Vught" aangekondigd in het bestek "Mechanisch onderhoud 2015 t/m 2017". Gunning van de opdracht geschiedt op basis van de economisch meest voordelige inschrijving. Eiseres 1, 2 en 3 hebben zich tijdig ingeschreven op de aanbesteding. Bij brief van 5 november 2014 heeft de gemeente aan eiseres 1 en 2, die een combinatie vormen, laten weten dat zij als tweede zijn geëindigd en de gemeente voornemens is de opdracht te gunnen aan eiseres 3. Eiseres 1 en 2 (hierna: de combinatie) hebben bezwaar aangetekend tegen dit besluit. Nadat de gemeente heeft laten weten haar standpunt te handhaven, heeft de combinatie een kort geding aangespannen.

## **Uitspraak**

De combinatie vorderde primair de gemeente te verbieden de opdracht "Groenonderhoud gemeente Vught" te gunnen aan eiseres 3 en de gemeente te gebieden de opdracht te gunnen aan de combinatie. De combinatie legde aan haar vordering onder meer ten grondslag dat eiseres 3 niet voldoet aan de in het bestek gestelde eisen, omdat eiseres 3 met haar referentiewerk "Wijkonderhoud 2012-2014 te Arnhem" niet heeft voldaan aan de eis dat de referentiewerken uitgevoerd en opgeleverd dienen te zijn. Deze eis komt er, volgens de combinatie, op neer dat werken afgerond/voltooid dienen te zijn. Dit is, zo meent de combinatie, in casu niet het geval, aangezien het een meerjarig onderhoudsbestek betreft dat volgens het bestek op 31 december 2014 is afgerond en daarmee op die datum kan als opgeleverd worden beschouwd. Ten tijde van de inschrijving

van eiseres 3 op 15 oktober 2014 was het referentiewerk derhalve nog niet opgeleverd.

De rechtbank volgde de combinatie niet in deze stelling. De voorzieningenrechter oordeelde namelijk dat oplevering van werk in het onderhavige geval niet moet worden uitgelegd in strikte zin. Bij het referentieproject Arnhem worden jaarlijks de hoeveelheden van de te onderhouden bomen, gazons etc. bepaald en wordt jaarlijks een aannemersbeoordeling over het door eiseres 3 verrichte werk door de gemeente Arnhem opgesteld. In deze beoordeling heeft de gemeente verklaard dat eiseres 3 in de periode van 1 januari 2013 tot en met 31 december 2013 het werk naar behoren en op een vakkundige wijze heeft uitgevoerd. Hieruit blijkt, volgens de voorzieningenrechter, dat de gemeente het opgenomen werk heeft goedgekeurd. Daarmee is, zo oordeelde de rechter, voldoende aannemelijk geworden dat er sprake is van opleveren van een opdracht in de zin van het bestek "Groenonderhoud gemeente Vught". Het werk kan dus als referentieproject worden aanvaard en eiseres 3 heeft derhalve aan de in het bestek genoemde (ervarings/geschiktheids)eisen voldaan. De gemeente heeft, volgens de voorzieningenrechter, dan ook terecht het voornemen kenbaar gemaakt de opdracht te gunnen aan eiseres 3.

### **Conclusie**

Uit de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant blijkt dat een inschrijver met een nog lopende meerjarige opdracht voor groenonderhoud kan voldoen aan de eis dat de referentieopdracht moet zijn opgeleverd. In dit geval is sprake van oplevering omdat de gemeente het werk over een bepaalde periode, blijkens de jaarlijkse aannemersbeoordeling, heeft goedgekeurd. De eis dat een referentiewerk opgeleverd moet zijn, brengt dus niet per definitie met zich mee dat het werk voltooid moet zijn.

Tony van Wijk





Ongeldige  
inschrijvingen –  
herstel van gebreken



# Algemene grondslag voldoende voor ongeldigheid inschrijving

Het alsnog indienen van de bijlage waarin de inschrijver zich conformeert aan de minimumeisen is een wezenlijke wijziging van de inschrijving. De bijlage betreft immers de kern van de inschrijving. De Limburgse voorzieningenrechter oordeelt dat er daarom geen sprake is van een klaarblijkelijke eenvoudige precisering en de inschrijving ongeldig is.

## Ontbrekende bijlage

De gemeente heeft een aanbesteding gehouden voor leerlingenvervoer. Bij de inschrijving moest Bijlage IIIA worden gevoegd, waarin inschrijvers zich akkoord verklaren met de door de gemeente gestelde eisen.

DVG heeft Bijlage IIIA niet bijgevoegd en haar inschrijving is ongeldig verklaard. Zij stelt in kort geding dat er sprake is van een klein gebrek dat zich voor eenvoudig herstel leent. Volgens DVG is het ontbreken van de bijlage in de aanbestedingsdocumenten niet uitdrukkelijk met ongeldigheid gesanctioneerd.

## Ongeldigheid houdt stand – geen eenvoudig te herstellen gebrek

De voorzieningenrechter constateert dat in de aanbestedingsdocumenten op meerdere plekken is opgenomen dat de inschrijving in overeenstemming met alle eisen moet worden ingediend. Daaraan is stevast de sanctie van ongeldigheid gekoppeld. Een van de eisen is dat Bijlage IIIA (de lijst met eisen) volledig ingevuld moet zijn ingediend. De sanctie is volgens de voorzieningenrechter voldoende bepaald. Bijlage IIIA moeten inschrijvers bevestigen dat voldoen aan de gestelde eisen.

DVG meent dat door het indienen van de bijlage, de inschrijving niet inhoudelijk wijzigt. Zij stelt dat zij al met de eisen heeft ingestemd door een inschrijving in te dienen. Deze redenering wordt niet gevolgd door de voorzieningenrechter. Vaststaat dat Bijlage IIIA het hart van de aanbieding betreft. Er wordt immers mee gecontroleerd op welke wijze het leerlingenvervoer wordt uitgevoerd. Nu de bijlage ontbreekt, kan de gemeente die controle niet eens uitvoeren. Omdat het hier een wezenlijk onderdeel van de inschrijving betreft, is het alsnog laten indienen van de bijlage geen eenvoudige precisering of herstel van een kennelijke fout. Herstel is dus niet toegestaan.

### **Commentaar**

Het oordeel van de voorzieningenrechter lijkt mij in deze situatie het meest juiste. Opvallend is wel dat de ongeldigheid is gebaseerd op een algemene ongeldigheidsgrondslag. Aangenomen werd dat een dergelijke algemene grondslag onvoldoende was voor ongeldigheid van de inschrijving. Daar denkt de Limburgse voorzieningenrechter dus anders over. De ongeldigheid van de inschrijving kan dus ook gebaseerd worden op bijvoorbeeld artikel 2.22.1 of 7.16.1 ARW (een inschrijving die niet voldoet aan de eisen is ongeldig). Het lijkt dus niet strikt noodzakelijk om aan iedere afzonderlijke eis de sanctie van ongeldigheid te verbinden. Overigens wordt dat wel aangeraden om onduidelijkheden te vermijden.

Joris Bax

# Alternatief voor certificaat niet toegestaan bij niet-Europese aanbesteding

**Recent heeft de Haagse kort gedingrechter geoordeeld dat bij een (onderdrempelige) meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure het niet is toegestaan om gelijkwaardige maatregelen te accepteren indien uitsluitend een certificaat is voorgeschreven. Het uitgangspunt dat gelijkwaardige maatregelen moeten worden geaccepteerd geldt alleen ingeval van een (bovendrempelige) Europese aanbesteding.**

## **Meervoudig onderhandse procedure met eis VCA\*\***

Hoogheemraadschap van Rijnland heeft een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure gehouden met betrekking tot baggerwerkzaamheden. Het gunningscriterium is laagste prijs. Op de aanbestedingsprocedure is het ARW 2012 van toepassing verklaard. Als geschiktheidseis is onder meer gesteld dat de inschrijver moet beschikken over “een geldig kwaliteitscertificaat, opgesteld door een onafhankelijke instantie, VCA\*\* of vergelijkbaar”.

## **Geen VCA\*\* maar vergelijkbare maatregelen**

De laagste inschrijver, Kamer, heeft geen VCA\*\*-certificaat (twee sterren). Wel heeft zij een VCA\*-certificaat (een ster) en een verklaring van een adviesbureau dat het bedrijf zou voldoen aan de eisen met betrekking tot VCA\*\*. Het Hoogheemraadschap accepteert dit. De nummer twee van de aanbesteding maakt bezwaar en start een kort geding. Met succes.

## **“Of gelijkwaardig” geldt niet bij meervoudig onderhands**

De kort gedingrechter geeft de bezwaarmaker gelijk. Dat gelijkwaardige maatregelen moeten worden geaccepteerd is in de Aanbestedingswet en het ARW alleen voorgeschreven bij (bovendrempelige) Europese aanbestedingen. Er is volgens de rechter geen algemeen uitgangspunt dat altijd alternatieven moeten of mogen worden geaccepteerd. Nu het Hoogheemraadschap in het aanbestedingsdocument geen gelijkwaardige maatregelen heeft toegestaan, mag zij die niet accepteren.

## **Conclusie**

Bij een meervoudig onderhandse aanbesteding mogen gelijkwaardige maatregelen in plaats van een voorgeschreven certificaat niet worden geaccepteerd als die ruimte niet expliciet is geboden in de aanbestedingsstukken. Een aanbestedende dienst is overigens wel verplicht om bij iedere aanbesteding proportionele voorwaarden te hanteren (artikel 1.10 Aanbestedingswet). Als het niet accepteren van gelijkwaardige maatregelen in een concreet geval disproportioneel zou zijn, zijn er wel mogelijkheden voor een gegadigde om vóór inschrijving (door middel van een kort geding) af te dwingen dat gelijkwaardige maatregelen alsnog worden toegelaten.

Tony van Wijk

# Eisen PvE geen minimumeisen door akkoordverklaring

Aanbestedende diensten eisen geregeld van inschrijvers dat zij zich akkoord verklaren met een programma van eisen (“PvE”). Zonder een dergelijke akkoordverklaring is een inschrijving volgens de aanbestedingsstukken veelal ongeldig of wordt de inschrijver uitgesloten. De Utrechtse voorzieningenrechter bepaalde onlangs dat een dergelijke knock-outeis nog niet meebrengt dat ook op het niet-voldoen aan individuele eisen uit het PvE de sanctie ongeldigheid (uitsluiting) staat.

## Minimum en uitvoeringseisen

Aan een inschrijving worden twee verschillende soorten eisen gesteld: minimumeisen en uitvoeringseisen. Aan een minimumeis – ook wel “knock-outeis” of “knock-outcriterium” – dient een inschrijving op straffe van ongeldigheid te voldoen. Een inschrijving die niet aan een dergelijke eis voldoet, moet door de aanbestedende dienst in beginsel worden afgewezen, tenzij de inschrijver een herstelmogelijkheid toekomt. In de praktijk wordt voor deze situatie ook wel gebruikgemaakt van de onzuivere uitdrukking “uitsluiting van de inschrijver”.

Een uitvoeringseis daarentegen is een voorwaarde waaraan de inschrijver pas bij uitvoering van de aanbestede opdracht – dus na gunning – moet voldoen. Daarom hoeft de inschrijver in beginsel niet al bij inschrijving daaraan te voldoen. Voor ongeldigverklaring van de inschrijving is pas plaats wanneer reeds ten tijde van de gunning vaststaat dat de inschrijver aan die eis tijdens uitvoering niet zal kunnen voldoen.

Voorzieningenrechter: akkoordverklaring PvE geeft technische eis geen knock-outkarakter

In een aanbesteding van kantoormeubilair bevatte een PvE de volgende eis:

*“3.12 Technische eisen kantinestoelen*

*(...)*

*3.12.4 De stoel heeft een afmeting van de zitting van B 450 mm x D 430 mm en een rugleuning H 370 mm. De afmetingen mogen maximaal -2% en +5% afwijken van de opgegeven maten.”*

Inschrijvers dienden zich met het PvE akkoord te verklaren, op straffe van "uitsluiting", zoals volgt uit (onder meer) de volgende passages uit de aanbestedingsstukken:

*"De gestelde Minimumeisen gelden als knock-out criteria. Het hierna [bedoeld zal zijn: hieraan, FJJC] niet voldoen leidt – in beginsel – tot uitsluiting van verdere beoordeling." "(...) Minimumeisen Deelnemer dient te verklaren dat zij voldoet aan het Programma van Eisen (...)"*

In deze aanbestedingsprocedure zijn inschrijvers uitgenodigd om een proefopstelling te plaatsen. De inschrijver waaraan de opdracht voorlopig was gegund, had daartoe kantinestoelen geleverd met boven de zitting een leegte ter hoogte van circa 185 mm en daarboven een rugleuning van circa 200 mm. De in rangorde tweede inschrijver maakte bezwaar tegen de gunning. Aan de orde kwam de vraag of de technische eis 3.12.4 een minimumeis of een uitvoeringseis betrof. De voorzieningenrechter overwoog dat de aanbestedingsstukken zo moesten worden uitgelegd dat slechts de akkoordverklaring zelf een minimumeis was, en niet de technische eisen uit het PvE:

*"4.4. (...)*

*Uit (...) het beschrijvend document blijkt dat de toetsing van (...) de minimumeisen de akkoordverklaring Programma van Eisen betreft en niet tevens de afzonderlijke eisen die in het Programma van Eisen zijn opgenomen en die volgens de definitie (...) de specificaties ten aanzien van het uitvoeren van de overeenkomst betreffen. Dit betekent dat technische eis 3.12.4 een uitvoeringseis is en geen minimumeis die tot uitsluiting leidt."*

Kortom, de minimumeis van akkoordverklaring met een PvE maakt de technische eisen nog niet tot minimumeisen. Het zijn uitvoeringseisen die immers zien op de uitvoering van de opdracht.

Dan blijft over de mogelijkheid dat ten tijde van het gunningsvoornemen al vaststond dat de inschrijver aan de technische eis bij uitvoering niet zou kunnen voldoen. Dat zou alsnog tot ongeldigheid van de inschrijving leiden. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat van die omstandigheid geen sprake is. De eis "rugleuning H 370 mm" moet naar zijn oordeel namelijk zo worden uitgelegd dat de hoogte van de rugleuning gemeten vanaf het zitgedeelte 370 mm moet zijn. De eis ziet dus niet uitsluitend op de lengte van de fysieke rugleuning zelf. De hoogte van de rugleuning van de winnende inschrijver vanaf het zitvlak



(totaal: circa 385 mm) bleef dus binnen de toegestane bandbreedte. Aan de eis was voldaan, zodat voor deze zaak ook de aard van die eis (minimumeis of uitvoeringeis) strikt genomen niet meer relevant was.

### **Commentaar**

De hier behandelde uitspraak is relevant bij het opstellen van aanbestedingsdocumenten en bij de beoordeling van inschrijvingen. Een aanbestedende dienst die op grond van technische eisen een inschrijving ongeldig wil kunnen verklaren, zal die sanctie in de aanbestedingsstukken expliciet aan die individuele eisen moeten verbinden.

Voor een inschrijver wiens inschrijving ongeldig is verklaard vanwege strijd met een technische eis, biedt deze uitspraak wellicht een uitkomst. Mogelijk is immers alleen de akkoordverklaring op straffe van ongeldigheid geëist, en niet de eis zelf. Onder omstandigheden kan de inschrijver dan met succes tegen de ongeldigheid opkomen.

Frank Cornelissen

# Handtekeningperikelen: wie mag wat ondertekenen

Sinds de invoering van de Aanbestedingswet 2012 lijken de zogenaamde handtekeningperikelen uit de wereld (van de rechtspraak) te zijn. In de praktijk blijkt echter dat de Aanbestedingswet het juist lastiger heeft gemaakt om een documenten te ondertekenen. In dit artikel wordt daarom ingegaan op de vraag wie de belangrijkste documenten bij een inschrijving mag ondertekenen: de inschrijving of aanbiedingsbrief, de Uniforme Eigen Verklaring en de Model K-Verklaring.

## De inschrijving of aanbiedingsbrief

De inschrijving kwalificeert juridisch als een aanbod van de inschrijver aan de aanbestedende dienst om een overeenkomst te sluiten. Het aanbod wordt namens de inschrijving gedaan en de inschrijver moet er dus (juridisch) aan gehouden kunnen worden. De inschrijving moet daarom worden ondertekend door een persoon die bevoegd is de inschrijver rechtsgeldig te vertegenwoordigen/ binden. Het ligt daarom voor de hand ligt om bijvoorbeeld een bestuurder of manager de inschrijving te laten ondertekenen.

Juridisch is het in ieder geval niet relevant welke functie de ondertekenaar heeft. Iedere medewerker van de inschrijver mag de inschrijving ondertekenen, zolang de vertegenwoordigingsbevoegdheid maar kan worden aangetoond. Dat kan blijken uit het handelsregister, de statuten of een volmacht. Bij een volmacht is wel van belang dat de volmachtgever bevoegd is de volmacht te verstrekken. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de volmachtgever moet zo nodig worden aangetoond. Als het een beperkte volmacht is, dus tot een bepaald bedrag, dan moet de volmachtgever vertegenwoordigingsbevoegd zijn voor het gehele bedrag. Als de volmachtgever niet bevoegd is, dan is de volmacht niet rechtsgeldig en wordt de inschrijving alsnog gebrekkig ondertekend.

## De Uniforme Eigen Verklaring

Op grond van artikel 2.85, lid 1 Aw zijn aanbestedende diensten verplicht de Uniforme Eigen Verklaring (UEV) te gebruiken. In de UEV verstrekken inschrijvers zakelijke gegevens over de onderneming, verklaren zij dat geen van de uitsluitingsgronden van toepassing zijn en dat zij voldoen aan de geschiktheidseisen.

De UEV zoals die met de Aanbestedingswet is ingevoerd, stelt echter een belangrijke eis aan de ondertekening ervan. In randnummer 9.3 van de UEV voor de klassieke sectoren en 7.3 van de UEV voor de speciale sectoren is vermeld dat de UEV

*“is ondertekend door een daartoe, blijkens het handelsregister, (...) vertegenwoordigingsbevoegde.”*  
(onderstreping, auteur)

Daaronder volgt in een toelichtende blok:

*“Vertegenwoordigingsbevoegd houdt in dat de persoon of de personen die de Eigen Verklaring ondertekenen in het handelsregister moeten zijn ingeschreven als vertegenwoordigingsbevoegde personen van de onderneming. Wanneer in het handelsregister is opgenomen dat twee of meer personen slechts gezamenlijk vertegenwoordigingsbevoegd zijn, zal de Eigen Verklaring ook door die twee of meer personen ondertekend moeten worden. (...)”*  
(onderstreping, auteur)

De UEV mag dus uitsluitend worden ondertekend door personen die blijkens het handelsregister bevoegd zijn de inschrijver te vertegenwoordigen. Dat zijn in ieder geval de bestuurders. Gevolmachtigen mogen de UEV ook ondertekenen, als de volmacht is ingeschreven in het handelsregister. Als personen uitsluitend gezamenlijk bevoegd zijn, moeten die personen allemaal de UEV ondertekenen.

Het niet-rechtsgeldig ondertekend zijn van UEV, zal waarschijnlijk tot ongeldigheid van de inschrijving leiden. Een mogelijkheid tot herstel wordt niet uitdrukkelijk in de Aanbestedingswet geboden. In het ARW 2012 is die mogelijkheid wel benoemd. Zo is bijvoorbeeld in artikel 2.12.7 ARW 2012 vermeld dat als de Eigen Verklaring een gebrek bevat, dat de aanbestedende dienst de inschrijver in de gelegenheid stelt dit gebrek in uiterlijk 2 werkdagen te herstellen.

Hoewel met de invoering van de UEV de verplichtingen omtrent de ondertekening strenger zijn geworden, is die wel verduidelijkt. In de UEV is immers uitdrukkelijk vermeld wie die mag ondertekenen. Inschrijvers en aanbestedende diensten doen er dan ook goed aan de ondertekening zorgvuldig te controleren.

De UEV biedt overigens de mogelijkheid die elektronisch te ondertekenen. Dat is echter pas mogelijk als de aanbestedende dienst ofwel geen eisen stelt aan de vorm van de ondertekening, ofwel uitdrukkelijk heeft verklaard dat de

elektronische ondertekening is toegestaan. Het elektronisch ondertekenen is niet toegestaan als een zogenaamde 'natte' handtekening is geëist. Bij invoering van de nieuwe aanbestedingsregels in uiterlijk april 2016, zal aan die praktijk waarschijnlijk een einde komen. Inschrijvingen moeten dan namelijk geheel digitaal worden ingediend.

### **De Model K-verklaring**

In (bijvoorbeeld) artikel 2.22.3 ARW 2012 is vermeld dat de Model K-verklaring uitsluitend hoeft te worden ingediend als de aanbesteder dat heeft voorgeschreven. Als in het bestek is voorgeschreven dat de Model K-verklaring moet worden ingediend, dient rechtsgeldig te zijn ondertekend door een vertegenwoordigingsbevoegde persoon. In de toelichting bij het ARW 2012 is uitdrukkelijk vermeld dat de K-verklaring door het hoogste management moet zijn ondertekend. Dit is in de vaste jurisprudentie bevestigd.

Uitgangspunt is dus dat de K-verklaring door de (hoogste) bestuurder(s) moet zijn ondertekend. Andere vormen van ondertekening zullen zeer waarschijnlijk tot ongeldigheid van de inschrijving leiden. Voor ondertekening van de K-verklaring is een volmacht in ieder geval niet toegestaan.

Ook voor de K-verklaring geldt dat als bestuurders slechts gezamenlijk bevoegd zijn, die personen ook gezamenlijk moeten ondertekenen. Als een bestuurder slechts bevoegd is tot een bepaald bedrag, dan mag die persoon de K-verklaring niet zelfstandig ondertekenen als de waarde van de inschrijving dat bedrag overschrijdt. Ingeval in combinatie wordt ingeschreven, moet iedere afzonderlijke combinant een eigen, rechtsgeldig ondertekende, Model K-verklaring indienen.

Joris Bax

# Niet-volgen gewijzigde inschrijvingswijze leidt tot ongeldigheid inschrijving

**Een aanbestedende dienst kan de voorgeschreven inschrijvingswijze aanpassen in een Nota van Inlichtingen. Inschrijvers moeten dan deze nieuwe wijze volgen. Inschrijven zoals voorgeschreven in een op dit punt achterhaalde leidraad, levert dan een ongeldige inschrijving op. De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland overweegt namelijk dat toelating van een dergelijke inschrijving in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.**

In een aanbesteding van de provincie Utrecht, schrijft de aanbestedingsleidraad een digitale inschrijving via Tenderned voor. Hierover oordeelde de Brabantse voorzieningenrechter onlangs nog dat inschrijvers tijdig dienen te uploaden. De ervaring leert namelijk dat het uploaden enige tijd kan duren. Voor deze Utrechtse aanbesteding is de belangstelling zo groot, dat de beheerders van Tenderned waarschuwen dat het systeem het grote aantal inschrijvers niet aan zou kunnen. De provincie besluit daarop dat de digitale inschrijving geen doorgang kan vinden en meldt in een Nota van Inlichtingen ("NvI"):

"In tegenstelling tot hetgeen gemeld, dienen de inschrijvingen NIET te worden geüpload via TenderNed. De inschrijvingen dienen uiterlijk d.d. 14 januari 2015 om 16:00 uur te zijn afgegeven bij de receptie in het provinciehuis te Utrecht." Eén inschrijver stuurt zijn stukken niettemin via Tenderned in, waarop de provincie zijn inschrijving ongeldig verklaart. De inschrijver stelt dat de provincie zelf voor verwarring heeft gezorgd en de inschrijving moet toelaten. De ongeldigverklaring van de digitale inschrijving zou nu namelijk in strijd zijn met het evenredigheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De leidraad bepaalt echter dat in geval van tegenstrijdigheden de NvI voorgaat, en die geeft juist duidelijk aan dat "NIET" digitaal mag worden ingeschreven. Daarom overweegt de rechter dat het voor de "redelijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver" duidelijk was dat de inschrijving moest gebeuren door afgifte in het provinciehuis. Opname van een bepaling in de aanbestedingsleidraad die de rangorde van alle aanbestedingsdocumenten regelt, is een aanbestedende dienst in het algemeen dus aan te bevelen.

Nu de toegelaten inschrijvers alle stukken op een eerder moment hebben moeten uitprinten en fysiek hebben moeten afgeven en de uitgesloten inschrijver pas op het allerlaatste moment digitaal heeft ingeschreven, is sprake van ongelijkheid. De voorzieningenrechter oordeelt dat toelating van de digitale inschrijving nu in strijd zou zijn geweest met het gelijkheidsbeginsel. De ongeldigverklaring van de die inschrijving door de provincie is dus rechtmatig.

Frank Cornelissen

## Niet-tijdig uploaden documenten is risico inschrijver

**Als een inschrijver slechts enkele minuten voor het einde van een inschrijvingstermijn start met het uploaden van zijn inschrijving op Tendered, dan komt een mogelijke storing in Tendered, waardoor de inschrijving niet tijdig is geüpload, voor rekening van de inschrijver. De Brabantse voorzieningenrechter oordeelt dat de inschrijver, door pas zeer laat met uploaden te starten, het risico neemt dat de inschrijving niet tijdig is ingediend.**

Een aanbesteding van de gemeente Werkendam wordt volledig digitaal uitgevoerd. Inschrijvers dienden uiterlijk 26 maart 2015 om 11.00 uur de inschrijving te hebben geüpload naar de digitale kluis op Tendered. CSC start met het uploaden van haar documenten om 10.56 uur. Volgens het log van Tendered zijn de documenten succesvol om 10.56.08 uur geüpload. Om 10.57 uur ontvangt CSC de TAN-code die ingevoerd moet worden om de documenten in de digitale kluis te plaatsen. Er is geen melding in het log dat de TAN-code is ingevoerd. Als de kluis om 11.09 uur wordt geopend, wordt geen inschrijving van CSC aangetroffen. Om 12.22 uur ontvangt de gemeente een e-mail van CSC met het verzoek om haar alsnog toe te staan een inschrijving in te dienen. De gemeente weigert dit.

In kort geding stelt CSC dat zich bij het plaatsen van de documenten in de digitale kluis een storing voorgedaan, waardoor de documenten niet in de kluis zijn geplaatst. Deze storing dient volgens haar niet voor rekening van CSC te blijven. De gemeente voert aan dat CSC de TAN-code nooit heeft ingevoerd. Bovendien is het aan CSC te wijten dat zij haar inschrijving niet heeft kunnen indienen. CSC heeft immers zelf besloten pas 3 minuten voor het einde van de inschrijvingstermijn te starten met het uploaden van de documenten.

De voorzieningenrechter volgt het betoog van de gemeente. Het is niet aannemelijk geworden dat er zich een storing heeft voorgedaan waardoor CSC haar documenten niet tijdig kon indienen. Evenmin staat vast dat CSC de TAN-code heeft ingevoerd om het indienen van de inschrijving af te ronden. Ervan uitgaande dat zich wel een storing zou hebben voorgedaan, oordeelt de voorzieningenrechter dat dat risico voor CSC moet blijven. Ondanks uitdrukkelijke

waarschuwingen in de gebruiksvoorwaarden van Tendered heeft CSC ervoor gekozen pas zeer kort voor het sluiten van de inschrijvingstermijn te starten met het uploaden van de inschrijving. Daarmee heeft CSC het risico genomen dat het inschrijvingsproces langer, althans te lang, zou duren en de inschrijving niet tijdig zou zijn ingediend. CSC kan aan eerdere gevallen waarin het inschrijvingsproces zeer snel verloopt niet het vertrouwen ontlennen dat dat in dit geval ook zou gebeuren.

De inschrijving van CSC hoeft dan ook niet alsnog te worden beoordeeld.

Joris Bax



# Foutief ingevulde social return toch niet herstellen

**Een foutief ingevulde social return-verklaring mag volgens het Bossche Gerechtshof toch niet worden hersteld. In tegenstelling tot de rechtbank oordeelt het hof dat het niet aan de aanbestedende dienst is om het percentage social return te herleiden uit door de inschrijver verstrekte informatie.**

Voor de gunning van installatietechnische werkzaamheden werd het gunnings-criterium economisch meest voordelige inschrijving toegepast. Een van de kwalitatieve criteria was de mogelijkheid om invulling te geven aan social return. Inschrijvers kregen punten voor een door hen op te geven percentage social return dat zij bij de uitvoering van de opdracht zouden inzetten. Er kon een maximum van 50 punten worden behaald voor (maximaal) 5% social return. Daarnaast moesten inschrijvers een plan van aanpak indienen waarin werd beschreven hoe de social return werd ingevuld.

Een van de inschrijvers vult geen percentage in, maar noemt in het plan van aanpak meerdere bedragen. Omdat geen percentage is ingevuld, wordt door de aanbestedende 0 punten toegekend.

## **Eerste aanleg: herstel**

In kort geding maakt de inschrijver bezwaar tegen deze score. Gesteld wordt dat het percentage eenvoudig is te herleiden door het totaal van de genoemde bedragen te delen door de aanneemsom.

De voorzieningenrechter oordeelt dat het een kennelijke fout of omissie betreft en volgt het betoog van de inschrijver. Dat het maximum van 5% wordt overschreden leidt volgens de voorzieningenrechter niet tot een vervalsing van de concurrentie. Er kunnen immers nog steeds maximaal 50 punten worden behaald.

## **Hoger beroep: aanbestedende dienst hoeft gegevens niet te herleiden**

Het hof volgt het uitgangspunt van de voorzieningenrechter dat een inschrijving na ontvangst in beginsel niet meer mag worden aangepast. Ook volgt het hof het uitgangspunt uit het SAG-arrest dat er (in het algemeen) geen verplichting van een aanbestedende dienst is om contact op te nemen met een inschrijver.

Dat gezegd hebbende, oordeelt het hof dat voor herstel in deze zaak geen plaats is. Het hof constateert dat in de stukken uitdrukkelijk is opgenomen dat een percentage (en geen bedrag) moest worden vermeld. Volgens het hof is het dan

*“niet aan de aanbestedende dienst om, wanneer er geen percentage is opgegeven, uit door de desbetreffende gegadigde wel verstrekte gegevens af te leiden welk percentage de desbetreffende gegadigde opgegeven wenst te zien. Het opgeven van dat percentage is immers geenszins vrijblijvend maar heeft consequenties.”*

Het hof oordeelt dat de beslissing over de hoogte van het percentage aan de inschrijver is en niet aan de aanbestedende dienst. Mede omdat het percentage bij de uitvoering op straffe van een boete moet worden gerealiseerd.

Bovendien kan niet met voldoende zekerheid uit de inschrijving worden herleid welk percentage is bedoeld. Ten eerste geeft de inschrijver slechts een prognose van het totale bedrag social return en geen definitieve beslissing. Daarnaast geeft de inschrijver geen duidelijkheid over de vraag of kosten voor begeleiding in de opgegeven bedragen zijn begrepen. Of die kosten in de social return zijn begrepen, heeft gevolgen voor de hoogte van het percentage. Deze onduidelijkheid blijft voor rekening van de inschrijver.

Gelet op deze omstandigheden was de beslissing van de gemeente om 0 punten toe te kennen juist. Het gerechtshof vernietigt daarom het vonnis van de voorzieningenrechter.

Joris Bax

## ‘Gebrekkige’ model K verklaring toch geldig

**Daar waar een trend te ontwaren valt dat steeds vaker (kleine) gebreken aan een inschrijving mogen/ moeten worden hersteld, leek de jurisprudentie inzake het indienen van een Model K-verklaring onverbiddeijk: de Model K-verklaring ziet erop dat de inschrijving niet in strijd met het mededingingsrecht tot stand is gekomen is en een eventueel gebrek aan die verklaring leidt zonder meer tot ongeldigverklaring. Tot voor kort dus....**

De gemeente Amsterdam had bij de aanbesteding van het herstellen van opengebroken wegen een Model K formulier ter beschikking gesteld waarop abusievelijk een verkeerd nummer stond vermeld. Verder stond op het formulier dat het zou gaan om een aanbesteding voor het onderhoud van bomen. Het gunningscriterium was laagste prijs.

De laagste inschrijver had het door de gemeente ter beschikking gestelde formulier rechtsgeldig ondertekend en bij zijn inschrijving ingediend. KWS had een aangepast Model K-formulier ingediend. In het proces-verbaal had de gemeente opgenomen dat dat de gemeente verkeerde passages op het formulier had vermeld en dat een inschrijver een aangepast formulier heeft ingediend. De gemeente heeft aan de laagste inschrijver (met dus een ‘gebrekkig’ Model K-formulier) de opdracht gegund.

KWS is hiertegen opgekomen met het argument dat de laagste inschrijver een gebrekkig Model K-formulier heeft ingediend dat niet voor herstel vatbaar is. De rechter is het met KWS eens dat een groot belang aan het Model K-formulier moet worden gehecht. Het gebrek is volgens de rechter echter in dit geval zodanig verklaarbaar en kennelijk dat dit niet tot ongeldigverklaring moet leiden. Het lag op de weg van KWS gelet op de eisen van redelijkheid en billijkheid om vóór inschrijving de gemeente op dit gebrek in het formulier te attenderen. Nu zij dit niet heeft gedaan, kan KWS in redelijkheid zich niet op de gevolgen van haar nalaten beroepen.

De slotsom is dus dat de inschrijving van de laagste inschrijver geldig is en de vorderingen van KWS worden afgewezen.

Tony van Wijk



# Uitsluiting van inschrijvers



# Algemene uitsluiting vanwege ernstige fout niet toegestaan

Ook al is er bij een inschrijver een ernstige fout vastgesteld, dan is het niet toegestaan om die inschrijver uit te sluiten voor meerdere aanbestedingen gedurende een bepaalde (vaste) periode. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat voor een uitsluiting een grondslag in de aanbestedingsdocumenten noodzakelijk is. Voor een dergelijke algemene uitsluiting ontbreekt die grondslag.

Voor de vaststelling wanneer er sprake is van een ernstige beroepsfout, knoopt het hof aan bij vaste Europese jurisprudentie. Op grond daarvan ziet een ernstige fout gewoonlijk "op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst". Volgens het gerechtshof dient iedere uitsluitingsgrond verder "ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsdocumentatie te worden vermeld". Ten slotte overweegt het hof dat een aanbestedende dienst, als er is vastgesteld dat er sprake is van een ernstige fout, naar de omstandigheden van het geval moet beoordelen of uitsluiting proportioneel is.

Gelet op deze omstandigheden, komt het Gerechtshof Arnhem tot het oordeel dat een algemene uitsluiting vanwege een ernstige fout niet toelaatbaar is.

## Commentaar

Het oordeel van het hof is begrijpelijk en mijns inziens ook logisch. Het hof lijkt echter een algemene verplichting voor aanbestedende diensten aan te nemen om, telkens als er redenen zouden zijn voor uitsluiting, te beoordelen of die uitsluiting proportioneel is. Het hof ontleent die verplichting (met name) aan de memorie van toelichting bij de wet. De Aanbestedingswet, in het bijzonder artikel 2.88 Aw, legt een dergelijke verplichting niet op. Artikel 2.88 Aw kent een bevoegdheid aan aanbestedende diensten toe om onder omstandigheden af te zien van uitsluiting. Om aan de memorie van toelichting een algemene verplichting voor aanbesteders te ontleenen, is mijns inziens niet overeenkomstig de wetssystematiek.

De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen verplichten aanbesteders wel om inschrijvers in de gelegenheid te stellen aan te tonen dat uitsluiting niet proportioneel is.

Omdat die regelgeving in Nederland nog niet is geïmplementeerd, kan aan die verplichting echter nog geen recht worden ontleend.

Joris Bax

# Wel of geen uitsluiting als uitsluitingsgrond van toepassing is?!

**Moet een aanbestedende dienst tot uitsluiting van een inschrijver overgaan als een uitsluitingsgrond van toepassing is? Of heeft de aanbesteder de mogelijkheid met een beroep op het evenredigheidsbeginsel van uitsluiting af te zien? En geldt dat ook als in het aanbestedingsdocument is opgenomen dat tot uitsluiting wordt overgegaan als een uitsluitingsgrond van toepassing is? De Hoge Raad heeft in een recent arrest geoordeeld dat dit vragen zijn naar de uitleg van de Algemene Richtlijn. Daarom worden prejudiciële vragen gesteld aan het Europees Hof van Justitie.**

Wel of geen ernstige beroepsfout? In oktober 2012 heeft de Staat der Nederlanden een opdracht voor gehandicaptenvervoer voorlopig gegund aan een combinatie van taxibedrijven. RMC en ZCN maakten onderdeel uit van die combinatie. In november 2012 heeft de ACM in een beschikking geconcludeerd dat meerdere taxibedrijven schuldig zijn aan het maken van kartelafspraken. Vanwege deze overtreding van de Mededingingswet zijn aan de bedrijven en de individuele bestuurders boetes opgelegd. Onder andere RMC en ZCN zijn beboet door de ACM. Tegen de beschikking hebben RMC en ZCN bezwaar gemaakt.

Connexxion, de nummer twee van de aanbestedingsprocedure, maakt bezwaar tegen de gunning. Zij meent dat de combinatie moet worden uitgesloten omdat twee van haar leden een ernstige beroepsfout hebben begaan. Deze facultatieve uitsluitingsgrond is in het aanbestedingsdocument van toepassing verklaard. Tevens is daarin bepaald dat als een uitsluitingsgrond van toepassing, er tot uitsluiting wordt overgegaan.

De Staat weigert uitsluiting. Volgens de Staat is dat in het onderhavige geval niet proportioneel.

Op vordering van Connexxion oordeelt de voorzieningenrechter dat de gunning moet worden ingetrokken. Het Haagse Gerechtshof geeft in hoger beroep echter de Staat gelijk. Het hof oordeelt dat op grond van de Nota van Toelichting bij het Bao een aanbesteder verplicht is te toetsen of uitsluiting proportioneel is. Aangezien dat volgens het hof een algemeen uitgangspunt van de aanbestedingsrichtlijnen is, handelt de Staat niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel door niet tot uitsluiting over te gaan.



Hoge Raad: uitleg van Europese beginselen De Hoge Raad overweegt dat een aantal standpunten tegen elkaar moet worden afgewogen. Ten eerste de verplichting van de Staat om de door hem vastgestelde criteria nauwgezet in acht te nemen, waaronder de verplichting een inschrijver uit te sluiten als aan de voorwaarden voor uitsluiting is voldaan. Daarnaast komt volgens de HR ook betekenis toe aan het evenredigheidsbeginsel. In die zin dat uitsluitingsmaatregelen niet verder mogen gaan dan noodzakelijk. Waaronder ook de verplichting van een aanbestedende dienst om te beoordelen of, als een ernstige beroepsfout is geconstateerd, daadwerkelijk uitsluiting moet volgen.

Deze evenredigheidstoets, gegrond op de Nota van Toelichting bij het Bao, is volgens de HR een nationaalrechtelijke versoepeling van de criteria voor toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden. Overwogen wordt dat het Hof van Justitie EU zich nog niet heeft uitgelaten over de vraag of een aanbestedende dienst naar nationaal recht verplicht is te toetsen of uitsluiting in een concreet geval wel proportioneel is. In het onderhavige geval moet ook rekening worden gehouden met het feit dat de Staat zichzelf heeft verplicht tot uitsluiting over te gaan als een uitsluitingsgrond van toepassing is.

Omdat dit vragen over de uitleg van Europees recht zijn, stelt de HR prejudiciële vragen aan het Europees Hof van Justitie. Ten eerste wordt gevraagd of het Unierecht zich verzet tegen een nationale verplichting om te toetsen of uitsluiting in een concreet geval wel proportioneel is. Daarbij in aanmerking nemende dat de Staat in haar eigen aanbestedingsvoorwaarden heeft opgenomen dat tot uitsluiting wordt overgegaan als een uitsluitingsgrond van toepassing is. Ten slotte wordt gevraagd of de rechter een beslissing tot het al dan niet uitsluiten 'vol' moet toetsen of dat ene marginale toetsing volstaat.

De behandeling van de zaak wordt geschorst tot het HvJEU deze vragen heeft beantwoord.

Commentaar In deze zaak staat ten centraal of een aanbestedende dienst mag toetsen of uitsluiting proportioneel is als zij in haar aanbestedingsvoorwaarden heeft opgenomen dat tot uitsluiting wordt overgegaan als een uitsluitingsgrond van toepassing is. Een vraag die nog relevant is onder het oude recht. In het Bao was immers niet in die mogelijkheid voorzien. In artikel 2.88, lid 3 Aw is bepaald dat een aanbestedende dienst kan besluiten niet tot uitsluiting over te gaan als naar haar oordeel uitsluiting niet proportioneel is. Meer van belang is echter de vraag of het een lidstaat is toegestaan om in haar nationale regelgeving te voorzien in een versoepeling van Europees recht. De 'oude' Algemene Richtlijn

voorzag namelijk niet in de evenredigheidstoets die de HR introduceert. Over ongeveer een jaar is waarschijnlijk bekend hoe de HR de vragen beantwoordt. Tegen die tijd is echter de nieuwe Algemene Richtlijn geïmplementeerd. Daarin is voorzien in de mogelijkheid niet tot uitsluiting over te gaan, als een inschrijver compliancemaatregelen heeft genomen. Het praktische nut van de beantwoording tegen die is dus waarschijnlijk beperkt.

Joris Bax

(Eenhheids)prijzen



# Verschuiven van kosten maakt inschrijving ongeldig

**Mogen kosten uit de staart worden opgenomen in de verrekenprijzen? De voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland oordeelt van niet. Door op deze manier met kosten te schuiven, wordt er in strijd met de RAW-systematiek gehandeld.**

Bij een meervoudig onderhandse aanbesteding voor het onderhoud aan provinciale wegen, waarbij een Standaard RAW 2010 bestek is gepubliceerd, schrijft een aannemer in met € 0,00 voor uitvoeringskosten. De provincie vraagt op grond van artikel 01.03.03 Standaard 2010 om een toelichting van de prijzen.

Uit de verstrekte toelichting blijkt dat de uitvoeringskosten zijn opgenomen in de verrekenprijzen. Een aantal dagen later ontvangt de provincie een nieuwe toelichting, die volgens de aannemer een rectificatie is van de eerste. De provincie verklaart de inschrijving toch ongeldig op grond van artikel 01.03.03 Standaard 2010: de inschrijving is niet opgesteld overeenkomstig de RAW-systematiek.

De voorzieningenrechter volgt de provincie daarin en oordeelt dat op grond van artikel 01.03.03 RAW uitvoeringskosten niet in de verrekenprijzen (vóór het sub totaal) mogen worden opgenomen. Nu op deze manier is geschoven met kosten, is de systematiek miskend, wat de inschrijving ongeldig maakt. Deze ongeldigheid kan volgens de voorzieningenrechter niet worden hersteld met een rectificatie. Het herstellen van een evident ongeldige inschrijving is volgens de voorzieningenrechter namelijk in strijd met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

Joris Bax

# Onvolledige Eenheidsprijzen - Inschrijving Ongeldig

**Bij een aanbestedingsprocedure volgens de Standaard RAW moeten alle kosten in de eenheidsprijzen zijn begrepen. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland oordeelt dat een inschrijving – na toelichting – ongeldig is als niet alle kosten in de eenheidsprijs zijn opgenomen. Ook als de aannemer kosten voor eigen rekening neemt.**

## **Afvoeren en storten grond**

Bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure is voorgescreven dat afgegraven grond moet worden afgevoerd naar een volgens de Wet Omgevingsrecht vergunde inrichting. Voor het afvoeren van de grond zijn besteksposten opgenomen in de inschrijvingsstaat.

Ippel Dredging heeft voor het afvoeren van grond zeer lage eenheidsprijzen geoffreerd. Omdat de aanbestedende dienst vermoedt dat niet alle kosten in de eenheidsprijzen zijn opgenomen, wordt aan Ippel Dredging een toelichting op de eenheidsprijzen gevraagd.

Uit die toelichting blijkt dat Ippel Dredging voornemens is de afgegraven grond eerst in depot te storten en vervolgens voor eigen rekening en risico te vervoeren naar een vergunde inrichting. In de afwijzingsbrief deelt de aanbestedende dienst mede dat de toelichting niet volstaat, dat de ontleding van de aanneemsom niet voldoet aan artikel 01.01.03 Standaard 2010 en dat de inschrijving daarom ongeldig is.

## **Systematiek Standaard RAW Bepalingen 2010**

Op grond van artikel 01.01.03, lid 02 van de Standaard RAW Bepalingen 2010 moeten alle kosten voor het tot stand brengen van een resultaatsverplichting in de eenheidsprijzen zijn begrepen. Als een aanbestedende dienst vermoedt dat de ontleding van de aanneemsom niet voldoet aan deze verplichting, dan moet de aanbesteder dat vermoeden schriftelijk aan de aannemer onderbouwen en vragen om een toelichting. Indien uit die toelichting niet blijkt dat de ontleding voldoet aan artikel 01.01.03 Standaard 2010, dan is de inschrijving ongeldig (art 01.01.04 Standaard RAW Bepalingen 2010).

### **Inschrijving Ippel Dredging is ongeldig**

De voorzieningenrechter constateert dat is voorgeschreven dat grond moet worden vervoerd naar een vergunde inrichting. Op grond van dat uitgangspunt is de voorzieningenrechter, met de aanbesteder, van oordeel dat in de eenheidsprijzen voor het afvoeren van grond (in ieder geval) twee kostensoorten moeten zijn begrepen: transportkosten en stortkosten.

Ippel Dredging kon naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet volstaan met het opnemen van de kosten voor opslaan van de grond in depot en het voor eigen rekening vervoeren van de grond naar een inrichting. Daarover wordt het volgende overwogen:

*“Ook de kosten voor het transporteren van het vrijkomende materiaal van het depot naar een vergunde inrichting en/of een zandwinput en de aldaar verschuldigde stortkosten zijn immers onderdeel van de kosten die Ippel Dredging had moeten maken voor het uitvoeren van het werk, zodat zij deze kosten op haar inschrijvingsstaat had dienen te vermelden. Dat Ippel Dredging voor het transport en het storten van de grond geen kosten zou hoeven te maken, zoals zij nog heeft betoogd, acht de voorzieningenrechter niet aannemelijk (gemaakt). Het feit dat Ippel Dredging de eigendom van het vrijkomende materiaal verkrijgt, brengt naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet met zich dat Ippel Dredging niet gehouden zou zijn om voormelde kosten bij haar inschrijving te vermelden.”*  
(onderstreping, auteur)

Ondanks dat Ippel Dredging bereid was kosten voor eigen rekening te nemen – een korting – is de inschrijving volgens de voorzieningenrechter toch terecht ongeldig verklaard.

Dit vonnis is een volgende in een lijn waarin voorzieningenrechtshouders strikt de voorwaarden van de Standaard 2010 toepassen. Elke afwijking daarvan lijkt tot ongeldigheid van de inschrijving te leiden. Vanuit die context, is het onderhavige vonnis een logisch vervolg op eerdere jurisprudentie. Anderzijds lijkt met dit vonnis geïmpliceerd te worden dat het aannemers geen kosten voor eigen rekening mogen nemen (en dus geen korting mogen geven). Dat is naar mijn mening een ongewenste ontwikkeling.

Joris Bax

# Wijziging stelposten maakt inschrijving ongeldig

**Een eenzijdige wijziging van de stelposten door de inschrijver maakt de inschrijving ongeldig. Volgens de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Brabant is die wijziging in strijd met artikel 01.01.02 Standaard RAW Bepalingen 2010. Stelposten zijn vast en mogen door inschrijvers niet worden gewijzigd.**

Van een eenvoudig te herstellen gebrek is geen sprake, zo oordeelt de voorzieningenrechter. De wijziging van de stelposten in deze zaak was namelijk het gevolg van een door de inschrijver gebruikt computerprogramma. Onbedoelde wijzigingen komen dan ook voor haar rekening.

Bovendien wijzigt door het aanpassen van de stelposten de totale aanneemsom. Volgens de voorzieningenrechter is de aanneemsom een essentieel onderdeel van de inschrijving. Met het wijzigen van aanneemsom, wijzigt derhalve ook de inschrijving, hetgeen in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.

Dat met de aanpassing van de stelposten, de post winst & risico voor hetzelfde bedrag wordt verlaagd, is volgens de voorzieningenrechter niet vanzelfsprekend. De stelposten en de post 'winst & risico' zijn geen communicerende vaten waarbij de verhoging van de één automatisch een verlaging van de ander (met hetzelfde bedrag) betekent. Met het laten aanpassen van (ook) de post 'winst & risico' wordt te zeer ingegrepen in de inschrijving, hetgeen volgens de voorzieningenrechter (ook) in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.

Dit vonnis is het volgende in een lijn over aanbestedingen van werken op basis van de Standaard RAW Bepalingen. Daarbij lijkt het uitgangspunt dat iedere wijziging door een inschrijver van het inschrijvingsbiljet of het schuiven met kosten tussen verschillende posten, de ongeldigheid van de inschrijving rechtvaardigt.

Joris Bax



# Wat zijn reële en marktconforme prijzen?

**Bij veel aanbestedingen wordt de eis gesteld dat de te offereën prijzen “reëel en marktconform” moeten zijn. Een dergelijke eis is vaak onderwerp van een aanbestedingskort geding. De Haagse kort gedingrechter heeft onlangs ook een duit in het zakje mogen doen.**

Aanbesteding vervoer college van B & W De gemeente heeft een meervoudige onderhandse aanbesteding uitgeschreven voor zakelijk vervoer van het college van burgemeester en wethouders. Onder meer moest een kilometertarief en wachttarief worden opgegeven. Als voorwaarde was vermeld: “Alle opgegeven (deel- en totaal)prijzen dienen reëel en marktconform te zijn, waardoor strategisch inschrijven niet is toegestaan”.

B heeft volgens de gemeente de economisch meest voordelige inschrijving gedaan. A is als tweede geëindigd. De tarieven van B waren veel lager dan de geoffreerde tarieven van A. A stelt dat de wachttijd tarieven van B niet reëel en marktconform zijn. Nadat de gemeente niet bereid was het gunningsvoornemen te wijzigen, heeft B een kort geding gestart.

Reële prijzen moeten vanuit kostenperspectief te verantwoorden zijn De kort gedingrechter moet zich uitlaten over de eis reële en marktconforme prijzen. Nu in de aanbestedingsdocumenten geen definitie is gegeven, moet worden uitgegaan van de in het normale taalgebruik gangbare betekenis.

Reële prijzen betekent volgens de rechter niet dat de prijzen (ten minste) kostendekkend moeten zijn (zoals A had aangevoerd) . Evenmin betekent reële prijzen dat met substantiële prijzen moet worden ingeschreven (aldus de stelling van de gemeente). De rechter gaat er tussenin zitten.

Het begrip “reëel” betekent in de gangbare betekenis op de werkelijkheid gegrond. Dat brengt naar het oordeel van de voorzieningenrechter mee dat een verband moet bestaan tussen de opgegeven deel Prijzen en de kosten van de achterliggende dienstverlening, met andere woorden: de opgegeven prijzen moeten vanuit kostenperspectief te verantwoorden zijn.

### **Geen reële prijzen aangeboden**

De rechter oordeelt dat inschrijver B niet voldoet aan de bestekseis. A heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de kosten met betrekking tot het wachten de opgegeven deelprijs ver te boven gaan. De stelling van de gemeente dat in de praktijk zowel de wachttijd als de kilometerprijs in rekening wordt gebracht en de tarieven per saldo voldoende zijn om de kosten te voldoen, wordt door de rechter verworpen. Dit gaat voorbij aan de bestekseis dat alle deelprijzen op zichzelf reëel moeten zijn.

### **Conclusie: verbod gunning**

Nu B reeds niet voldoet aan de eis van reële prijzen laat de rechter de vraag in het midden of de prijzen (wel) marktconform zijn. De gemeente wordt verboden de opdracht aan B te gunnen en geboden de opdracht aan A te gunnen (voor zover de gemeente de opdracht nog wenst te gunnen).

### **Commentaar**

In een poging ongewenste, manipulatieve inschrijvingen te voorkomen wordt vaak de eis gesteld dat de prijzen marktconform en/ of reëel moeten zijn. Over een dergelijke eis zijn uiteenlopende vonnissen geweest, variërend van verschillende uitleggen van de begrippen tot een gebod tot intrekking van de aanbesteding vanwege onduidelijkheid in de aanbestedingsstukken. In dit geval blijkt de eis als een veiligheidsklep te werken en wordt de uitleg gegeven dat de opgegeven prijzen vanuit kostenperspectief te verantwoorden moeten zijn. De kosten moeten dan dus in enige mate in rekening worden gebracht en bovendien onder de post/ het tarief waar deze kosten ook behoren. "Schuiven met kosten" pleegt door een rechter (zoals ook in dit geval) te worden gesanctioneerd. Helaas bleek het alleen niet de veiligheidsklep te zijn waar de gemeente op had gehoopt. Zij had immers de opdracht het liefst wel aan B gegund.

Tony van Wijk

# Beoordeling van inschrijvingen



# Ervaring en kwalificaties ook als gunningscriterium

**De kwalificaties van het personeel van inschrijvers dat een overheidsopdracht daadwerkelijk moet uitvoeren, mogen in een aanbestedingsprocedure meewegen. Daartoe kan de aanbestedende dienst een (sub) gunningscriterium ter invulling van het criterium economisch meest voordelige inschrijving ("EMVI") opnemen in haar bestek.**

## **De kwalificaties van het personeel**

Een Europese aanbestedingsprocedure is dikwijls voor alle betrokken partijen een tijdrovende en kostbare onderneming. Als het goed is, eindigt die procedure in de definitieve gunning van de opdracht en de totstandkoming van een overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver. Dan begint het werk echter pas.

Of de opdrachtnemer inderdaad de kwaliteit kan leveren die hij in de aanbestedingsprocedure heeft geoffreerd, zal in grote mate afhankelijk zijn van de personen die de opdracht zullen uitvoeren. Er is een aanbestedende dienst dus veel aan gelegen om de inschrijvers te beoordelen op de kwaliteit (opleiding, ervaring e.d.) van hun personeel. De kwalificaties van het personeel zouden dan als subgunningscriterium kunnen gelden ter invulling van EMVI. Een alternatief is dat de aanbestedende dienst de kwalificaties van het personeel formuleert als een selectiecriterium op basis waarvan een kandidaat-inschrijver wordt toegelaten tot de aanbestedingsprocedure of juist niet.

## **Voorheen alleen als selectiecriterium**

Tot voor kort leek dat selectiecriterium wel toegestaan en het gunningscriterium niet. Het Europese Hof van Justitie overwoog namelijk in een uitspraak uit 2008 dat het aanbestedingsrecht

*"[r.o. 32] (...) zich ertegen [verzet] dat de aanbestedende dienst (...) de ervaring van de inschrijvers, hun personeelsbezetting en hun uitrusting alsook de vraag of zij de opdracht op het vastgestelde tijdstip kunnen uitvoeren, niet als „criteria voor kwalitatieve selectie" maar als „gunningscriteria" in aanmerking neemt."*

De aanbestedende dienst leek dus op grond van dit arrest wel kandidaat-inschrijvers op de kwalificaties van het personeel te mogen selecteren maar niet de inschrijvers – eenmaal toegelaten tot de aanbestedingsprocedure – op die kwaliteit te mogen beoordelen.

Nu ook als gunningscriterium Deze rechtspraak is onlangs door hetzelfde Hof genuanceerd. Uit een recent arrest blijkt namelijk dat de kwalificaties van personeel toch een rol mogen spelen bij de inhoudelijke beoordeling van inschrijvingen. Het is namelijk toegestaan dat de aanbestedende dienst de kwalificaties van het personeel dat de opdracht zal uitvoeren tot gunningscriterium maakt. In de zaak waarover het Hof hier oordeelde, ging het om “opleidings- en adviesdiensten”. De professionele kwaliteit van het team dat de opdracht in de praktijk zal gaan uitvoeren, bepaalt dan in grote mate de waarde van de dienst die de inschrijver zal leveren. In dat geval kan de dienst die kwalificaties van het uitvoerende team als gunningscriterium opnemen in het bestek. Een aanbestedende dienst die een dergelijk criterium wil toepassen, moet echter zorgvuldig zijn. Het Europese Hof bevestigt immers ook ten dele zijn eerdere arrest: de kwalificaties van het gehele personeel van de inschrijver blijft een onrechtmatig gunningscriterium en mag slechts in de selectiefase worden gebruikt.

Uitspraak Europese rechter sluit aan op Nederlandse praktijk en nieuwe Richtlijn Deze ‘opening’ die de Europese rechter nu biedt, werd al lange tijd door de Nederlandse kort gedingrechters geboden. In de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn is ook de mogelijkheid opgenomen om ervaring en kwalificaties als gunningscriterium te hanteren bij dienstenopdrachten.

Frank Cornelissen

# Afwijking stappenplan beoordeling verplicht tot integrale herbeoordeling inschrijvingen

**Op 3 december 2014 heeft de rechtbank Den Haag een interessant vonnis gewezen over de wijze waarop inschrijvingen moeten worden beoordeeld. Slotsom is dat als de beoordeling van de inschrijving niet heeft plaatsgevonden volgens het vooraf bekendgemaakte stappenplan, er overgegaan moet worden tot een volledige herbeoordeling van de geldige inschrijvingen door een nieuwe beoordelingscommissie...**

## **Feiten**

De gemeente Den Haag heeft op 2 mei 2014 een aankondiging gedaan voor een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de opdracht "Raamovereenkomst onderhoud en aanleg Openbare Verlichting". De aanbestedingsprocedure is nader omschreven in een aanbestedingsleidraad. In hoofdstuk 3.1 van deze aanbestedingsleidraad is de beoordelingsmethodiek vermeld, die uit verschillende stappen bestaat. Stap 5a betreft het beoordelen van de kwalitatieve gunningscriteria. Over het beoordelen van de gunningscriteria bepaalt hoofdstuk 5.3 van de aanbestedingsleidraad: "De ingediende plannen van aanpak worden gelijktijdig en onafhankelijk van elkaar beoordeeld door de leden van het beoordelingsteam. De beoordeling vindt afzonderlijk en op basis van onderling vergelijk van de inschrijvingen plaats." Nadat de beoordeling van de kwalitatieve gunningscriteria heeft plaatsgevonden, volgt stap 5b: het openen van de enveloppen met de inschrijfbiljetten en inschrijfstaten, zodat ook het onderdeel 'prijs' in de beoordeling kan worden meegenomen.

Op 8 augustus 2014 heeft de gemeente bekendgemaakt dat zij voornemens is de gunning voor perceel 1 en 2 te verlenen aan respectievelijk Ziut B.V. en CityTec B.V. Voor perceel 3 is een voorgenomen gunning verleend aan [X] Kabel, Leiding- en Montagewerken B.V. (hierna: X KLM). PCO Infra B.V. (hierna: PCO), die had ingeschreven op alle drie de percelen, heeft vervolgens een kort geding aangespannen. PCO vordert onder meer de gemeente te gebieden over te gaan tot een volledige herbeoordeling van de geldige inschrijvingen, omdat de beoordeling van de inschrijving van PCO niet heeft plaatsgevonden conform de aanbestedingsleidraad. Ook vordert PCO de gemeente te gebieden de

inschrijving van X KLM alsnog terzijde te stellen, omdat B, die vanuit de afdeling Inkoop & Aanbestedingen voor de gemeente betrokken is geweest bij het aanbestedingsproject, nauwe banden heeft met X KLM.

### **Uitspraak**

De rechtbank wees deze laatste vordering van PCO af. De voorzieningenrechter gaf toe dat er sprake is van een vennootschapsrechtelijke band tussen B en X KLM. De enige aandeelhouder van Civitas Advies B.V., waar B directeur van is, is namelijk indirect (via twee andere ondernemingen) aandeelhouder van X KLM. Bij de vennootschapsrechtelijke band tussen B en X KLM is, zo overwoog de voorzieningenrechter, echter sprake van zodanige afstand dat die band niet zonder meer tot concurrentievervalsing leidt. PCO is er, naar het oordeel van de rechter, niet in geslaagd aannemelijk te maken dat van enige concurrentievervalsing daadwerkelijk sprake is geweest.

De andere vorderingen van PCO worden wel toegewezen. De voorzieningenrechter overweegt dat de gemeente de inschrijving van PCO in eerste instantie terzijde heeft gelegd, omdat zij van oordeel was dat deze inschrijving ongeldig was. Later heeft zij de inschrijving alsnog in aanmerking genomen. Door deze handelswijze is de inschrijving van PCO pas beoordeeld nadat de beoordeling van de overige inschrijvers al was afgerond en van die inschrijvingen ook al de enveloppen met de inschrijvingsbiljetten en de inschrijfstaten geopend waren. De beoordeling van de inschrijving van PCO heeft derhalve niet plaatsgevonden overeenkomstig hetgeen daaromtrent in hoofdstuk 3.1 en 5.3 van de aanbestedingsleidraad is bepaald. De inschrijving van PCO is niet gelijktijdig met de andere inschrijvingen beoordeeld en bovendien had het beoordelingsteam in de fase van de beoordeling van de kwalitatieve gunningscriteria van PCO al kennis van de door de andere inschrijvers ingediende prijzen. De consequentie van deze onjuistheid in de procedure moet, volgens de voorzieningenrechter, zijn dat de gemeente over moet gaan tot een volledige herbeoordeling van de geldige inschrijvingen conform de in de aanbestedingsleidraad bekendgemaakte beoordelingsstappen en methodiek. De herbeoordeling moet plaatsvinden door een nieuw samengestelde beoordelingscommissie, aangezien de aanbestedingsleidraad onbekendheid met de ingediende prijzen vereist.

### **Conclusie**

Niet iedere afwijking van een vooraf bekendgemaakt stappenplan zal zijn verboden. De aanbestedende dienst had bekendgemaakt het kwalitatieve deel van de inschrijvingen te beoordelen alvorens kennis te nemen van de aangeboden



prijzen. Als van dit stappenplan bij slechts één inschrijving wordt afgeweken (omdat deze in eerste instantie (ten onrechte) als ongeldig was bestempeld en dus niet inhoudelijk was beoordeeld), is het niet onlogisch dat deze onregelmatigheid moet worden hersteld. Dit herstel dient volgens de rechter plaats te vinden door middel van een integrale herbeoordeling van alle inschrijvingen conform het stappenplan door een nieuw samengestelde onafhankelijke beoordelingscommissie. Dat lijkt me juist, nu de alternatieve sanctie om tot volledige heraanbesteding over te gaan mijns inziens onevenredig zou zijn.

Tony van Wijk

# Aanbesteder mag uitgaan van juistheid inschrijving

**Een aanbestedende dienst mag in beginsel erop vertrouwen dat een inschrijving juist is. Zo oordeelt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland.**

Een aanbestedende dienst heeft alleen dan een eigen verificatieplicht ingeval er gerede twijfel is bij (een onderdeel van) een inschrijving.

Hoe een aanbesteder deze verificatieverplichting moet uitvoeren, verduidelijkt de voorzieningenrechter niet. Praktisch gezien zal de betreffende inschrijver in de gelegenheid moeten worden gesteld een eenduidige en ondubbelzinnige toelichting te geven op de inschrijving.

Andere inschrijvers hebben overigens de mogelijkheid aan te tonen dat bij een inschrijving gerede twijfel bestaat, althans dat een inschrijving onduidelijk, onjuist of zelfs ongeldig is. In een eventueel kort geding draagt deze concurrent dan wel de bewijslast.

Joris Bax

## Alternatieven niet meenemen bij beoordeling

Een woningstichting heeft een meervoudige onderhandse aanbesteding gehouden voor het realiseren van de nieuwbouw van een zorgcentrum. In de aanbestedingsleidraad was opgenomen dat alternatieven mochten worden ingediend. Daarbij heeft de aanbesteder zich het recht voorbehouden deze alternatieven bij de beoordeling niet mee te nemen. Een inschrijver heeft bezwaar tegen zijn afwijzing omdat enkele van de door hem aangedragen alternatieven naar zijn oordeel ten onrechte niet zijn meegenomen. De Bossche kort gedingrechter maakt met dit bezwaar korte metten. Volgens de rechter stond het de aanbesteder vrij deze alternatieven niet mee te nemen. Dit recht was immers expliciet voorbehouden in de aanbestedingsleidraad. Bovendien betrof het een onderhandse aanbesteding zodat volgens de rechter de aanbesteder niet gehouden is aan de strenge regels omtrent transparantie en gelijkheid zoals die wel gelden voor een openbare aanbesteding.

Tony van Wijk



# Onrechtmatige aanbestedings- procedure



# Aanbesteding ondeugdelijk als loting op voorhand vaststaat

Het CJIB heeft een aanbestedingsprocedure uitgezet voor bepaalde deurwaardersdiensten met als gunningscriterium laagste prijs en een voorgeschreven prijsbandbreedte van € 0,87 tot en met € 10,33. Een geïnteresseerd deurwaarderskantoor maakt tegen deze opzet bezwaar en stelt dat (nagenoeg) alle inschrijvers zullen inschrijven met het minimumbedrag van € 0,87 en dat dus op voorhand vaststaat dat geloot moet worden. De rechter acht dit voldoende aannemelijk en oordeelt bij vonnis van 3 september 2015 dat dit zich niet verdraagt met het doel en karakter van een aanbestedingsprocedure. De sanctie is dat de aanbestedingsprocedure moet worden afgebroken.

## **Eerste centrale aanbesteding mislukt**

Het CJIB heeft de taak gekregen de gerechtsdeurwaarderstrajecten voor verschillende rijksdiensten (zoals CAK en DUO) te verzorgen. In 2014 heeft CJIB daartoe een nationale aanbesteding uitgezet met als doel één deurwaarderskantoor te selecteren. Hoewel sprake is van zogenaamde 2B-diensten, was besloten tot een nationale aanbesteding met publicatie op Tendered. Het gunningscriterium was prijs en kwaliteit (EMVI dus). De aanbestedingsprocedure heeft echter geleid tot verschillende kort gedingen waarna is besloten de aanbestedingsprocedure definitief te beëindigen.

## **Tweede centrale aanbesteding nu ook mislukt**

De onderhavige uitspraak betreft de daaropvolgende tweede nationale aanbestedingsprocedure. CJIB heeft ditmaal gekozen voor het gunningscriterium laagste prijs en een voorgeschreven prijsbandbreedte van € 0,87 tot en met € 10,33. Volgens CJIB zou uit de vorige aanbesteding namelijk zijn gebleken dat op kwaliteit geen onderscheid gemaakt kan worden. De prijsbandbreedte zou zijn gebaseerd op ervaringscijfers. Een deurwaarderskantoor heeft tegen de opzet van deze aanbestedingsprocedure ook met succes bezwaar gemaakt.

## **Loting in strijd met ratio aanbestedingsprocedure**

De rechter acht voldoende aannemelijk gemaakt dat (veelal) ingeschreven zal worden met de minimumprijs. Gevolg zal zijn dat moet worden geloot en dus op voorhand vaststaat dat gunning plaatsvindt op basis van een loting. Dat is volgens

de rechter in strijd met het karakter en doel van een aanbestedingsprocedure. De rechter overweegt daartoe als volgt:

*“Vast staat dat het CJIB heeft gekozen voor het in de markt zetten van een opdracht via een aanbesteding. Dat brengt met zich mee dat er criteria moeten zijn waarop inschrijvers zich kunnen onderscheiden, dan wel dat er in ieder geval één criterium is waarop dit mogelijk is. Een van de wezenlijke doelen van een aanbesteding is immers mededinging, het stimuleren van concurrentie tussen aanbieders. Voorts dient een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.4 Aw, welke artikel ook bij een vrijwillige aanbesteding van toepassing is, zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen, hetgeen volgens de wetgeschiedenis betekent dat de aanbestedende dienst de beste kwaliteit voor de beste prijs inkoopt (EK 2011-2012, 32440, C, p.10). Ook dat brengt met zich mee dat inschrijvers op enigerlei wijze met elkaar moeten kunnen worden vergeleken om te kunnen vaststellen wat de beste optie is.*

(..)

*Het vorenstaande leidt ertoe dat op voorhand vast staat dat in deze aanbestedingsprocedure op basis van een loting bepaald wordt wie voor gunning in aanmerking komt. Dat verdraagt zich niet met het karakter en het doel van een aanbestedingsprocedure zoals hiervoor onder 4.2. omschreven. Dit gebrek aan de aanbestedingsprocedure betreft een zo kenmerkende eigenschap hiervan dat deze moet worden gestaakt.”*

### **Maar is dat wel zo?**

Het oordeel van de rechter is niet onbegrijpelijk. Uiteraard wordt met het aanbestedingsrecht beoogd de mededinging te vergroten en inschrijvers onderling te vergelijken opdat de beste inschrijver kan worden gekozen. De praktijk is echter weerbarstig. CJIB heeft met de eerste aanbesteding kennelijk ondervonden dat onderscheidende (kwaliteits)criteria niet te bepalen zijn. Uiteraard zou de prijs losgelaten kunnen worden, maar een aanbestedende dienst kan een gerechtvaardigd belang hebben bij een minimumprijs. Bijvoorbeeld om enige zekerheid te hebben dat de opdrachtnemer acceptabele arbeidsvoorwaarden hanteert. Een loting is niet expliciet verboden in de Aanbestedingswet en wordt bijvoorbeeld in het ARW 2012 ook voorgeschreven als twee of meer inschrijvers gelijk eindigen. Het is ook daarom zeker niet uitgesloten dat dit oordeel geen stand houdt in een eventueel hoger beroep

Tony van Wijk



# Gezamenlijk aanbesteden en het clusterverbod

**Overheden en nutsbedrijven werken in toenemende mate samen bij het uitvoeren van werkzaamheden. Daartoe voegen zij aan te besteden opdrachten regelmatig samen. Zulke samenwerking biedt voordelen, maar wringt tegelijkertijd met het aanbestedingsrechtelijke clusterverbod. Hieronder volgt daarom een korte beschouwing.**

**Samen aanbesteden** De samenwerking tussen overheden en nutsbedrijven neemt de afgelopen jaren een hoge vlucht. Zij voegen grote opdrachten samen om die vervolgens gezamenlijk aan te besteden. De waarde van samenwerken is evident: een netbeheerder die ondergrondse leidingen wil vervangen, kan soms beter wachten totdat de wegbeheerder het daarboven gelegen wegdek vervangt. Dezelfde ingenieurs die met waterleidingen van het waterbedrijf werken, kunnen ook de afvalwaterleidingen van een waterschap beheren. Kortom, dit type samenwerking kan behoorlijke synergievoordelen opleveren. Een veelgehoord argument voor een gezamenlijke en dus grootschaliger aanbesteding is bovendien dat op de aanbestedingsprocedure zelf wordt bespaard.

**Clusterverbod** Een samenwerking tussen aanbesteders kent niet enkel voordelen. De omvang van een samengestelde opdracht kan zodanig groot worden, dat zij buiten het bereik komt van veel midden- en kleinbedrijven. In tegenstelling tot gezamenlijke aanbestedingen door overheden, zoals aanbesteding van afvalinzameling in enkele gemeenten, gaat het bij de samenwerking met nutsbedrijven veelal om werkzaamheden met een verschillende aard. Daarom bestaat ook het gevaar dat het uiteenlopende karakter van samengevoegde opdrachten leidt tot een beperking van de kring van gegadigden.

Om te voorkomen dat het MKB bij overheidsopdrachten buiten de boot valt, heeft de (Europese) wetgever het clusterverbod ingevoerd. Deze in [artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012](#) neergelegde regel, houdt in dat een aanbesteder opdrachten niet onnodig mag samenvoegen. Zie hierover een [bijdrage](#) van mr. Joris Bax op deze site, en een recente [uitspraak](#) van de rechtbank Midden-Nederland. Indien samenvoeging van opdrachten in strijd zou zijn met het clusterverbod, dan moeten zij afzonderlijk worden aanbesteed of in percelen worden opgedeeld.

**Conclusie**

Gezamenlijke aanbestedingen van overheden en nutsbedrijven komen steeds vaker voor en kunnen leiden tot kostenbesparing en beperking van overlast. Zij wringen echter met het clusterverbod. Het is daarom van belang voor aanbesteders om de opdracht(en) en de aanbestedingsprocedure goed vorm te geven. Voor (potentiële) inschrijvers loont juist een extra kritische blik op die procedure.

Frank Cornelissen

# Clusterverbod: ondeugdelijke motivering - onrechtmatige aanbesteding

**Een aanbestedingsprocedure is onrechtmatig als de motivering voor een clustering van opdrachten niet deugdelijk is. Zo oordeelt de Utrechtse voorzieningenrechter in een recent vonnis in navolging van de Commissie van Aanbestedingsexperts. Daarnaast oordeelt de Utrechtse voorzieningenrechter nog dat het uitvragen van een concreet merk niet objectief gerechtvaardigd is omdat er mogelijk (hoge) validatie-/ conversiekosten moeten worden gemaakt.**

## **Aanbesteding van medische hulpmiddelen**

Het UMC houdt een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de inkoop van medische hulpmiddelen. Het doel is een raamovereenkomst met één of meerdere leveranciers te sluiten.

De uitgevraagde hulpmiddelen zijn onderverdeeld in een groot aantal productgroepen. Het UMC bepaalt in de aanbestedingsdocumenten dat in beginsel uitsluitend ingeschreven kan en mag worden met de identiek uitgevraagde producten. Eventuele varianten mogen worden aangeboden, maar de inschrijving wordt daarop niet beoordeeld en pas tijdens de uitvoering van de overeenkomst wordt bepaald of die varianten volgens het UMC gelijkwaardig zijn en zullen worden afgenomen.

De opdracht is niet in percelen verdeeld. Volgens het UMC is er geen sprake van een samenvoeging, maar van één opdracht. Zelfs als er sprake zou zijn van een clustering, dan is die volgens het UMC gerechtvaardigd omdat:

- er geen of nauwelijks MKB-leveranciers zijn en MKB-leveranciers kunnen inschrijven, bijvoorbeeld door middel van een combinatie;
- de kosten voor het contracteren van meerdere soorten producten voor het UMC te hoog zouden zijn en er voor een integrale opdracht financiële voordelen voor het UMC te behalen zijn;
- uit een marktconsultatie geen logische opdeling af te leiden viel en er daarom geen verdeling in percelen gemaakt hoeft te worden.

De gunningssystematiek die het UMC hanteert maakt dat een raamovereenkomst met de economisch meest voordelige inschrijver wordt gesloten voor alle aangeboden identieke producten. Voor alle identieke producten die de winnaar niet aanbiedt, wordt onder de overige inschrijvers een nieuwe rangorde berekend. Vervolgens wordt met de nieuwe winnaar een raamovereenkomst gesloten voor alle aangeboden identieke producten. Dit gaat net zo lang door totdat voor alle identieke producten een leverancier is gecontracteerd.

Door meerdere leveranciers wordt tegen de aanbesteding een kort geding gestart. Betoogd wordt dat:

- het UMC in strijd met art. 2.76 Aw om concrete merken vraagt zonder objectieve rechtvaardiging en daardoor op onrechtmatige wijze de markt beperkt;
- de omvang van de opdracht niet duidelijk is;
- de opdracht wordt geclusterd zonder (deugdelijke) motivering.

### **Eisen concrete merken onrechtmatig**

Ter zake van het bezwaar tegen de uitvraag van de identieke producten, oordeelt de voorzieningenrechter dat het UMC daarmee in strijd handelt met art. 2.76 Aw. Het UMC accepteert in eerste instantie alleen identieke producten met concrete merknamen. Pas na gunning wordt beoordeeld of het UMC overgaat tot validatie of een alternatief product gelijkwaardig is. Of, en zo ja wanneer die validatie plaatsvindt is onzeker. Een potentieel gelijkwaardig product maakt volgens de voorzieningenrechter dus geen, althans een zeer kleine, kans op gunning. Het UMC voert nog aan het valideren en afnemen van potentiële alternatieve producten hoge kosten zich meebrengt. De voorzieningenrechter oordeelt dat die kosten zo hoog zijn vanwege de wijze waarop het UMC de producten uitvraagt. Verder is niet aannemelijk gemaakt dat de validatie van een enkel product of productgroep zo hoog zijn dat die redelijkerwijs niet gemaakt kunnen worden. Bovendien zijn volgens de voorzieningenrechter validatie-/ conversiekosten inherent aan een aanbesteding waarbij wordt overgestapt naar een ander merk. Om deze redenen handelt het UMC in strijd met artikel 2.76 Aw.

### **Omvang van de opdracht is niet duidelijk**

Voor inschrijvers is daarnaast op voorhand niet duidelijk of, en zo ja, welke producten zij mogen leveren. Dat hangt af van de plaats in de ranking en de andere partijen met wie een raamovereenkomst wordt gesloten. Vaststaat dat één leverancier niet alle identieke producten kan leveren. Welke identieke

producten een marktpartij zal leveren, staat echter niet vast omdat dat afhankelijk is van andere leveranciers. Bovendien is onzeker of, en zo ja wanneer, het UMC potentiële gelijkwaardige producten zal valideren. Het UMC handelt daarom in strijd met het transparantiebeginsel.

### **Clustering niet (deugdelijk) gemotiveerd**

Voor wat betreft de clustering constateert de voorzieningenrechter dat het UMC in strijd handelt met artikel 1.5 Aw. Ten eerste wordt in de motivering voor de clustering geen rekening gehouden met de gevolgen van de clustering voor ondernemers. Het UMC heeft uitsluitend de voordelen voor haarzelf onderzocht en geen aandacht besteed aan inschrijvende partijen. Ten tweede oordeelt de voorzieningenrechter dat er geen sprake is van samenhang tussen de opdrachten. Het UMC onderscheidt zelf 72 productsoorten, maar motiveert niet waarom die productsoorten samenhangen met elkaar. Het enkele feit dat er sprake is van door het UMC gebruikte producten, maakt volgens de voorzieningenrechter niet dat er samenhang is zoals bedoeld in artikel 1.5 Aw. Bovendien valt volgens de voorzieningenrechter niet in te zien waarom een opdeling in percelen niet logisch is.

### **UMC handelt onrechtmatig – heraanbesteding geboden**

Vanwege het voorgaande oordeelt de voorzieningenrechter dat het UMC in strijd met het aanbestedingsrecht handelt. De lopende aanbesteding moet daarom worden ingetrokken en het UMC dient de opdracht opnieuw aan te besteden.

Joris Bax

# Raamovereenkomst voor onbepaalde tijd onrechtmatig

**Een raamovereenkomst voor onbepaalde tijd is in strijd met de Aanbestedingswet. Dit is een van de redenen waarom de voorzieningenrechter Zeeland-West-Brabant een aanbestedingsprocedure voor schoolboeken onrechtmatig achtte. In deze update worden nog een aantal andere bezwaren besproken.**

## **Raamovereenkomst voor onbepaalde tijd**

Het eerste bezwaar tegen de aanbesteding is dat de aanbestedende diensten, twee scholen, een raamovereenkomst voor onbepaalde tijd gunnen. De eisende partij voert aan dat dit in strijd is met de artikelen 2.140, lid 3 en 2.141 Aw. De aanbestedende dienst stelt echter dat van een raamovereenkomst geen sprake is. Volgens haar is een jaarlijkse afname gegarandeerd, wat de overeenkomst het karakter van een overheidsopdracht zou geven.

De voorzieningenrechter oordeelt dat, hoewel er inderdaad jaarlijks boeken onder de raamovereenkomst worden afgenomen tegen een vaste prijs, de aantallen en omvang niet vast staan. Volgens de voorzieningenrechter maakt dit dat de overeenkomst kwalificeert als een raamovereenkomst en niet als overheidsopdracht. Volgens artikel 2.140, lid 3 Aw is de maximale looptijd van een raamovereenkomst 4 jaar. Een uitzondering is slechts mogelijk als die deugdelijk is gemotiveerd. Nu die motivering ontbreekt, oordeelt de voorzieningenrechter dat de raamovereenkomst voor onbepaalde tijd onrechtmatig is.

## **Toepassing percelenregeling**

De aanbestede opdracht bestaat uit 5 percelen. Perceel 5 heeft een waarde van minder dan € 80.000,00. De aanbestedende dienst heeft daarom vermeld dat dit perceel conform artikel 2.19 Aw (de percelenregeling) op een later moment onderhands wordt gegund.

De eisende partij stelt dat dit een onrechtmatige toepassing van de percelenregeling is. Op grond van die regeling moeten alle percelen volgende eiseres gelijktijdig worden gegund. De aanbestedende dienst stelt echter dat de Aw niet eist dat het perceel gelijktijdig wordt gegund. De scholen menen dan ook dat zij op dit onderdeel niet in strijd met de wet handelen.

De voorzieningenrechter volgt de scholen in dit betoog. Onder verwijzing naar een vonnis van de Rotterdamse voorzieningenrechter over toepassing van de percelenregeling bij een opdracht voor werken, oordeelt de voorzieningenrechter dat het voldoende is als het onderhands te gunnen perceel gelijktijdig wordt aangekondigd met de percelen die Europees worden aanbesteed. Aangezien de aanbestedende dienst aan die verplichting heeft voldaan, handelt zij niet in strijd met de wet.

### **Toepassing nieuwe aanbestedingsrichtlijnen**

De Commissie van Aanbestedingsexperts heeft voor deze aanbestedingsprocedure drie niet-gepubliceerde adviezen gegeven. Aan deze adviezen hebben de scholen geen toepassing gegeven. Reden daarvoor was volgens de aanbestedende dienst dat de adviezen zijn gegrond op de nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2014/24. Dat is toekomstig recht en daarom hoeft er volgens de aanbestedende dienst (nog) geen toepassing aan te worden gegeven. De voorzieningenrechter, net als de CvA, oordeelt echter dat de richtlijn op de van belang zijnde punten een codificatie van jurisprudentie is. Daarmee is het dus geldend recht.

### **Conclusie**

De voorzieningenrechter oordeelt dat de aanbestedingsprocedure onrechtmatig is. De scholen worden daarom verboden de procedure voort te zetten en moeten de procedure intrekken.

### **Commentaar**

Ter zake van het oordeel over de duur van de raamovereenkomst is dit vonnis interessant. Het is naar mijn weten het eerste vonnis waarin uitdrukkelijk wordt geoordeeld dat een (raam)overeenkomst voor onbepaalde tijd in strijd met het aanbestedingsrecht is. Opgemerkt moet wel worden dat de voorzieningenrechter geen algemeen oordeel geeft. De overeenkomst is onrechtmatig omdat niet (deugdelijk) is gemotiveerd waarom een uitzondering op de maximale looptijd van vier jaar noodzakelijk is. In een ander geval, waarin die motivering wel is gegeven, zou het oordeel dus anders kunnen zijn.

Het Europees Hof van Justitie overwoog echter in haar arresten inzake Pressetext en Müller dat er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat (concessie) overeenkomsten voor onbepaalde tijd in strijd met het aanbestedingsrecht zijn. Volgens de A-G inzake Müller omdat daardoor de mededinging voor onbepaalde

6 juli 2015

tijd wordt uitgesloten, hetgeen in strijd met het doel van het communautaire aanbestedingsrecht is. Naar mijn mening zal een overeenkomst voor onbepaalde tijd dan ook niet snel toelaatbaar zijn.

Joris Bax



# Social return-eis bij leveringen in beginsel niet proportioneel

**De Commissie van Aanbestedingsexperts heeft opnieuw geadviseerd over de toepassing van een social return-eis. Deze keer betrof het een opdracht voor leveringen. De CvA overweegt dat een social return-eis bij overheidsopdrachten voor leveringen in beginsel disproportioneel is.**

## **De aanbestedingsprocedure**

Een samenwerkingsverband van verschillende gemeenten besteedt een raamovereenkomst voor de levering van print- en kopieerapparatuur aan. Daarbij wordt de eis gesteld dat ten minste 5% van de waarde van de opdracht aan social return moet worden besteed. Uitgangspunt is dat inwoners uit de gemeenten met een achterstand tot de arbeidsmarkt worden ingezet voor de uitvoering van de opdracht. De aanbestedende dienst zal de opdrachtnemer assisteren bij het vinden van geschikte kandidaten. In de offerteaanvraag is vermeld dat als er onvoldoende kandidaten zijn voor de invulling van de eis, dan wel er geen maatschappelijk verantwoorde activiteiten beschikbaar zijn waarmee de eis kan worden ingevuld, het (restant)bedrag ook gestort kan worden in een reactiveringsfonds.

Verschillende inschrijvers merken ter zake van de nota van inlichtingen op dat een opdracht voor leveringen geen of onvoldoende arbeidscomponenten heeft en dat een social return-eis daarom disproportioneel is. De aanbestedende dienst verwijst daarbij naar het gemeentelijk beleid en stelt dat een dergelijke eis bij alle opdrachten wordt toegepast. Wel wordt aangegeven dat de eis ook gerealiseerd mag worden door inzet van kandidaten op andere projecten dan de aanbestede opdracht en dat daarbij geen geografische beperkingen gelden.

## **Inschrijver: opdracht heeft geen arbeidscomponent; SROI is disproportioneel**

Een inschrijver neemt geen genoegen met deze uitleg en dient een klacht in bij de CvA. Geklaagd wordt dat de social return-eis in strijd met het aanbestedingsrecht is, meer in het bijzonder de Gids Proportionaliteit. Volgens de inschrijver heeft de opdracht nauwelijks een arbeidscomponent, waardoor de eis disproportioneel is. De aanbestedende dienst voert aan dat in overleg met de opdrachtnemer tot een concrete invulling van de eis zal worden gekomen en dat de eis ook kan worden gerealiseerd met andere projecten, zonder dat daaraan geografische beperkingen

zijn verbonden. Daarnaast verwijst de aanbestedende dienst wederom naar het gemeentelijk beleid ter zake.

### **CvA: social return bij levering disproportioneel**

De CvA neemt als uitgangspunt dat te stellen eisen een redelijke verhouding met de aanbestede opdracht moeten hebben (artikel 1.10 Aw en paragraaf 3.5.6 Gids Proportionaliteit). De CvA overweegt daarbij dat van geval tot geval beoordeeld zal moeten worden of een social return-eis in een concreet geval passend is. De CvA acht een social return-eis bij opdrachten voor leveringen in beginsel echter niet proportioneel. Reden daarvoor is de lage arbeidscomponent (een overweging die aansluit bij een eerder advies). Steun voor deze overweging vindt de CvA in de totstandkomingsgeschiedenis van de Aanbestedingswet, waarin door de Minister (ook) werd overwogen dat een social return-eis bij leveringen niet passend is.

### **Afwijking gemotiveerd mogelijk; gezichtspunten**

Volgens de CvA is afwijking van dit beginsel mogelijk. Een afwijking moet wel worden gemotiveerd. Uit de motivering moet blijken dat de social return-eis in het concrete geval proportioneel is. Gezichtspunten die volgens de CvA kunnen worden gebruikt zijn:

- de mate waarin de opdracht arbeidsextensief is;
- de looptijd van de opdracht, waarbij een minimale looptijd van 6 maanden als richtsnoer kan worden gebruikt;
- de omvang van de loonsom (minimaal € 250.000,00);
- de hoogte van het percentage social return dat moet worden gerealiseerd;
- of het percentage wordt berekend over de loonsom of de opdrachtsom;
- of er verdringing van huidig personeel is;
- of de eis aansluit bij een eventuele marktconsultatie.

De CvA concludeert dat de aanbestedende dienst onvoldoende heeft gemotiveerd dat de eis proportioneel is. Daarom acht de CvA de klacht ter zake gegrond.

### **Eis staat niet in verband met opdracht**

Ten overvloede overweegt de CvA, met verwijzing naar het Beentjes-arrest, nog dat uitsluitend voorwaarden mogen worden gesteld die in verband staan met de opdracht. De CvA meent dat aan deze voorwaarde niet is voldaan met de mogelijkheid om de social return te realiseren buiten de aanbestede opdracht. Een (social return-)eis moet volgens de CvA dus worden gerealiseerd binnen de aanbestede opdracht en niet op een andere wijze.

Joris Bax

# Aanbestedingsprocedure onrechtmatig, geen rechtsgevolgen

**Al eerder berichtten wij u dat een aanbestedende dienst ook bij een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure bepaalde verplichtingen heeft. In een recent gepubliceerd vonnis van de Noord-Nederlandse voorzieningenrechter wordt dit oordeel bevestigd.**

## **De aanbestedingsprocedure**

In augustus 2014 heeft de gemeente Oldambt drie leveranciers verzocht een offerte voor de levering van strooizout in te dienen. Onder andere Eurosalt en Beneluxsalt hebben een dergelijk verzoek gehad. De gemeente heeft van alle drie de ondernemingen een offerte ontvangen.

In september 2014 bericht de gemeente aan Eurosalt dat zij niet de economisch meest voordelige inschrijving heeft ingediend. De gemeente is voornemens met Beneluxsalt een overeenkomst te sluiten. Eurosalt kan zich hiermee niet verenigen en maakt bij brief bezwaar. Zij klaagt bij de gemeente dat niet bekend was dat gegund zou worden op basis van het criterium EMVI en dat de gemeente daardoor in strijd handelt met het aanbestedingsrecht.

In haar reactie schrijft de gemeente dat niet was gegund op basis van het criterium economisch meest voordelige inschrijving, maar op laagste prijs. De prijzen van Eurosalt en Beneluxsalt waren volgens de gemeente vergelijkbaar. De gemeente heeft de opdracht echter aan Beneluxsalt gegund, omdat Beneluxsalt de algemene inkoopvoorwaarden van de gemeente heeft geaccepteerd. Eurosalt zou volgens de gemeente daarentegen haar eigen verkoopvoorwaarden van toepassing hebben verklaard. De gemeente beëindigt de overeenkomst met Beneluxsalt niet.

Ook na een sommatie van de advocaat van Eurosalt handhaaft de gemeente haar besluit. De gemeente vermeldt dat de overeenkomst met Beneluxsalt al definitief is gesloten en het zout is geleverd.

Eurosalt kan zich met de handelswijze van de gemeente niet verenigen en dagvaart de gemeente in kort geding. Zij vordert primair dat het gunningsvoornemen wordt ingetrokken en gunning aan haarzelf. Subsidiar wordt gevorderd een maatregel te treffen die in goede justitie passend is en recht doet aan de belangen van Eurosalt.

### **Toepasselijke regelgeving**

De voorzieningenrechter gaat eerst in op het toepasselijke rechtskader. Bevestigd wordt dat er sprake is van een meervoudig onderhandse procedure, aangezien de handelswijze van de gemeente overeenstemt met de definitie daaromtrent in artikel 1.14 Aw.

Dat betekent dat de gemeente de verplichtingen die voortvloeien uit de artikelen 1.15 – 1.16 Aw heeft na te leven. Daarnaast dient de gemeente zich te conformeren aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de uit de precontractuele goede trouw voortvloeiende redelijkheid en billijkheid. In dat kader dient de gemeente ook transparant te handelen.

### **Effectieve rechtsbescherming**

Uit die beginselen vloeit volgens de voorzieningenrechter voort dat de gemeente inschrijvers een redelijke gelegenheid tot rechtsbescherming moet bieden. Zonder die mogelijkheid zijn de beginselen waar de gemeente zich aan moet conformeren immers illusoir.

Door de overeenkomst direct na gunning van de opdracht te sluiten en zelfs tot uitvoering daarvan over te gaan, heeft de gemeente die mogelijkheid niet geboden. De voorzieningenrechter oordeelt dat de gemeente daardoor in strijd heeft gehandeld met het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

### **Aanbestedingsrechtelijke verplichtingen: bekend maken eisen en gunningscriterium**

De voorzieningenrechter constateert dat de gemeente bij de uitnodiging geen duidelijkheid heeft gegeven omtrent het gunningscriterium. Sterker nog, de gemeente heeft medegedeeld dat gegund werd op basis van het criterium laagste prijs, hoewel ook andere omstandigheden een rol speelden. Zo constateert de voorzieningenrechter dat het accepteren van de inkoopvoorwaarden van de gemeente en de korrel dikte (bleek pas ter zitting) voor de gemeente ook van belang waren.

Dit alles heeft de gemeente niet bekend gemaakt bij de uitnodiging tot het indienen van een offerte. Geoordeeld wordt daarom dat de gemeente in strijd heeft gehandeld met de aanbestedingsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

### **Gevolgen onrechtmatig handelen?**

Ten slotte wordt toegekomen aan de gevolgen van dit onrechtmatig handelen. Overwogen wordt dat een gebod tot het sluiten van een overeenkomst met Eurosalt het meest recht doet aan de belangen van Eurosalt. Om twee redenen gaat de voorzieningenrechter daar niet toe over. Ten eerste omdat dan mogelijk de overeenkomst met Beneluxsalt zou moeten worden beëindigd, terwijl Beneluxsalt niet onrechtmatig heeft gehandeld. De gemeente zou ook worden geconfronteerd met extra kosten en een mogelijke schadevergoeding wegens beëindiging van de overeenkomst. Het is volgens de voorzieningenrechter daarnaast ongepast om de gemeente te gebiedten van zowel Eurosalt als Beneluxsalt zout af te nemen. Ook dan wordt de gemeente geconfronteerd met extra kosten. De reden voor het oordeel dat beide opties ongepast zijn, baseert de voorzieningenrechter op de omstandigheid dat de gemeente alle extra kosten met gemeenschapsgeld moet betalen. Het is volgens de voorzieningenrechter ongepast gemeenschapsgeld niet op de goedkoopst mogelijk wijze te besteden.

Een oplossing zou nog kunnen zijn dat aan Eurosalt een schadevergoeding wordt betaald. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat daarover niets is aangevoerd. Derhalve is er geen reële mogelijkheid de gemeente te verplichten (een voorschot op) een schadevergoeding te betalen.

De vorderingen van Eurosalt worden daarom afgewezen. De gemeente wordt wel in de proceskosten veroordeeld.

### **Commentaar**

Om meerdere redenen een interessant vonnis. Ten eerste wordt nog eens bevestigd dat aanbestedende diensten ook bij een meervoudig onderhandse procedure een mogelijkheid tot rechtsbescherming moeten bieden. Het direct na gunning sluiten van een overeenkomst, zonder dat daarvoor dringende redenen zijn, lijkt dus onrechtmatig. Een goede oplossing lijkt dan ook dat een (verkorte) Alcatel-termijn wordt gehanteerd waarin inschrijvers op straffe van verval van recht een kort geding aanhangig kunnen maken.

Ten tweede wordt bevestigd dat ook bij een meervoudig onderhandse aanbesteding er een verplichting is de criteria op basis waarvan wordt gegund, bekend te maken. Een oordeel dat voor de hand ligt, maar waarvan het goed is dat het wordt aangegeven.

Als laatste met betrekking tot de gevolgen die de voorzieningenrechter (niet) verbindt aan het onrechtmatig handelen van de gemeente. Het ligt voor de hand dat de gemeente niet wordt geboden een overeenkomst te sluiten. Dat zou in strijd zijn met het beginsel van contractvrijheid. De redenen die de voorzieningenrechter geeft, zijn voor Eurosalt waarschijnlijk uiterst onbevredigend omdat de (onrechtmatige) overeenkomst met Beneluxsalt in stand wordt gelaten. Een oordeel tot beëindiging, dan wel staking of schorsing van de overeenkomst had naar mijn mening dan ook voor de hand gelegen.

Joris Bax

# Na de aanbesteding





# Schadevergoeding na wezenlijke wijziging

Een vordering van een afgewezen inschrijver tot schadevergoeding kan pas worden toegewezen als die inschrijver voldoende aannemelijk maakt dat de opdracht aan haar zou zijn gegund. Als de aanbestedende dienst de opdracht wezenlijk wijzigt, zal de inschrijver dus aannemelijk moeten maken dat de wezenlijk gewijzigde opdracht aan hem zou zijn gegund. Het Gerechtshof Den Haag volgt hiermee de lijn die het Gerechtshof Arnhem in de spraakmakende Kadaster-zaak heeft uitgezet.

## Wezenlijke wijziging van de opdracht

De gemeente Leiden heeft in 2009, na een meervoudig onderhandse aanbesteding, een overeenkomst gesloten voor (kort gezegd) het beheren van reclamedisplays. V&R is zesde geworden in de uiteindelijke rangorde. In 2011 schrijft V&R aan de gemeente dat zij heeft geconstateerd dat de opdracht wezenlijk is gewijzigd. In 2014 (pas) wordt de gemeente verzocht de schade van V&R vanwege de wezenlijke wijziging, bestaande uit winstderving, te vergoeden. De gemeente weigert dat.

De vordering tot schadevergoeding wordt door de rechtbank afgewezen. V&R heeft volgens de rechtbank geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit zou kunnen volgen dat zij de aanbesteding met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zou hebben gewonnen.

## Gerechtshof: eiser moet aanbesteding winnen voor schadevergoeding

Ter zake van de mogelijkheid om een schadevergoeding te vorderen na een wezenlijke wijziging van een aanbestede opdracht overweegt het gerechtshof als volgt:

*“Anders dan V&R stelt, kan zij voor een vordering tot schadevergoeding echter niet volstaan met de enkele stelling dat sprake is van een dergelijke wezenlijke wijziging in de uitvoering van de aanbesteding. Hoewel op zichzelf juist is dat het onrechtmatig jegens de afgewezen inschrijvers kan zijn om zonder heraanbesteding een wezenlijke wijziging in de opdracht aan te brengen, kan de vordering tot vergoeding van gederfde winst wegens het mislopen van die gewijzigde opdracht slechts slagen als voldoende aannemelijk is dat V&R de opdracht gegund zou hebben gekregen wanneer zij op de gewijzigde opdracht had kunnen inschrijven. Als die conclusie*

*niet kan worden getrokken heeft het gestelde onrechtmatig handelen, dan wel wanprestatie, van de Gemeente voor V&R immers niet tot schade geleid."*  
(onderstreping, auteur)

Het Gerechtshof Den Haag oordeelt dus dat, wil een vordering tot schadevergoeding slagen, de eisende inschrijver voldoende aannemelijk moet maken dat zij de aanbesteding zou hebben gewonnen, als de aanbesteder niet in strijd met het aanbestedingsrecht had gehandeld. In casu: als de gemeente na de wezenlijke wijziging een heraanbesteding had gehouden. Daarmee volgt het Haagse hof de lijn van het Arnhemse Gerechtshof die is uitgezet in de Kadaster-zaak.

Geoordeeld wordt dat V&R dat niet aannemelijk heeft gemaakt. Het gerechtshof neemt in aanmerking dat V&R bij de oorspronkelijke aanbesteding als laatste (zesde) is geëindigd, zij had de laagste totaalscore én de laagste score op het onderdeel waarvoor de meeste punten waren te verdienen. Had V&R aannemelijk willen maken dat zij bij een heraanbesteding van de gewijzigde opdracht had gewonnen, dan had zij volgens het gerechtshof in ieder geval inzicht moeten geven in de onderlinge posities van de inschrijvers en de afstand die zij innam tot de andere inschrijvers. Tevens had zij moeten ingaan op de wijze waarop zij haar inschrijving vanwege de wezenlijke wijziging had weten te verbeteren en de (on)mogelijkheid van andere inschrijvers daartoe.

Het gerechtshof overweegt ten overvloede dat voor een schatting van de schade ten gevolge van een gemiste kans op de opdracht geen plaats is. Daaraan ligt volgens het hof ten grondslag dat de kans op schade voor V&R, gezien haar laagste positie bij de aanbesteding, nihil of zeer klein is.

De vordering van V&R wordt daarom ook in hoger beroep afgewezen.

### **Commentaar**

Uit het besproken arrest lijkt te volgen dat het uitgangspunt voor een schadevergoeding wegens onrechtmatig aanbestedingsrechtelijk handelen lijkt te zijn dat een inschrijver aannemelijk moet maken dat hij de aanbesteding zou hebben gewonnen. Schade vanwege een zogenaamde 'gemiste kans', is volgens het hof de uitzonderingssituatie. Overigens volgt uit het arrest niet of V&R gevorderd heeft dat de gemeente tot het houden van een heraanbesteding zou worden veroordeeld. Hetgeen meer op de weg had gelegen gezien het bekende Preettext-arrest.

Joris Bax

# Intrekken en heraanbesteden: waar moet je op letten?

**Het komt in de praktijk geregeld voor dat een aanbesteder een aanbestedingsprocedure wenst in te trekken om de opdracht vervolgens (al dan niet gewijzigd) opnieuw aan te besteden. Dat mag echter niet zonder meer. Hieronder in het kort de hoofdregels.**

## **Vrijheid om in te trekken**

Vanwege de contractsvrijheid is een aanbestedende dienst niet verplicht om te gunnen. Het ontbreken van deze rechtsplicht geldt temeer indien een dergelijk intrekingsvoorbehoud in de aanbestedingsstukken is opgenomen. Uitgangspunt is dus dat een aanbestedingsprocedure te allen tijde mag worden ingetrokken.

Niettemin moet een aanbestedende dienst ook bij een intrekking rekening houden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene beginselen van aanbestedingsrecht (waaronder mede begrepen de precontractuele goede trouw). Een intrekking die uitsluitend is ingegeven door favoritisme (een winnaar die de aanbesteder niet bevalt) zou daardoor in principe nog steeds met succes kunnen worden aangevochten. Verder moet worden bedacht dat als op onzorgvuldige wijze is besloten tot het uitzetten van een aanbestedingsprocedure er vervolgens bij intrekking een plicht kan ontstaan de schade (inschrijfkosten) van een inschrijver te vergoeden. De Bossche voorzieningenrechter verwoordde de maatstaf voor een dergelijke schadevergoedingsplicht in 2008 als volgt: “(..) een attitude van organen van het [Partij B] van de strekking: *‘We zien het eigenlijk niet zitten, maar laten we toch maar een aanbesteding houden, je weet nooit hoe een koe een haas vangt’*”.

## **Wanneer mag je (ongewijzigd) heraanbesteden?**

Uitgangspunt om vervolgens tot heraanbesteding over te mogen gaan, is dat de opdracht wezenlijk wordt gewijzigd.

Het wezenlijk wijzigen van de opdracht bij een heraanbesteding kan achterwege blijven als:

- 1 er procedurele gebreken aan de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure kleven waardoor een rechtmatige gunning niet meer mogelijk is;
- 2 er geen dan wel slechts 1 geldige inschrijving is gedaan.

### **Wanneer is er sprake van een wezenlijke wijziging?**

Van een wezenlijke wijziging van de opdracht is sprake als:

- 1 die wijziging, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken zou zijn verwerkt, zou hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers of tot de keuze voor een andere inschrijving dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen;
- 2 de opdracht door die wijziging wordt uitgebreid tot werken, leveringen of diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen; of
- 3 het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.

Verder volgt uit rechtspraak en adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts dat bij een intrekking en heraanbesteding de wijziging(en) betrekking moet(en) hebben op de specificaties van de opdracht zelf en niet op de wijze van beoordeling of de aan de inschrijver te stellen eisen. Dit om het risico van (ongeoorloofde) manipulatie in te perken.

### **Voor meer informatie**

Dit artikel is een summiere samenvatting van mijn [annotatie](#) die is gepubliceerd in het tijdschrift Jurisprudentie Aanbestedingsrecht. Daarin wordt de mogelijkheid tot intrekking en heraanbesteding uiteengezet aan de hand van de uitspraak van de Haagse kort gedingrechter van 24 april 2015 en advies nummer 153 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

mr. Tony van Wijk

# Terugkomen op gunningsvoornemen toegestaan?

**Bij herbeoordeling van inschrijvingen en de daaropvolgende herziening van een gunningsvoornemen dient de aanbestedende dienst inschrijvers in alle gevallen tijdig te informeren. De intrekking van het oorspronkelijke gunningsvoornemen moet hij bovendien motiveren, aldus de Commissie van Aanbestedingsexperts in een recent advies.**

## **Feiten**

Het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvA) betrof een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor het woonrijp maken van een woning. Op die procedure was het ARW 2012 van toepassing.

Een ruime maand na verzending van het oorspronkelijke gunningsvoornemen stuurt de beklagde aanbesteder plotseling een brief met de mededeling dat de gunningsbeslissing is ingetrokken en dat een herbeoordeling van de inschrijvingen zal plaatsvinden. Motivering van de intrekking blijft vervolgens uit, ondanks herhaalde verzoeken daartoe van de klager. Enkele weken later volgt een brief van de aanbestedende dienst met de boodschap dat uit de herbeoordeling een nieuwe winnaar is gekomen.

De herbeoordeling was volgens de beklagde nodig, nu hij er door een andere inschrijver op was gewezen dat de oorspronkelijke beoordelingscommissie ten onrechte varianten ten aanzien van het toepassen van natuursteen niet had meegewogen in haar oordeel.

## **Terughoudende omgang met klachten van verliezende inschrijvers**

De CvA opent haar beoordeling van de (hoofd)klacht met een open deur van formaat:

*“6.3.2. (...) de aanbestedende dienst [dient] (...) zeer terughoudend te zijn met het ingaan op suggesties van een afgewezen inschrijver, zoals de suggestie dat bij de beoordeling van de inschrijvingen eisen of criteria die in de aanbestedingsstukken zijn bepaald verkeerd zijn geïnterpreteerd en/of toegepast.”*

Het spreekt voor zich dat een zorgvuldige aanbesteder op grond van een nauwelijks onderbouwde suggestie van een verliezende inschrijver niet snel tot een ander gunningsvoornemen zal komen. Een aanbestedende dienst mag echter in beginsel uit eigen beweging dan wel naar aanleiding van een klacht op een voorlopige gunningsbeslissing terugkomen. Dat is volgens de rechtbank Den Haag ook toegestaan na het verstrijken van de opschortingstermijn voor definitieve gunning (Alcatel-termijn; art. 2.127 Aanbestedingswet 2012).

### **Geen intrekking zonder schriftelijke mededeling en motivering**

In het aan haar voorliggende geval oordeelde de CvA dat de beklagde zijn gunningsvoornemen niet had mogen intrekken en tot herbeoordeling had mogen overgaan zonder die (voorgenomen) intrekkingbeslissing eerst schriftelijk aan inschrijvers mede te delen en te motiveren. In dat geval hadden inschrijvers zich kunnen beraden over de vraag of en hoe zij tegen die beslissing hadden willen opkomen. De aanbesteder heeft daarom gehandeld in strijd met de beginselen van gelijkheid en transparantie.

### **Saillant detail**

Een andere – inhoudelijk minder interessante – klacht die in deze zaak voorlag, is de klacht dat de oorspronkelijke beoordelingscommissie het bij het rechte eind had: de varianten hadden inderdaad niet moeten worden beoordeeld. De CvA overweegt:

*“6.2.6 Hetgeen in 6.2.5 is overwogen laat naar het oordeel van de Commissie onverlet dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers [de aanbestedingsstukken] op dezelfde wijze zullen mogen interpreteren, in de zin dat [die stukken] het aanbieden van varianten ten aanzien van het toe te passen natuursteen in ieder geval niet [toestaan].” (onderstreping FJJC)*

De oorspronkelijke beoordelingscommissie had het dus bij het rechte eind en de herbeoordeling had dus überhaupt nooit mogen worden uitgevoerd. Verder betekent dit dat het oorspronkelijke gunningsvoornemen dus juist was.

### **Commentaar**

Uit het advies van de CvA volgt dat aanbesteders bij intrekking van een gunningsvoornemen en herbeoordeling dus achtereenvolgens twee beslissingen moeten nemen:

- een schriftelijk besluit tot intrekking van het gunningsvoornemen met motivering daarvan, gevolgd door een termijn waarin inschrijvers zich kunnen beraden over vervolgstappen; en
- een beslissing houdende een herbeoordeling, gevolgd door een nieuwe Alcatel-termijn.

Overigens is niet uitgesloten dat het advies ook geldt voor een besluit tot heraanbesteding. Praktisch is deze formele benadering niet. Niet valt in te zien waarom beide besluiten niet gelijktijdig zouden kunnen worden genomen. Voornaamste bezwaar in het advies van de CvA lijkt immers te zijn dat het besluit tot intrekking niet onmiddellijk is gemotiveerd. Ik sluit dan ook niet uit dat een besluit houdende intrekking van een gunningsvoornemen met gelijktijdig de uitslag van een herbeoordeling en een motivering, toch rechtens toelaatbaar is.

Frank Cornelissen

# Verschuiving opleverdatum geen wezenlijke wijziging

**Als de opleverdatum wordt verschoven vanwege een kort geding tegen de voorlopige gunning, is van een wezenlijke wijziging van de overeenkomst geen sprake. De Haagse voorzieningenrechter oordeelt dat niet valt in te zien waarom vanwege een dergelijke verschuiving**

## **Achtergrond van de opdracht**

Het Ministerie van Defensie is eind 2013 een aanbestedingsprocedure begonnen voor de aanleg van een aantal schietbanen. Op de opdracht was de UAV-GC van toepassing verklaard.

De opdrachtnemer diende schietbanen te ontwerpen, te realiseren en voor meerdere jaren te onderhouden. Het definitief ontwerp moest drie maanden na de definitieve gunning te worden ingediend. In het definitief ontwerp moesten in ieder geval certificaten zijn opgenomen waaruit bleek dat de materialen die gebruikt zijn voor de kogelvangers wanden daarvoor geschikt zijn.

De opdracht wordt voorlopig gegund aan ECC. Autron, de enige andere inschrijver, maakt ter zake van de voorlopige gunning een kort geding aanhangig. Bij vonnis van 4 juli 2014 worden de vorderingen van Autron afgewezen. De overeenkomst wordt vervolgens op 16 september 2014 definitief gesloten. ECC dient op 7 januari 2015 het definitief ontwerp in. Het ministerie bericht ECC dat bij het definitief ontwerp niet de juiste certificaten zijn ingediend. ECC wordt daarom in de gelegenheid gesteld een nieuw definitief in te dienen met de juiste certificaten.

Autron maakt tegen deze gang van zaken bezwaar en stelt dat de opdracht wezenlijk wordt gewijzigd. Als bij de oorspronkelijke aanbesteding bekend was dat de termijn voor het aanleveren van de ontwerpen en de opleverdatum zouden worden verlengd en bekend was dat de opdrachtnemer een hernieuwde aanvraag voor het ontwerp mocht indienen, zouden volgens Autron ook andere marktpartijen hebben ingeschreven.

## **Geen wezenlijke wijziging**

Ter zake van de verschoven (oplever- en mijlpaal) data overweegt de voorzieningenrechter dat geen sprake is van een wezenlijke wijziging. Volgens



de voorzieningenrechter ligt het risico van een te late oplevering niet altijd in de risicosfeer van de opdrachtnemer. De data voor het aanleveren van de ontwerpen en de opleverdata waren afhankelijk van de datum waarop de overeenkomst werd gesloten. Het sluiten van de overeenkomst was echter uitgesteld vanwege een kort geding dat Autron aanhangig had gemaakt. Deze omstandigheden liggen niet in de risicosfeer van ECC en maken ook niet dat de opdracht wezenlijk is gewijzigd.

Over de gevolgen van het niet tijdig kunnen beschikken over de noodzakelijke certificaten, dan wel het feit dat die een tweede keer konden worden aangevraagd, is in de aanbestedingsprocedure niets geregeld. Dat feit kan dus ook niet tot de conclusie leiden dat sprake is van een wezenlijke wijziging.

### **Auton geen belang bij uitvoering overeenkomst**

Ten slotte twijfelt Autron aan de veiligheid van de ontwerpen van ECC. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat die twijfels niet relevant zijn. De veiligheid van de banen is immers de verantwoordelijkheid van de Staat. Het ministerie hoeft ook niet te motiveren dat ECC volgens haar het werk deugdelijk uitvoert nu Autron slechts twijfels uit.

### **Commentaar**

Dit Haagse vonnis biedt enige aanknopingspunten voor de invulling van het begrip wezenlijke wijziging. In het algemeen blijft van belang dat de omstandigheden die een wijziging veroorzaken, niet in de risicosfeer van de opdrachtnemer mogen liggen. Als echter vanwege een kort geding ter zake van het gunningsvoornemen de opleverdatum en eventuele mijlpaaldata worden verschoven, dan wel om die reden bouwtijdverlenging wordt toegekend, lijkt er van een wezenlijke wijziging geen sprake te zijn.

Uit het vonnis volgt verder dat een derde in beginsel geen belang heeft bij informatie over de uitvoering van de overeenkomst, als die derde uitsluitend twijfels uit over de deugdelijkheid van de uitvoering. Een opdrachtgever is dus in beginsel niet gehouden informatie over de uitvoering van de overeenkomst te verstrekken als een derde daar, zonder (deugdelijke) motivering, naar vraagt.

Joris Bax

## Na definitieve gunning kan een inschrijver niet alsnog zijn eigen algemene voorwaarden laten prevaleren

**Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft bij arrest van 21 april 2015 het uitgangspunt bevestigd dat als na een aanbesteding definitief wordt gegund, een perfecte overeenkomst is ontstaan. Daarna kan door de gegunde partij niet alsnog zijn eigen algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard die uitdrukkelijk geen onderdeel uitmaken van de aanbestedingsstukken.**

Dit lijkt logisch, maar saillant detail was dat na de definitieve gunning de Duitse winnaar een bevestigingsbrief ter ondertekening naar de aanbestedende dienst had gestuurd met verwijzing naar de eigen algemene voorwaarden (met onder meer een keuze voor Duits recht en een aanwijzing van een bevoegde rechter in Duitsland). Deze brief was vervolgens tijdens de gemeente ondertekend geretourneerd en voorzien van een gemeentestempel. De Duitse winnaar nam daarom het standpunt in dat deze 'nieuwe overeenkomst' prevaleert. Het Hof springt voor de aanbestedende dienst in de bres met het oordeel dat de aanbestedingsvoorwaarden zijn blijven gelden en dat de na inschrijving genoemde algemene voorwaarden hoogstens een aanvullende betekenis kunnen hebben voor onderwerpen die niet in de aanbestedingsstukken zijn geregeld. Dat is in ieder geval niet aan de orde met betrekking tot de duidelijke aanbestedingsvoorwaarden dat Nederlands recht van toepassing is en de Nederlandse rechter bevoegd is.

Tony van Wijk

# Procederen over aanbestedingen



## Kort geding tegen de gunningsbeslissing - verplichting tot interventie?

De winnende inschrijver maakt misbruik van procesrecht als hij een eigen kort geding start vanwege ene wijziging van de gunningsbeslissing naar aanleiding van een eerder kort geding waarin hij niet heeft geïntervenieerd. De Utrechtse voorzieningenrechter oordeelt dat deze 'winnaar' in zijn eigen kort geding daarom niet-ontvankelijk is.

### Kort geding tegen de voorlopige gunning ...

Tegen de voorlopige gunning in een aanbesteding van de Kamer van Koophandel start Vodafone een kort geding. De KvK deelt dit spoedig na ontvangst van de dagvaarding mede aan de 'winnaar'. Tevens ontvangt de 'winnaar' een kopie van de dagvaarding. Die komt in het kort geding echter niet tussen.

Als Vodafone het kort geding wint, wordt de gunning ingetrokken en wordt de opdracht conform het vonnis alsnog voorlopig aan Vodafone gegund. De KvK deelt de uitkomst van het kort geding onverwijld nadat het vonnis bekend is geworden mee aan de 'winnaar'.

De voormalig winnaar start vervolgens een eigen kort geding tegen deze tweede gunning.

### ... verplichting tot interventie(?)

De voorzieningenrechter overweegt dat als een partij een kort geding start, met het doel een eerdere beslissing in kort geding terug te draaien, dit misbruik van procesrecht kan opleveren als de eiseres in deze tweede procedure in het eerste kort geding niet is tussengekomen. Hiermee volgt de voorzieningenrechter een eerder vonnis van de Gelderse voorzieningenrechter.

Over een mogelijke verplichting tot interventie in een kort geding overweegt de voorzieningenrechter als volgt:

*“Vooropgesteld moet immers worden dat het met het oog op een vlot verloop van de aanbesteding nodig is dat er snel en doeltreffend wordt geprocedeerd over de vraag of een gunningsbesluit rechtsgeldig is. Dat brengt met zich dat indien binnen de daarvoor gestelde korte termijn door een inschrijver een kort geding tegen een gunningsbeslissing aanhangig wordt gemaakt, andere inschrijvers die bij de uitkomst van dat kort geding belang hebben zoveel mogelijk gebruik zullen moeten maken van de mogelijkheid tot tussenkomst en voeging, zodat in één ronde,*

*rekening houdend met de standpunten en belangen van alle betrokkenen die bij de gunningsbeslissing belang hebben, kan worden beslist. Die mogelijkheid zonder goede grond niet benutten en vervolgens in een afzonderlijke procedure een hernieuwde beoordeling van de rechter te vragen, past niet bij het karakter van het aanbestedingsrecht.*

Als de 'winnaar' om eigen redenen niet tussenkomt, maar in een later kort geding alsnog de rechtmatigheid van de eerste gunning wil aanvechten, maakt zij misbruik van procesrecht. Eiseres wordt daarom in haar eigen procedure niet-ontvankelijk verklaard.

Uit dit vonnis lijkt dus (opnieuw) een verplichting voor inschrijvers voort te vloeien om in een kort geding tussen te komen. Als zij dat niet doen, maar in een later kort geding, na wijziging van de gunningsbeslissing vanwege het eerste kort geding, dan zijn zij niet-ontvankelijk in hun eigen procedure als de argumenten die zij aanvoeren al onderwerp waren, of hadden kunnen zijn, van het eerste kort geding.

Joris Bax

# Meerdere aanbestedende diensten? Dan kan een inschrijver ze slechts tezamen aanspreken

**Als meerdere diensten samen een opdracht aanbesteden, vormen zij in die aanbestedingsprocedure samen de aanbestedende dienst. Een inschrijver die een kort geding aanhangig maakt, moet daarom alle aanbesteders dagvaarden. In een zaak waar een inschrijver dit naliët, verklaarde de Noord-Hollandse voorzieningenrechter haar niet-ontvankelijk.**

In de zaak die aan de voorzieningenrechter voorlag, ging het om een gezamenlijke Europese aanbestedingsprocedure voor meetdiensten door het Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier (HHNK), het Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard (HHSK) en Waterschap Hollandse Delta (WSHD). Stedin Meetbedrijf B.V. (Stedin) had op deze aanbesteding ingeschreven. Nadat zij kennis had genomen van het voornemen om aan een andere inschrijver te gunnen, maakte Stedin een kort geding aanhangig. Ze had echter alleen HHNK gedagvaard.

De voorzieningenrechter stelt in zijn vonnis eerst vast dat HHNK, HHSK en WSHD gedrieën als één aanbestedende dienst hebben te gelden. Dat blijkt onder meer uit de volgende passages uit de inschrijvingsleidraad:

*“**Aanbestedende dienst / Aanbesteder** [HHNK] die deze aanbesteding uitvoert mede namens [HHSK] en [WSHD].”*

*“**Opdrachtgever** HHNK, HHSK, WSHD na gunning van de Opdracht.”*

*“**1.4.1 Aanleiding** (...) Derhalve hebben HHNK, HHSK en WSHD besloten gezamenlijk een Europese aanbesteding uit te schrijven teneinde één Meetbedrijf te contracteren voor het uitvoeren van alle wettelijke meetdiensten ten behoeve van alle drie de organisaties.”*

*“**1.4.2 Doel van de aanbesteding** (...) om voor HHNK, HHSK en WSHD per 1 april 2015 een Overeenkomst in te laten gaan (...).”*

*“HHNK, HHSK en WSHD hebben de in te kopen leveringen en diensten samengevoegd (geclusterd) (...).”*

De aanbesteding is dus uitgevoerd door HHNK, mede namens HHSK en WSHD. Ten aanzien van de aanbestede opdracht zullen ze na gunning alle drie tezamen als opdrachtgever gelden.

Partijen zijn in beginsel vrij te bepalen of en tegen wie zij hun rechten willen handhaven. Die vrijheid bestaat echter niet als tussen twee of meer partijen een processueel ondeelbare rechtsverhouding heerst. Worden in dat geval niet al die partijen gedagvaard, dan kunnen de (wél) gedaagden de exceptio plurium litis consortium inroepen. Nu vaststaat dat de aanbesteders samen één aanbestedende dienst vormen, overweegt de voorzieningenrechter dat die exceptie in deze zaak van toepassing is. Stedin had daarom niet uitsluitend HHNK moeten dagvaarden, maar ook HHSK en WSHD. Nu zij dat heeft nagelaten, is ze niet-ontvankelijk in haar vordering.

In de praktijk komt het met regelmaat voor dat meerdere aanbesteders hun krachten bundelen (en kosten besparen) door gezamenlijk aan te besteden. Inschrijvers op een dergelijke aanbesteding moeten er dus op bedacht zijn dat als zij ter zake van het gunningsvoornemen een kort geding willen starten, alle aanbesteders (gezamenlijk) moeten worden gedagvaard. Mocht het tot een kort geding komen, dan is het voor aanbesteders juist raadzaam zich op de niet-ontvankelijkheid van de eiser te beroepen als niet alle aanbestedende diensten zijn gedagvaard.

Frank Cornelissen



## Artikel 4.15 Aanbestedingswet niet limitatief

**Het Gerechtshof Den Bosch heeft in een recent arrest geoordeeld dat de gronden tot vernietiging van een overeenkomst (artikel 4.15, lid 1 Aw) niet limitatief zijn. Als een schending van het aanbestedingsrecht wordt vastgesteld, kunnen ook andere middelen uit het (nationale) recht worden aangewend om die schending 'recht te zetten'.**

### **Toegang tot opdracht belemmerd?**

Dit arrest betreft het hoger beroep tussen de Veiligheidsregio Midden en West Brabant en meerdere ondernemingen. De Veiligheidsregio is een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de levering van portofoons gestart. Zij heeft als minimumeis voorgeschreven dat uitsluitend mocht worden ingeschreven met portofoons die zijn ontwikkeld op basis van TDMA techniek.

Verschillende ondernemers betogen echter dat met deze eis de toegang tot de opdracht onrechtmatig wordt beperkt. Deze leveranciers stellen dat zij portofoons kunnen leveren die gebaseerd zijn op de FDMA techniek, maar technisch wel gelijkwaardig zijn aan wat is uitgevraagd. Daarnaast zou de opdracht zijn toegeschreven naar Motorola, omdat uitsluitend portofoons van Motorola aan de eisen zouden kunnen voldoen.

Uiteindelijk zijn er slechts 2 inschrijvers, waarvan 1 partij inschrijft met apparatuur van Motorola. Andere partijen zien af van een inschrijving vanwege voornoemde minimumeis.

### **Eerste aanleg: te korte termijn om deugdelijke aanbieder in te dienen**

In kort geding wordt aangevoerd dat de Veiligheidsregio door voornoemde minimumeis in strijd met het aanbestedingsrecht heeft gehandeld, meer in het bijzonder met artikel 2.75 Aw. Uitsluitend portofoons die gebaseerd zijn op TDMA techniek kunnen immers meedingen naar de opdracht.

De voorzieningenrechter wijst de vordering tot heraanbesteding van één perceel toe. Echter niet omdat de toegang tot de opdracht wordt belemmerd door de voorgeschreven techniek, maar omdat de termijn om een inschrijving in te dienen te kort zou zijn. De voorzieningenrechter oordeelt verder dat een kort geding niet de procedure is om vast te stellen of uitsluitend apparatuur van Motorola aan de eisen kan voldoen. Voor 2 andere percelen mag de gunning doorgang vinden.

### **Hoger beroep: technische eis belemmerd toegang tot opdracht**

Na vonnis in eerste aanleg wordt het gunningsvoornemen voor de percelen 2a en 2b gepubliceerd, met een opschortingstermijn van 20 dagen. Nadat het hoger beroep aanhangig is gemaakt worden de overeenkomsten voor die twee percelen alsnog gesloten. Dit is echter niet bekend gemaakt aan de ondernemers die het hoger beroep aanhangig maakten. Zij hadden namelijk niet ingeschreven.

In hoger beroep oordeelt het Gerechtshof echter dat de voorgeschreven techniek de toegang tot de opdracht op onrechtmatige wijze belemmert (artikel 2.75, lid 2 Aw). Het stond de Veiligheidsregio niet vrij om (uitsluitend) TDMA-techniek dwingend voor te schrijven, nu er op de markt ook een gelijkwaardige andere techniek beschikbaar is.

De Veiligheidsregio heeft in de aanbestedingsdocumenten ook niet gemotiveerd waarom het voorschrijven van TDMA objectief gerechtvaardigd is. Ter zitting zijn daarvoor door de Veiligheidsregio nog wel stellingen opgeworpen, maar het gerechtshof oordeelt dat dat te laat is en dat die stellingen, vanwege de gemotiveerde betwisting door de leveranciers, onvoldoende onderbouwd zijn. De Veiligheidsregio heeft dan ook, zo oordeelt het Hof, in strijd met het aanbestedingsrecht gehandeld. Dit geldt ook voor de percelen 2a en 2b. Het beroep van de Veiligheidsregio op een belangenafweging, wijst het hof (voor die percelen) af.

### **artikel 4.15 Aw is niet limitatief**

Vervolgens komt aan de orde welke rechtsgevolgen aan dat oordeel moeten worden verbonden. Volgens het hof moet de vraag worden beantwoord of de opsomming van gronden tot vernietiging van een overeenkomst (artikel 4.15 Aw) limitatief is. Geoordeeld wordt dat voor die conclusie geen redenen zijn. De gronden tot vernietiging in artikel 4.15 Aw zijn een implementatie van de Europese rechtsbeschermingsrichtlijn en moeten worden gekwalificeerd als een minimum-eis. Toepassing van andere (nationale) rechtsmiddelen wordt daardoor niet uitgesloten. Volgens het hof is het dus mogelijk om (ook) andere rechtsmaatregelen te nemen om een schending van het aanbestedingsrecht te corrigeren. Die kunnen worden toegewezen op andere gronden dan genoemd in artikel 4.15 Aw.

Aangezien het hof meent dat voorshands voldoende aannemelijk is dat de Veiligheidsregio in een bodemprocedure wordt geboden de gesloten overeenkomsten te beëindigen, wijst zij de vordering tot schorsing en het

geschorst houden van de overeenkomsten toe. Voor het toewijzen van een vordering tot beëindiging van de overeenkomsten, biedt een kort geding geen mogelijkheden. Dat is immers geen ordemaatregel.

### **Commentaar**

Op het eerste gezicht lijkt het Bossche gerechtshof een principieel (nieuw) arrest te wijzen met het oordeel dat de gronden in artikel 4.15 Aw niet limitatief zijn. Het hof meent echter dat vernietiging van een overeenkomst niet de enige mogelijkheid is om een schending van het aanbestedingsrecht te herstellen. De mogelijkheid tot vernietiging van een overeenkomst, zoals neergelegd in artikel 4.15 Aw, is eerder een aanvulling van de reeds bestaande (nationale) mogelijkheden, zoals een gebod tot opzegging, ontbinding of beëindiging van een overeenkomst. Volgens het Bossche hof kan een vordering tot bijvoorbeeld beëindiging van een overeenkomst (ook) worden toegewezen op andere gronden dan die benoemd in artikel 4.15 Aw. In die zin is artikel 4.15 Aw dus niet limitatief. Het arrest is dus eerder een bevestiging van eerdere jurisprudentie.

Joris Bax



# Uitzonderingen op de aanbestedingsplicht



# Besluitvorming voor het uitsluitend recht

Een alleenrecht moet worden verleend bij wet of besluit. Uit een recent gepubliceerd vonnis van de Rechtbank Gelderland lijkt te volgen dat dat besluit algemeen verbindend moet (kunnen) zijn. Daarnaast lijkt een enkele publicatie van de besluiten achteraf op een website van de besluitnemer onvoldoende. Een vonnis dat van belang is voor de praktijk.

## Uitsluitend recht voor afvalinzameling

Een aantal Gelderse gemeenten was voornemens een uitsluitend recht/ alleenrecht te verlenen aan Afvalsturing. Namens de gemeenten heeft RNV in december 2013 daarom een overeenkomst met Afvalsturing gesloten.

In maart 2014 wordt door AVR bezwaar gemaakt tegen de overeenkomst. AVR voert aan dat de gemeenten de opdracht voor afvalinzameling onterecht niet hebben aanbesteed. De gemeenten stellen echter dat voor een Europese aanbestedingsprocedure geen noodzaak was. Zij maken namelijk gebruik van de mogelijkheid een alleenrecht te sluiten op grond van artikel 2.24, sub a jo. artikel 1.1 Aanbestedingswet. Ingevolge dat artikel hoeft dan geen Europese aanbestedingsprocedure te worden gehouden.

## Wanneer voldoet het besluit?

De rechtbank stelt voorop dat de opdracht van de gemeenten in beginsel een aanbestedingsplichtige opdracht is. Tevens stelt de rechtbank vast dat de gemeenten de opdracht niet hebben aanbesteed.

Vervolgens wordt getoetst of er een rechtmatig alleenrecht is verleend. Daarvoor moet aan de volgende criteria zijn voldaan:

- het recht wordt verleend door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst;
- het recht wordt verleend bij wettelijk voorschrift of bij besluit;
- het betreft het recht om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten;
- het recht is verenigbaar met het VWEU.

Centraal staat de vraag of het besluit dat aan het alleenrecht ten grondslag ligt, voldoet. Daarvoor wordt aansluiting gezocht bij artikel 18 van de Algemene Richtlijn. Daarin is bepaald dat het alleenrecht moet zijn gebaseerd op

*“bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen”*. De rechtbank interpreteert deze bepaling zo dat het daarbij moet gaan om

*“algemeen verbindende voorschriften, zoals die kunnen zijn vervat in een wet, een algemene maatregel van bestuur of een verordening”*.

Het besluit dat ten grondslag ligt aan het onderhavige alleenrecht is volgens de rechtbank een intern besluit van de Colleges van Burgemeester & Wethouders van de verschillende gemeenten. Deze besluiten zijn niet algemeen verbindend en dienen slechts ter voorbereiding op een privaatrechtelijke rechtshandeling, namelijk het sluiten van de overeenkomst met Afvalsturing. Bovendien werden de besluiten niet publiekelijk aangekondigd, maar zijn die uitsluitend achteraf op de website van de gemeenten gepubliceerd. Ten slotte zijn de besluiten volgens de gemeenten niet vatbaar voor bezwaar en beroep.

Hoewel de besluiten wel gelijk kunnen worden gesteld met besluiten zoals bedoeld in artikel 1:3 Awb, oordeelt de rechtbank dat er geen sprake is van een besluit zoals bedoeld in artikel 1.1 Aanbestedingswet en artikel 18 Algemene Richtlijn. Daarom is niet voldaan aan de criteria voor een alleenrecht. De rechtbank vernietigt daarom de met Afvalsturing gesloten overeenkomsten.

### **Commentaar**

Het besproken vonnis verduidelijkt de criteria voor het verlenen van een alleenrecht. In het bijzonder de criteria die worden gesteld aan het te nemen besluit. Hoewel de rechtbank (geen concrete) eisen stelt aan het te nemen besluit, zijn een aantal interessante punten wel uit het vonnis af te leiden:

- het besluit moet algemeen verbindend zijn; daarvoor volstaat in ieder geval een besluit vervat in een wet, een AMvB of een (gemeentelijke) verordening;
- het besluit moet publiekelijk worden aangekondigd; een enkele publicatie achteraf op de gemeentelijke website is waarschijnlijk onvoldoende.

Met deze punten in het achterhoofd, zal in de praktijk waarschijnlijk makkelijker een rechtmatig alleenrecht kunnen worden verleend.

Joris Bax



# Onderhandse gunning leerlingenvervoer vanwege dwingende spoed

De gemeente Amsterdam heeft op 29 juni 2015 Willemsen De Koning (WDK) laten weten dat de overeenkomst voor leerlingenvervoer niet wordt verlengd. Vervolgens heeft de gemeente Connexxion opdracht gegeven het leerlingenvervoer voor het aankomende schooljaar te verzorgen. WDK is hiertegen met een kort geding opgekomen. Volgens WDK stond het de gemeente niet (meer) vrij de overeenkomst te beëindigen althans niet te verlengen en zou de onderhandse gunning aan Connexxion onrechtmatig zijn. De Amsterdamse kort gedingrechter geeft WDK ongelijk.

## Geen verplichting tot verlenging van de overeenkomst

De overeenkomst bevatte de optie tot verlenging en volgens WDK zou zijdens de gemeente het gerechtvaardigde vertrouwen zijn gewekt dat tot verlenging zou worden overgegaan. De rechter oordeelt op basis van de feiten dat de gemeente géén onvoorwaardelijke toezegging had gedaan. Evenmin zou bij WDK het gerechtvaardigd vertrouwen zijn gewekt dat de overeenkomst met een jaar zou worden verlengd. De gemeente heeft er volgens de rechter namelijk steeds in haar communicatie richting WDK op gewezen dat er aandachtspunten waren. Het stond de gemeente ook vrij WDK aan een onderzoek te onderwerpen en naar aanleiding van de uitkomst daarvan niet tot verlenging over te gaan.

## Onderhandse gunning voor het nieuwe schooljaar toegestaan wegens dwingende spoed

Vervolgens heeft de gemeente zonder nieuwe aanbestedingsprocedure contact met Connexxion gezocht en de opdracht voor het leerlingenvervoer voor één jaar (voorlopig) aan haar gegund. Dat jaar zou de gemeente dan gebruiken om een nieuwe aanbestedingsprocedure op te zetten voor de daaropvolgende schooljaren.

Artikel 2.32 onder c Aanbestedingswet bepaalt dat een onderhandse gunning vanwege dwingende spoed mogelijk is *“voor zover zulks strikt noodzakelijk is, ingeval de termijnen van de niet-openbare procedure of de openbare procedure wegens dwingende spoed niet in acht kunnen worden genomen als gevolg van gebeurtenissen die door de aanbestedende dienst niet konden worden voorzien en niet aan de aanbestedende dienst zijn te wijten.”*

WDK stelt dat aan de voorwaarden van dit artikel niet is voldaan. De rechter volgt WDK niet. Het is voldoende aannemelijk dat de gemeente geen tijd meer heeft om aan te besteden. Half augustus 2015 moeten de leerlingen namelijk al worden vervoerd en het gaat om een kwetsbare doelgroep waarbij betrouwbaarheid en continuïteit van het grootste belang zijn.

Ook wordt voldaan aan de voorwaarde dat sprake is van een omstandigheid die onvoorzien en niet aan de aanbestedende dienst te wijten was. De (late) opzegging in juni 2015 is volgens de rechter een groot deel in gelegen dat er gaandeweg zorgen over de liquiditeitspositie van WDK ontstonden die niet aanstonds werden weggenomen.

### **Conclusie**

Een contractuele verlengingsoptie is in principe vrijblijvend (tenzij anders in de overeenkomst bepaald). Niet snel wordt aangenomen dat sprake is van een gerechtvaardigd gewekt vertrouwen dat tot verlenging zal worden overgaan. Ook een wellicht 'late' mededeling dat niet tot verlenging wordt overgaan, hoeft niet in de weg te staan aan een beroep op artikel 2.32 onder c Aanbestedingswet om vanwege dwingende spoed met een ander tot contractering over te gaan (zonder nieuwe aanbesteding).

Tony van Wijk

# Wanprestatie rechtvaardigt onderhandelingsprocedure zonder aankondiging

**Als een aannemer wanpresteert, kan dat reden zijn om voor het restant van de opdracht een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toe te passen. Dat volgt uit een recent vonnis van de Rotterdamse voorzieningenrechter.**

## **De aanbesteding**

Eneco heeft het herstel van de fundering van een windmolenpark bij IJmuiden in 2013 gegund aan een aannemer. Kort na de definitieve gunning, blijkt de aannemer het herstel niet deugdelijk uit te voeren. Daarom wordt de overeenkomst tussentijds beëindigd.

Begin 2014 houdt Eneco een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging voor het restant van de opdracht. De gunning gaat naar Fabricom. Tecmacom wordt over de gunning geïnformeerd.

In december 2014 wordt een overeenkomst gesloten voor herstel van de resterende 38 windmolens in hetzelfde windmolenpark.

Begin 2015 stelt Tecmacom Eneco aansprakelijk voor geleden. Grondslag is de volgens Tecmacom onrechtmatig gesloten overeenkomst. Eneco had volgens Tecmacom de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging niet mogen toepassen. Ter effectuering van de vordering tot schadevergoeding start Tecmacom kort daarna een bodemprocedure.

## **Onderhandelingsprocedure gerechtvaardigd door wanprestatie**

In kort geding vordert Tecmacom dat Eneco wordt geboden de uitvoering van de overeenkomst te staken. Grondslag daarvoor is dat Eneco niet ex artikel 3.36, sub d Aw een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging mocht houden.

De voorzieningenrechter constateert dat, voor een rechtsgeldig beroep op artikel 3.36 Aw, er moet zijn voldaan aan 3 cumulatieve criteria:

- er moet een voor het speciale-sectorbedrijf *onvoorziene gebeurtenis* zijn;
- er moet een zodanige *dwingende spoed* zijn dat de normale termijnen niet in acht kunnen worden genomen; en

- er moet een *oorzakelijk verband* tussen deze voorwaarden zijn.

Geoordeeld wordt dat Eneco voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de wanprestatie van de eerste aannemer onvoorzien was en een dwingende spoed met zich bracht. De windmolens dreigden al te verzakken voordat de eerste overeenkomst was gesloten en die situatie werd alleen maar dreigender. Daarmee is volgens de voorzieningenrechter voldaan aan de voorwaarden van artikel 3.36 Aw.

Daarnaast heeft Tecmacom niet tijdig geageerd tegen het sluiten van de overeenkomst. Zij wist immers al in februari 2014 dat de overeenkomst was gesloten. De voorzieningenrechter acht het aannemelijk dat die overeenkomst betrekking had op het hele windmolenpark. Niet valt in te zien waarom Tecmacom niet toen al rechts maatregelen had kunnen nemen. Derhalve heeft Tecmacom in strijd met het Grossmann-arrest gehandeld. De voorzieningenrechter acht daarbij van belang dat de overeenkomst van februari 2014 het gehele windpark betrof en dat niet valt in te zien dat de overeenkomst van december 2014 in aanbestedingsrechtelijke zin niet onder de oorspronkelijke opdracht, althans onder die overeenkomst, viel.

De vorderingen van Tecmacom worden daarom afgewezen.

### **Commentaar**

Hoewel dit vonnis betrekking heeft op hoofdstuk 3 van de aanbestedingswet, is het mijns inziens integraal toepasbaar voor de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging ex artikel 2.32, sub c Aw. De eisen zijn immers (inhoudelijk) hetzelfde.

De voorzieningenrechter bevestigt nog maar eens dat een wanprestatie in ieder geval een onvoorziene omstandigheid is, maar mogelijk ook dwingende spoed meebrengt. Dat laatste zal naar mijn mening ook afhankelijk zijn van de staat van het restant van het werk. Als, zoals in deze zaak, er bijvoorbeeld geen gevaar op instorting is, is de kans dat er sprake is van dwingende spoed mogelijk al weer kleiner. De Haagse voorzieningenrechter oordeelde eerder al gelijkloidend. Ook het faillissement van de oorspronkelijke aannemer kwalificeert goed verdedigbaar als een onvoorziene gebeurtenis. Maar ook dan is de spoedeisendheid afhankelijk van de feitelijke omstandigheden.

Joris Bax

# Wetsvoorstel wijziging aanbestedingswet



# Aanbestedingspaspoort gepubliceerd

**In de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen is bepaald dat gebruik moet worden gemaakt van het zogenaamde Europese aanbestedingspaspoort. De tekst daarvan was echter nog niet bekend bij de inwerkingtreding van de richtlijnen. Op 6 januari 2016 heeft de Europese Commissie de inhoud van het aanbestedingspaspoort, genaamd: Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), gepubliceerd in het Europees Publicatieblad.**

De belangrijkste doelstelling van het UEA is dat daarmee op uniforme wijze in de hele unie informatie wordt verschaft door en over inschrijvers. Dit dient te gebeuren, volgens de Commissie, op een vereenvoudigde wijze met één standaardformulier.

Inhoudelijk komt het UEA (goeddeels) overeen met de in Nederland voorgeschreven Uniforme Eigen Verklaring. Inschrijvers gebruiken het UEA om informatie te geven over:

- de onderneming;
- of er uitsluitingsgronden van toepassing zijn;
- of er wordt voldaan aan de selectiecriteria.

De informatie die wordt verstrekt, is echter uitgebreider. Overigens heeft de commissie Economische zaken van de Tweede Kamer haar twijfels geuit bij de te behalen lastenverlichtingen die moeten resulteren uit het gebruik van het UEA. Uit de gepubliceerde verordening blijkt dat het UEA in gebruik moet worden genomen op vanaf het moment dat de richtlijnen zijn geïmplementeerd in Nederlandse regelgeving, maar uiterlijk vanaf 18 april 2016. Vooralsnog ziet het er niet naar uit dat de richtlijnen uiterlijk op 18 april 2016 zijn geïmplementeerd in de Aanbestedingswet. Het wetsvoorstel moet immers nog worden behandeld in zowel de Tweede, als de Eerste Kamer.

Joris Bax

# Voorstel wijziging aanbestedingswet ingediend in Tweede Kamer

**Op 29 oktober 2015 is het wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet ingediend in de Tweede Kamer. Waar het eerdere stuk, dat in april voorlag voor de internetconsultatie, nog geen formele status had, is het voorstel dat nu in de Tweede Kamer is ingediend een formeel wetsvoorstel tot wijziging van wet.**

Na afloop van de internetconsultatie is het concept wetsvoorstel aangepast. Vervolgens is het voor advies voorgelegd aan de Raad van State. Op 11 september 2015 heeft de Raad van State dat advies gepubliceerd.

Zoals bekend zijn in januari 2014 nieuwe aanbestedingsrichtlijnen aangenomen in het Europees Parlement. Die moeten uiterlijk op 18 april 2016 zijn omgezet in Nederlandse regelgeving. Het wetsvoorstel "Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie aanbestedingsrichtlijnen" is het Nederlandse voorstel tot implementatie van de richtlijnen.

Joris Bax



# Resultaten evaluatie aanbestedingswet gepubliceerd

**De resultaten van de evaluatie van de Aanbestedingswet zijn gepubliceerd. Op woensdag 8 juli 2015 heeft de Minister van Economische Zaken die aangeboden aan de Tweede Kamer. Kort gezegd zijn de resultaten positief, hoewel de minister constateert dat er nog winst te behalen is de kwaliteit van de aanbestedingen.**

In artikel 4.28 Aanbestedingswet is bepaald dat de wet binnen twee jaar na de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet de uitvoering en naleving daarvan evalueert. Die evaluatie is inmiddels uitgevoerd en heeft zich geconcentreerd op een aantal onderwerpen. Hierna zal ik die op basis van de brief van de minister kort samenvatten.

Het algemene beeld is volgens de minister positief. Volgens hem heeft de wet geleid tot een lastenverlichting voor zowel aanbestedende diensten als ondernemers. Er is nog ruimte voor verbetering bij de toepassing van het gunningscriterium EMVI en sociale voorwaarden.

## **Toegang van ondernemers tot overheidsopdrachten**

De minister constateert dat uit het onderzoek blijkt dat ondernemers het meest tevreden zijn over het gebruik van de Uniforme Eigen Verklaring en het verbod niet meer dan één referentie per kerncompetentie te vragen. Het mkb blijkt volgens het onderzoek sinds de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet niet meer opdrachten gegund te krijgen dan vóór de Aanbestedingswet. Het kabinet wil wel inzetten op verbetering van de toegang van het mkb tot aanbestedingen te verbeteren.

## **Termijnen**

Sinds de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet zijn de toegepaste termijnen in het algemeen langer dan de minimumtermijnen. Met name bij meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures. Bijna de helft van de ondervraagde ondernemers is echter van mening dat de minimale termijn van 6 dagen tot de laatste nota van inlichtingen en de datum dat de inschrijving moet zijn ingediend, te kort is. De minister is daarom voornemens die termijn te verlengen naar minimaal 10 dagen. Zonder daarmee het voornemen te hebben de algemene termijn van de gehele aanbestedingsprocedure te willen verlengen.

## **Contractvoorwaarden**

Geconstateerd is dat de contractvoorwaarden vanwege de Gids Proportionaliteit proportioneeler zijn geworden. Ondernemers menen echter dat nog regelmatig niet-proportionele voorwaarden betreffende aansprakelijkheid worden toegepast. De minister gaat hiervoor specifiek aandacht vragen.

Gids Proportionaliteit De Gids Proportionaliteit heeft er volgens de minister toe geleid dat proportioneelere eisen worden gesteld. De wet en de Gids hebben echter niet tot een zichtbare verandering geleid betreffende het samenvoegen of opdelen van opdrachten. Desondanks vinden veel ondernemers eisen vaak niet of weinig proportioneel.

Voor wat betreft de toepassing van de Gids Proportionaliteit door speciale-sectorbedrijven constateert de minister dat speciale-sectorbedrijven voor wat betreft proportioneel handelen achterblijven bij aanbestedende diensten. De minister ziet dan ook geen aanleiding speciale-sectorbedrijven wettelijk te verplichten de Gids Proportionaliteit toe te passen.

## **Uniformering van de praktijk**

Op basis van het onderzoek is er geen reden om te concluderen dat de aanbestedingspraktijk voor leveringen en diensten onder de drempel onvoldoende uniform is. Er is dan ook geen basis om de eerder gepubliceerde richtsnoeren voor leveringen en diensten wettelijk voor te schrijven. Deze worden daarom ingetrokken.

## **Ruimte voor innovatie en duurzaamheid**

Zowel aanbesteder als ondernemers worden geconfronteerd met hogere lasten vanwege het verplicht toepassen van het gunningscriterium EMVI. Omdat de hogere lasten voortkomen uit de toepassing van de verplichting en niet de verplichting an sich, is de minister voornemens door middel van voorlichting betere handvatten aan te bieden voor toepassing van het gunningscriterium EMVI. De Aanbestedingswet zal hierop niet worden aangepast.

Geconstateerd wordt verder dat social return op verschillende manieren wordt toegepast en volgens het onderzoek niet altijd op een wijze die in verhouding tot de opdracht staat. De toepassing van social return is echter wel verbeterd sinds de inwerkingtreding. Bovendien biedt de Commissie van Aanbestedingsexperts goede kaders.

### **Verlaging van de lasten**

Geconstateerd is dat de administratieve lasten per aanbestedingsprocedure voor zowel aanbesteders als ondernemers zijn toegenomen. Voornamelijk vanwege de toepassing van het gunningscriterium EMVI en de motiveringsverplichtingen. De lasten worden verlaagd door de Uniforme Eigen Verklaring, TenderNed en lichtere procedures. De minister concludeert dat de lasten per saldo zijn verlaagd.

Ontwikkeling van de rechtspraak

Uit het onderzoek blijkt dat de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet er niet toe heeft geleid dat er meer gerechtelijke procedures aanhangig worden gemaakt. De inhoud van de procedures is ook niet anders dan voor inwerkingtreding van de Aanbestedingswet. Door de Commissie van Aanbestedingsexperts zijn 163 zaken behandeld.

### **Conclusies en maatregelen**

De conclusies naar aanleiding van het onderzoek zijn overwegend positief.

De Aanbestedingswet zal naar aanleiding van het onderzoek dan ook niet (substantieel) worden gewijzigd. Wel wil de minister ondersteuning voor bijvoorbeeld de toepassing van het gunningscriterium EMVI en het invullen van de motiveringsverplichtingen.

De wet zal naar aanleiding van het onderzoek dus niet worden gewijzigd. Wat betekent dat de regering zich volledig kan richten op de implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen.

Joris Bax

# Concept wetsvoorstel aanbestedingswet gepubliceerd

Op vrijdag 3 april 2015 is het Conceptwetsvoorstel Aanbestedingswet 2012 gepubliceerd. Deze wijziging van de Aanbestedingswet bevat voorstellen van de Nederlandse regering om de vorig jaar van kracht geworden nieuwe aanbestedingsrichtlijnen in de Aanbestedingswet te implementeren.

Een aantal van de belangrijkste wijzigingen:

- de mogelijkheid tot het doen van rechtstreekse betalingen aan onderaannemers wordt niet geïmplementeerd;
- de mogelijkheid om sociale diensten voor te behouden aan bijzondere organisaties wordt niet geïmplementeerd;
- in de nieuwe artikelen 1.10a en 1.10b zijn voorschriften opgenomen om belangenverstrengeling en het beperken van de mededinging te voorkomen;
- artikel 2.10 biedt de mogelijkheid om meerdere percelen aan 1 inschrijver te gunnen of het aantal percelen dat aan 1 inschrijver wordt gegund te beperken. Tevens heeft een inschrijver de mogelijkheid een inschrijving voor een combinatie van percelen in te dienen, maar uitsluitend als de aanbestedende dienst die mogelijkheid biedt:
  - het is aan de aanbestedende dienst om een gunningssystematiek op te zetten op basis waarvan een inschrijving voor een combinatie van percelen kan worden vergeleken met een inschrijving voor één enkel perceel.
- artikel 2.24 (diensten die niet (Europees) aanbesteed hoeven worden) is uitgebreid met onder andere:
  - advocaatdiensten;
  - notarisdiensten;
- in artikel 2.24a – 2.24b is het (quasi-)inbesteden geregeld. Belangrijke voorwaarden daarbij zijn:
  - de derde aan wie de opdracht wordt gegund (de gecontroleerde rechtspersoon) moet ten minste 80% van haar werkzaamheden uitvoeren voor de aanbestedende dienst;
  - de gecontroleerde rechtspersoon (de derde) die ook een aanbestedende dienst is, kan aan de controlerende aanbestedende dienst een opdracht gunnen zonder aanbesteding;
  - in een (quasi-)inbestedingsconstructie mag privaat kapitaal deelnemen, maar alleen als aan dit privaat kapitaal geen controlerende en/ of blokkerende (stem)rechten zijn verbonden;

- horizontale inbestedingscontracties zijn geregeld;
- in artikel 2.24c is geregeld dat aanbestedende diensten opdrachten aan elkaar kunnen gunnen zonder aanbestedingsprocedure;
- de zogenaamde 2B-diensten worden vervangen door 'nieuwe' 'sociale diensten'. Deze moeten worden aanbesteed met dezelfde procedure als die voor de B-diensten moest worden toegepast:
  - het betreft uitsluitend in de Bijlage 14 bij Richtlijn 2014/24 genoemde concrete diensten;
  - de procedure hoeft pas toegepast te worden als de opdracht een waarde van € 750.000,00 of meer heeft;
    - niet geregeld is of aan de procedure meerdere inschrijvers moeten deelnemen, of dat een enkelvoudig onderhandse gunning is toegestaan. Ook de Toelichting bij het wetsvoorstel laat dit in het midden. Wel verduidelijkt is dat als een aanbestedende dienst niet de in artikel 2.39 genoemde procedure toepast, dat dan een van de 'normale' procedures (openbaar, niet-openbaar, etc.) moet worden toegepast.
- aanbestedingsprocedures moeten digitaal/ elektronisch worden uitgevoerd. De termijnen zijn daarom standaard verkort;
- aanbestedende diensten mogen om concrete certificaten vragen (artikel 2.78a);
- er komt een nieuw Model Eigen Verklaring (Uniform Europees Aanbestedingsdocument). Dit model is nog niet definitief vastgesteld;
- de dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden zijn uitgebreid (artikel 2.86 en 2.87);
- voor de beoordeling van de uitsluitingsgronden mag slechts 3 jaar worden teruggekeken (nu nog 4 jaar);
- van uitsluiting kan worden afgezien indien de inschrijver naar het oordeel van de aanbestedende dienst heeft aangetoond dat hij betrouwbaar is. Uit de Toelichting blijkt dat daarvan sprake is als:
  - de inschrijver een schadevergoeding heeft betaald; en/ of
  - heeft meegewerkt met de onderzoekende autoriteiten; en/ of
  - dat er concrete compliancemaatregelen zijn genomen;
- het enige gunningscriterium is EMVI (artikel 2.114), maar EMVI kan ook worden bepaald op basis van uitsluitend de *laagste kosteneffectiviteit of de laagste prijs*:
  - gunning op laagste prijs is dus nog steeds mogelijk, maar toepassing daarvan moet nog steeds worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken;
    - in artikel 2.163a en verder is geregeld aan welke voorwaarden een wijziging van een overeenkomst moet voldoen, wil er geen sprake zijn van een wezenlijke wijziging;

- in een nieuw hoofdstuk 2A is de gunning van concessies voor diensten en werken geregeld:
  - alle concessieovereenkomsten voor diensten of werken waarvan de waarde gelijk is aan of meer is dan € 5.186.000,00 moeten worden aanbesteed.
- de aanbestedingsautoriteit, waarvan artikel 83 van de nieuwe richtlijn lijkt te spreken, wordt niet opgericht. In de Transponeringstabel bij de Algemene Richtlijn is vermeld dat handhaving al voldoende is geregeld bij de civiele rechter en de Commissie van Aanbestedingsexperts.

De Nederlandse regering biedt alle geïnteresseerde partijen tot 5 mei 2015 de mogelijkheid zienswijzen over het wetsvoorstel in te dienen door middel van een internetconsultatie. Een zienswijze wordt voornamelijk gevraagd voor de volgende onderwerpen:

- de verplichting tot elektronisch aanbesteden;
- de verkorting van de termijnen;
- het niet mogelijk maken van het rechtstreeks betalen van onderaannemers;
- het onverkort implementeren van de mogelijkheid om opdrachten voor te behouden aan sociale werkplaatsen;
- de keuze tot het niet implementeren van de mogelijkheid om sociale diensten voor te behouden aan bijzondere organisaties.

In het kader van de internetconsultatie is naast het formele wetsvoorstel ook een geconsolideerd conceptwetsvoorstel gepubliceerd. Daarin zijn alle wijzigingen opgenomen naast de oorspronkelijke tekst van de Aanbestedingswet. Tevens zijn transponeringstabellen alle richtlijnen gepubliceerd. Daaruit blijkt waar in de Aanbestedingswet welk artikel uit de Richtlijnen waar in de Aanbestedingswet is opgenomen en, als het niet is geïmplementeerd, de reden daarvoor.

Het wetsvoorstel zal na het sluiten van de internetconsultatie mogelijk nog worden aangepast naar aanleiding van de ontvangen zienswijzen. Vervolgens zal het wetsvoorstel worden ingediend bij de Tweede Kamer. Uiterlijk op 18 april 2016 moet de nieuwe Aanbestedingswet in werking treden.

In juni 2015 zal Dirkzwager een lezing houden over de nieuwe Aanbestedingswet. U kunt u daar nu al voor inschrijven door een e-mail te sturen aan [marketing@dirkzwager.nl](mailto:marketing@dirkzwager.nl).

Wij houden u uiteraard op de hoogte van het verloop van de implementatie.

Joris Bax

# Private aanbestedingen





# Onredelijk korte termijn CZ Zorgkantoor om statuten aan te passen tijdens zorginkoopprocedure Wlz

**Tijdens de zorginkoopprocedure voor de Wet langdurige zorg (Wlz) 2016 heeft CZ Zorgkantoor in haar zorginkoopdocument een aantal eisen gesteld aan de statuten van zorgaanbieders. Deze eisen zouden volgens CZ Zorgkantoor voortvloeien uit de Zorgbrede Governancecode 2010 (hierna: ZGC 2010) en dienden in de statuten van de zorgaanbieders opgenomen te zijn om in aanmerking te komen voor een overeenkomst tot het verlenen van Wlz-zorg.**

In eerste instantie eiste CZ Zorgkantoor (bij brief van 27 maart 2015) dat de statuten 13 specifiek voorgeschreven bepalingen moesten bevatten om voor contractering in aanmerking te komen. Dit aantal is vervolgens – onder meer na overleg met de brancheorganisaties – verminderd van zeven specifieke eisen, naar zes en uiteindelijk, bij nadere nota van wijziging van 2 juli 2015 tot drie specifieke bepalingen die in de statuten van zorgaanbieders voor dienden te komen:

- een regeling voor de toekenning van het recht van enquête aan ten minste één partij die de belangen van de patiënten of cliënten van de zorginstelling vertegenwoordigt;
- een bepaling waaruit volgt dat er een meervoudig toezichthoudend orgaan is ingesteld, waarvan de samenstelling kenbaar is uit het handelsregister;
- een regeling van de benoeming, ontslag en schorsing van de leden van de raad van toezicht regelt, waaronder zowel de procedure, inclusief de vereiste meerderheid van stemmen, die gevolgd dient te worden als de gronden waarop schorsing en ontslag plaats kunnen vinden (artikel 4.2, met name lid 9 ZGC 2010).

Een aantal andere eisen mocht van CZ Zorgkantoor ook in de reglementen raad van bestuur en raad van toezicht worden opgenomen.

De inschrijvingstermijn voor contractering van Wlz-zorg bij CZ Zorgkantoor eindigde op 31 juli 2015, zijnde de dag waarop de statuten van de zorgaanbieders uiterlijk aan de bovenstaande eisen dienden te voldoen. Zorginstellingen die de statuten aan moesten passen omdat ze niet aan de eisen van CZ Zorgkantoor

voldeden, hadden – gerekend vanaf 2 juli 2015 – dus krap 4 weken de tijd om deze wijzigingen door te voeren.

Zoals uit het grote aantal afwijzingen bleek (CZ Zorgkantoor weigerde met 82 van de ongeveer 240 inschrijvers te contracteren) voldeed een derde van de zorgaanbieders niet aan deze door CZ Zorgkantoor gestelde eisen. Het bleek met name de derde eis te zijn waar de meeste zorgaanbieders over struikelden: in de statuten ontbrak vaak een regeling waarin de gronden voor de schorsing van een lid van het toezichthoudend orgaan waren opgenomen.

Omdat de zorg wel gecontinueerd diende te worden, heeft CZ Zorgkantoor deze inschrijvers toch een aanbod gedaan tot contractering voor de duur van één jaar in plaats van de gebruikelijke twee jaar, indien zij de statuten alsnog voor een bepaalde datum (18 september 2015) zouden wijzigen zoals door CZ Zorgkantoor voorgeschreven en akkoord zouden gaan met een soort 'strafkorting' op de tarieven (de tariefopslag van maximaal 3% die in de eerste ronde verdiend kon worden, werd beperkt tot 90% daarvan). Van dit aanbod is uiteraard door meerdere zorgaanbieders gebruik gemaakt.

### **Kort geding**

Een aantal van deze zorgaanbieders is naar aanleiding van dit minder gunstige aanbod tot contractering een kort geding gestart tegen CZ Zorgkantoor. Dit kort geding diende op grond van de zorginkoopvoorwaarden op straffe van verval van recht uiterlijk binnen twintig dagen na 28 augustus 2015 (dus uiterlijk op 17 september 2015), aanhangig te zijn gemaakt en deze zorgaanbieders waren op tijd. De kort geding rechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft op 26 november jl. zijn uitspraak gedaan.

#### *Uitleg artikel 4.2, negende lid ZGC 2010*

De bezwaren van de zorgaanbieders waren in de eerste plaats inhoudelijk en richtten zich met name tegen uitleg die CZ Zorgkantoor gaf aan artikel 4.2, negende lid van de ZGC 2010. Dit artikel luidt als volgt:

#### **4.2 Benoeming, ontslag, samenstelling en deskundigheid**

(...)

*9. Statutair is vastgelegd op welke gronden de Raad van Toezicht respectievelijk de Algemene Vergadering een lid van de Raad van Toezicht kan schorsen of ontslaan, welke meerderheid van stemmen hiertoe vereist is en welke eventuele daarbij te hanteren procedures worden gevolgd.*

Over deze bepaling is al eerder geprocedeerd door CZ en wel voor het Hof Den Bosch, dat op 7 april 2015 arrest heeft gewezen. Het Hof Den Bosch oordeelde destijds, kort samengevat, dat uit artikel 4.2 lid 9 van de ZGC niet voortvloeit dat 'klik en klaar' in de statuten expliciet en separaat zowel de gronden voor ontslag van leden van het toezichthoudend orgaan als de gronden voor schorsing van leden van het toezichthoudend orgaan moeten zijn opgenomen. In die zaak echter ging het over de 'oude' zorginkoopvoorwaarden van CZ Zorgkantoor van 2015, waarin enkel in het algemeen was opgemerkt dat 'de ZGC 2010 aantoonbaar moet zijn ingevoerd'. Deze algemene bepaling bood volgens het Hof Den Bosch onvoldoende basis voor de eis die CZ Zorgkantoor stelde, namelijk dat de statuten de gronden van schorsing moesten bevatten omdat anders de ZGC 2010 niet aantoonbaar zou zijn ingevoerd. De zorgaanbieders wijzen bij hun betoog op dit arrest van het Hof Den Bosch.

In de inkoopprocedure voor 2016 echter heeft CZ Zorgkantoor op dit punt haar zorginkoopvoorwaarden geëxpliciteerd. CZ Zorgkantoor heeft namelijk uitdrukkelijk voorgeschreven dat als een zorgaanbieder in zijn statuten de mogelijkheid van schorsing van toezichthouders opneemt, die regeling dient te voldoen aan de eisen van artikel 4.2, negende lid, van de ZGC zodat ook bij een schorsing in de statuten dient te zijn aangegeven op welke gronden die beslissing kan worden genomen, met welke meerderheid van stemmen dat besluit genomen dient te worden en welke procedure eventueel gevolgd moet worden. CZ Zorgkantoor meent dat zij deze eis mocht stellen en beroept zich op haar contracteervrijheid. Uit de contracteervrijheid vloeit namelijk voort dat CZ Zorgkantoor bij het proces van zorgcontractering voorwaarden mag stellen en dat het vervolgens aan haar contractspartijen is om deze al dan niet te accepteren. En door in te schrijven op de zorginkoopprocedure accepteert de zorgaanbieder de inkoopvoorwaarden, waaronder de eis dat de zorgaanbieder statutair voldoet aan artikel 4.2, negende lid.

De voorzieningenrechter volgt CZ Zorgkantoor in dit betoog. CZ Zorgkantoor heeft op basis van haar contractsvrijheid het recht om nadere eisen te stellen voor wat betreft de door CZ Zorgkantoor gewenste invulling van de ZGC voor zover die eisen hun grondslag vinden in de ZGC 2010. De door CZ Zorgkantoor gestelde eis dat indien in de statuten een regeling voor schorsing wordt opgenomen dan ook de gronden voor schorsing in de statuten moeten worden opgenomen, is toelaatbaar nu dit vereiste niet in strijd is met de tekst van artikel 4.2 lid 9 van de ZGC 2010.

### *Overige argumenten zorgaanbieders*

Verder voeren de zorgaanbieders aan dat CZ Zorgkantoor geen enkel belang heeft bij de eis dat een zorgaanbieder in haar statuten expliciet de gronden voor schorsing van een toezichthouder heeft opgenomen. Een volgend argument is dat de eis van statutaire verankering niet ondubbelzinnig uit de inkoopstukken zou blijken.

Ook hier echter gaat de voorzieningenrechter niet in mee. Hij oordeelt dat CZ Zorgkantoor voldoende belang heeft om deze eis te stellen, te weten de borging van de positie van de leden van het toezichthoudend orgaan. En CZ Zorgkantoor heeft de eis ook voldoende duidelijk in haar inkoopprocedure omschreven, met name in de nadere nota van wijziging. Voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver moest uit de documenten duidelijk zijn dat een statutaire schorsingsregeling met betrekking tot de toezichthouders het volgende moest bevatten: een opsomming van de gronden waarop een lid kan worden geschorst, een regeling van de meerderheid van stemmen waarmee die beslissing kan worden genomen en, eventueel, een regeling van de te volgen procedure. De inhoudelijke argumenten van de zorgaanbieders door de voorzieningenrechter aldus niet gevolgd.

### *Onredelijk korte termijn*

Op een ander, niet inhoudelijk punt krijgen de zorgaanbieders wél gelijk: de termijn die de zorgaanbieders hadden om hun statuten aan te passen was onredelijk kort. Op 2 juli 2015 had CZ Zorgkantoor immers pas haar nadere nota van wijzigingen gepubliceerd en op 31 juli 2015 sloot de inschrijfprocedure al. De termijn van krap vier weken is niet alleen kort, maar viel ook nog eens midden in de vakantieperiode. Volgens CZ Zorgkantoor echter was door haar brief van 27 maart 2015 al duidelijk welke eisen zij stelde aan de statutaire verankering van artikel 4.2 negende lid en resteerde er dus voldoende tijd tot 31 juli 2015 om de statuten te wijzigen.

Met dit argument van CZ Zorgkantoor maakt de voorzieningen korte metten. Zoals hierboven al kort beschreven, heeft CZ Zorgkantoor haar eisen na 27 maart nog driemaal gewijzigd en was pas op 2 juli 2015 voldoende duidelijk wat de eisen precies inhielden. De termijn die vervolgens nog resteerde tot 31 juli 2015 was volgens de voorzieningenrechter onredelijk kort, waarbij hij in aanmerking neemt dat rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat een oproeping tot statutenwijziging op een termijn van minimaal vier weken in de statuten van een zorgaanbieder kan voorkomen. Daarnaast moet de statutenwijziging vaak

al woordelijk bij de oproeping zijn gevoegd, wat inhoudt dat de tekst van de wijziging dan al vast moet zijn komen te staan in overleg tussen de zorgaanbieder en de advocaat/notaris. Volgens de voorzieningenrechter had CZ Zorgkantoor de zorgaanbieders op grond van de redelijkheid en billijkheid een termijn van tenminste zes weken moeten gunnen voor een statutenwijziging en die termijn is niet in acht genomen.

De vorderingen van de zorgaanbieders worden toegewezen – een contract voor twee jaar en geen ‘strafkorting’ op de tarieven. CZ Zorgkantoor had reeds aangegeven aan een eventuele veroordeling uitvoering te geven, waardoor een dwangsom achterwege kon blijven.

### **Conclusie**

Uit deze uitspraak volgt dat de zorgkantoren (en ook de zorgverzekeraars) vrij ver kunnen gaan in het stellen aan eisen aan de (statuten van de) zorgaanbieders die voor een overeenkomst tot het verlenen van zorg in aanmerking willen komen. Dit op basis van de contractsvrijheid – het staat de zorgaanbieder namelijk vrij om de voorwaarden van het zorgkantoor al dan niet te aanvaarden en al dan niet in te schrijven.

Het is echter de vraag of deze ‘contractsvrijheid’ in de relatie zorgkantoor-zorgaanbieder wel zo onverkort van kracht zou moeten zijn, gezien de ongelijkheid in posities tussen het zorgkantoor, dat eenzijdig de voorwaarden opstelt, en de zorgaanbieder, voor wie het meer een ‘slikken of stikken’ keuze is. Tevens speelt hier een tweede principiële vraag, namelijk de vraag of het wel aan het zorgkantoor/zorgverzekeraar moet zijn om voor te schrijven hoe de ZGC 2010 moet worden uitgelegd en ingevoerd. Door voor te schrijven dat bepaalde bepalingen statutair moeten zijn vastgelegd, wordt het rechtskarakter van de ZGC 2010 als een algemeen aanvaarde vorm van zelfregulering, miskent. Voor de governancevoorschriften van de ZGC 2010 geldt namelijk het ‘pas toe of leg uit-beginsel’ op grond waarvan zorginstellingen de codebepalingen moeten toepassen, tenzij gemotiveerde afwijking daarvan tot betere resultaten leidt. De eisen die door CZ Zorgkantoor zijn geïntroduceerd wijken fundamenteel af van dit criterium van de ZGC 2010, nu hier geen ruimte is voor ‘pas toe of leg uit’ – de bepalingen moeten in de statuten staan. Dit botst met het uitgangspunt van de ZGC 2010 en heeft ook gevolgen – want als de ZGC 2010 niet het beginsel van ‘pas toe of leg uit’ had gekend, dan zouden verschillende bepalingen in de ZGC 2010 anders (bijvoorbeeld: minder absoluut of meer flexibel) zijn geformuleerd.

Een ander punt van aandacht is nog de vraag hoe deze gunstige uitkomst voor de vijf eisers in dit kort geding zich verhoudt tot de overige 78 zorgaanbieders die óók hun statuten niet voor 31 juli jl. hadden gewijzigd, maar die wel gebonden zijn aan de ongunstige contractvoorwaarden (slechts 1 jaar en de 'strafkorting'). Uit de rechtspraak over inkoop door middel van (vrijwillige) aanbestedingsprocedures blijkt dat de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht als uitvloeisel van de precontractuele redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn op zorgverzekeraars en –kantoren. Dit wordt door de voorzieningenrechter ook in zijn uitspraak opgemerkt. Deze fundamentele beginselen zijn met name het objectiviteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. De onderhavige uitspraak creëert echter twee 'groepen' zorgaanbieders die hun statuten niet op 31 juli 2015 aan de eisen van CZ hadden aangepast, maar die nu wel verschillend behandeld worden: de 78 inschrijvers met niet tijdig gewijzigde statuten hebben ongunstigere contractvoorwaarden dan de 5 inschrijvers die de statuten niet tijdig hadden gewijzigd maar die wel dit kort geding zijn gestart. Men kan zich afvragen of deze ongelijke behandeling niet in strijd komt met het gelijkheidsbeginsel en CZ Zorgkantoor dus gehouden is om ook de overige 78 een overeenkomst aan te bieden voor twee jaar en tegen de normale condities.

Mogelijk dat CZ Zorgkantoor weigert om deze ongelijke behandeling op te heffen met het argument dat de 78 inschrijvers de termijn van 20 dagen na 28 augustus 2015 hebben laten verstrijken om een kort geding aanhangig te maken en daardoor hun rechten hebben verwerkt. Tegen dit verweer kan onder meer worden ingebracht dat ook in dit kort geding betoogd had kunnen worden dat de 5 zorgaanbieders hun rechten hadden verwerkt doordat zij reeds ten tijde van inschrijving op 28 juli 2015 op de hoogte waren van de te korte termijn voor het aanpassen van de statuten en niettemin (gewoon) hadden ingeschreven en pas na de brief van 28 augustus 2015 bezwaar maakten. Nu de rechter hier geen gewag van maakt, is verdedigbaar dat bij de 78 inschrijvers evenmin sprake is van rechtsverwerking.

Duidelijk is in ieder geval geworden dat de zorgkantoren voldoende tijd moeten bieden aan de zorgaanbieders om aan de gestelde eisen te voldoen. Volgens de hierboven beschreven uitspraak van de voorzieningenrechter moet een termijn van minimaal zes weken worden geboden. Deze termijn van zes weken lijkt enigszins uit de lucht te zijn gegrepen en wordt in het vonnis als zodanig ook niet nader onderbouwd. Ter onderbouwing voert de voorzieningenrechter enkel aan dat een statutaire termijn van vier weken voor de oproeping kan voorkomen en

dat zes weken had moeten worden gegund op grond van de maatstaven van de precontractuele redelijkheid en billijkheid.

Onduidelijk is waarom de voorzieningenrechter niet een termijn van vijf, zeven of acht weken als 'redelijk' heeft beschouwd. De voorzieningenrechter verwijst naar de omstandigheid dat zorginstellingen op grond van hun statutaire regeling mogelijk weken de tijd nodig hebben om deze te wijzigen. Dit laatste is echter makkelijk te voorkomen, door in de statuten de mogelijkheid op te nemen van besluitvorming buiten vergadering. De reden dat twee derde van de zorgaanbieders op 31 juli 2015 hun statuten wél op orde had kan waarschijnlijk op het conto worden geschreven van een notaris/advocaat met vooruitziende blik: of de statuten waren inhoudelijk al correct, of in de statuten was de mogelijkheid van besluitvorming buiten vergadering opgenomen zodat een termijn van vier weken geen obstakel vormde voor deze zorgaanbieders.

Ook een termijn van zes weken kan nog korter zijn dan verwacht, zeker in de vakantieperiode, waardoor het ook volgend jaar bij de zorginkoop 2017 van belang is om tijdig na te gaan of de statuten en reglementen voldoen aan de gestelde eisen en hierop indien nodig actie te ondernemen. Het inbouwen van de mogelijkheid van besluitvorming buiten vergadering kan in ieder geval met betrekking tot termijnoverschrijdingen voor wat meer lucht zorgen bij een min of meer gedwongen statutenwijziging.

Lieke aan den Toorn en Tony van Wijk

# Afwijzen op grond van vooraf niet kenbare criteria

Een private partij (niet zijnde een aanbestedende dienst) heeft bij de aanbesteding van voertuigenhulpverlening bepaald dat de Aanbestedingswet noch de aanbestedingsbeginselen van toepassing zijn. Verder zijn er knock outcriteria gebruikt die van tevoren niet kenbaar zijn gemaakt. Een afgewezen inschrijver maakt bezwaar in kort geding. De rechter oordeelt dat het een private aanbesteding is, zodat het niet onredelijk is dat de aanbestedingsregels en –beginselen zijn uitgesloten. In het verlengde daarvan stond het de aanbesteder vrij om de inschrijver af te wijzen op grond van criteria die vooraf niet kenbaar waren.

## Waar ging het om?

AGA (onderdeel van Allianz Global Assistance Group) is in 2014 een aanbestedingsprocedure gestart voor het inkopen van 'Automotive Hulpdiensten Nederland 2014-2017'. Het gaat hierbij om het verlenen van voertuigenhulpverlening, zoals pechhulp, berging en transport. Hiertoe zijn een aantal vooraf geselecteerde hulpverleningsbedrijven, waaronder de eiser, uitgenodigd om deel te nemen aan de inkoopprocedure.

AGA had in de uitnodiging en in het inschrijvingsdocument opgenomen dat het geen aanbestedende dienst is in de zin van de Aanbestedingswet 2012 of de Europese aanbestedingsrichtlijnen, en dat de toepasselijkheid van de (algemene) aanbestedingsregels en de aanbestedingsbeginselen uitdrukkelijk wordt uitgesloten. De inschrijvers hebben een verklaring ondertekend waarin staat dat zij hiermee akkoord gaan.

De opdracht zal gegund worden aan de Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI). De beoordeling van de inschrijvers zal geschieden aan de hand van het interne EMVI Beoordelingsprotocol, waarvan de inhoud niet bekend is bij de inschrijvers. In het inschrijvingsdocument is bepaald dat bepaalde criteria 'knock-out criteria' zijn, op basis waarvan een inschrijving kan worden afgewezen. Daarbij is niet vermeld welke criteria dit zijn.

## Inschrijving afgewezen op grond van niet-kenbaar criterium

De inschrijving van de eiser in dit geding werd afgewezen op grond van een



van deze knock-out criteria. Hij had namelijk ingeschreven met een lager tarief dan het minimumtarief. Eiser betoogt dat hij er – op grond van het algemene rechtsbeginsel van transparantie – vanuit mocht gaan dat zijn inschrijving uitsluitend zou worden beoordeeld aan de hand van de criteria zoals genoemd in het inschrijvingsdocument. Volgens hem heeft AGA onrechtmatig gehandeld door de inschrijving af te wijzen, zonder dat voor eiser kenbaar was dat het om een knock-out criterium ging.

### **Vrijheid bij private aanbesteding**

De rechtbank oordeelt dat geen aanbestedende dienst maar (dus) een private aanbesteder zodat de beginselen van gelijkheid en transparantie alleen van toepassing zijn als de inschrijvers redelijkerwijs die verwachting konden hebben. Hiertoe stelt de rechtbank vast dat AGA voorafgaande aan de inschrijving, en in de aanbestedingsdocumenten de toepasselijkheid van de (algemene) aanbestedingsregels en aanbestedingsbeginselen uitdrukkelijk heeft uitgesloten. Bovendien heeft eiser een verklaring ondertekend waarmee hij hiermee akkoord is gegaan. Dit betekent dat eiser onvoldoende heeft onderbouwd dat hij erop mocht vertrouwen dat AGA de aanbestedingsbeginselen in acht zou nemen.

### **Slotsom**

Al met al komt het erop neer dat een private aanbesteder er dus voor mag kiezen om de aanbestedingsregels en –beginselen uitdrukkelijk niet van toepassing te verklaren. Voor deze zaak betekent dit dat het AGA was toegestaan om knock-out criteria te hanteren die voor de inschrijvers niet kenbaar waren. Eiser van dit geding is dan ook in het ongelijk gesteld, en zijn vorderingen zijn afgewezen. De uitspraak is in lijn met de rechtspraak die met het KLM-arrest van de Hoge raad in 2013 is ingezet.

Tony van Wijk

# NZa reguleert zorginkoop door zorgverzekeraars

**De NZa heeft door middel van de regeling “Transparantie zorginkoopproces Zvw” de zorginkoopprocedures door zorgverzekeraars (beperkt) gereguleerd. Kern van de regeling: zorgverzekeraars moeten transparant handelen.**

Vanwege de regeling zijn alle zorgverzekeraars in de zin van de Zorgverzekeringswet verplicht om (samengevat):

- uiterlijk op 1 april het zorginkoopbeleid en de –procedure bekend te maken waarmee de contracten voor het volgende kalenderjaar worden gesloten;
- uiterlijk op 1 april de minimumeisen waaraan zorgaanbieders moeten voldoen bekend maken;
- beschikbaar zijn en blijven voor het behandelen van vragen en opmerkingen van zorgaanbieders;
- een redelijke termijn aan zorgaanbieders te geven om de procedure te bestuderen;
- wijzigingen tijdig bekend te maken.

De regeling treedt in werking per 1 januari 2016. Wat betekent dat zorgverzekeraars die al moeten toepassen voor de contracten van 2017. Volgens de toelichting bij de regeling is die het gevolg van een groot aantal klachten bij de NZa over de zorginkoopprocedures. Ondanks dat naar de huidige stand van de jurisprudentie zorgverzekeraars geen aanbestedende diensten zijn, en zich strikt juridisch dus uitsluitend hoeven te conformeren aan de precontractuele goede trouw, is het transparantiebeginsel door middel van deze regeling (toch) in beperkte mate van toepassing voor zorgverzekeraars.

Joris Bax

# CZ Zorgverzekeraar geen aanbestedende dienst

Het Gerechtshof Den Bosch heeft geoordeeld dat CZ Zorgverzekeraar geen aanbestedende dienst is. Met haar recente arrest vernietigt het hof het vonnis van de voorzieningenrechter. Het hof komt tot dit oordeel omdat volgens haar de behoeften waarin CZ voorziet van commerciële aard zijn.

## Voorzien in behoeften van commerciële aard, of niet?

Het Hof toetst of CZ voldoet aan de criteria van een publiekrechtelijke instelling. Partijen zijn het erover eens dat de behoeften waarin CZ voorziet van algemeen belang zijn. Centraal staat de vraag of die behoeften (anders dan) van commerciële aard zijn of. Op basis van vaste jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie inzake Agora en Korhonen toetst het hof dit aan 3 criteria:

### 1) Heeft CZ een winstoogmerk?

Van belang bij dit criterium is of CZ wordt bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit. Het Gerechtshof oordeelt dat dit zo is. Het systeem van risicovereffening neergelegd in de Zorgverzekeringswet strekt er volgens het hof slechts toe om onevenwichtigheden die voortvloeien uit de acceptatieplicht te compenseren. Het is volgens het hof niet zo dat zorgverzekeraars hun verliezen voortvloeiende uit (inefficiënt) handelen vergoed krijgen uit het risicovereveningsfonds. CZ heeft dus een winstoogmerk.

### 2) Handelt CZ onder normale marktomstandigheden?

Uitgangspunt volgens het Bossche Gerechtshof is dat het aanbieden van een zorgverzekering een economische activiteit is. Dat het aanbieden van een zorgverzekering van overheidswege is gereguleerd, maakt dit volgens het hof niet anders. Ook in dit geval leidt het bestaan van de vereveningsbijdrage niet tot een ander oordeel. Het hof oordeelt dat met die bijdrage uitsluitend is beoogd verzekeraars een gelijke uitgangspositie te geven die concurrentie mogelijk maakt: namelijk concurrentie om de gunst van de verzekerde die de keuze maakt op basis van de hoogte van de premie, de kwaliteit van de zorg(inkoop) en zorgbemiddeling. Volgens het hof beperkt de risicovereveningsbijdrage de

concurrentie dus niet, maar bevordert die juist. Gelet hierop opereert CZ dus in een klimaat van concurrentie.

### 3) *Draagt CZ het economisch risico van haar activiteiten?*

Het Gerechtshof oordeelt dat CZ uit haar inkomsten al haar kosten moet dekken. CZ heeft de vrijheid zelf te bepalen hoe zij haar inkomsten besteedt, zolang de verzekerden maar tijdig worden uitbetaald. De overheid oefent volgens het hof hierop geen toezicht uit en daar is voor de overheid redelijkerwijs ook geen aanleiding toe. Verder concludeert het Gerechtshof dat CZ failliet kan gaan als zij haar uitgaven onvoldoende beheerst. Er is geen wettelijke regeling die dat kan voorkomen. Gelet op deze overwegingen draagt CZ het economisch risico van haar eigen activiteiten.

### **Conclusie**

Het voorgaande maakt dat de behoeften waarin CZ voorziet, hoewel die van algemeen belang zijn, van commerciële aard zijn. Daarom is niet voldaan aan de eerste cumulatieve voorwaarde van het begrip “publiekrechtelijke instelling”. Dat maakt dat CZ niet kwalificeert als een aanbestedende dienst.

Het hof overweegt dat van geval tot geval beoordeeld moet worden of een zorgverzekeraar een aanbestedende dienst is. Dit arrest is formeel gezien dus niet in het algemeen van toepassing op andere zorgverzekeraars. Temeer omdat het slechts een voorlopig oordeel betreft en de bodemrechter tot een ander oordeel zou kunnen komen. Desondanks kan dit arrest voor de (andere) zorgverzekeraars wel een goede basis zijn om te beargumenteren dat zij geen aanbestedende diensten zijn. Het stelsel van de Zorgverzekeringswet, waar het hof haar arrest (goeddeels) op heeft gegrond, is immers voor alle verzekeraars hetzelfde.

Joris Bax

# Private aanbesteding: zijn de aanbestedingsbeginselen nog wel van toepassing?

**Wanneer kunnen ondernemers erop vertrouwen dat bij een private aanbesteding de aanbestedingsbeginselen in acht worden genomen? Die vraag kan gesteld worden naar aanleiding van een recent gepubliceerd vonnis van de Haagse voorzieningenrechter. Ook als de offerteprocedure een kenmerken heeft die als typisch voor een overheidsaanbesteding kunnen worden beschouwd, zijn de beginselen volgens de voorzieningenrechter in beginsel (nog steeds) niet van toepassing.**

## **De aanbesteding**

VTL houdt een 'private aanbesteding' voor de inkoop van diensten voor opleidingen. Zij heeft een offerteaanvraag gepubliceerd waarin zij mededeelt dat inschrijvers een plan van aanpak moeten indienen dat op verschillende gunningscriteria zal worden beoordeeld. De inschrijver met de hoogste score per perceel zal een overeenkomst gegund krijgen.

Aan één van de inschrijvers wordt medegedeeld dat de opdracht niet aan hem wordt gegund. Bij het gunningsvoornemen is een beoordelingsmatrix gevoegd en een samenvatting van voor TVL positieve en negatieve punten in de betreffende inschrijving. Er is geen opsomming gegeven van de relatieve voordelen van de winnaar.

Door A wordt bezwaar gemaakt tegen de motivering. Aangezien VTL naar mening van A niet afdoende op die bezwaren reageert, start A een kort geding. A vordert een herbeoordeling van haar inschrijving door een nieuw beoordelingsteam.

## **Aanbestedingsbeginselen van toepassing?**

Volgens de voorzieningenrechter heeft een private aanbesteding zoals de onderhavige als uitgangspunt dat de beginselen inzake gelijke behandeling en transparantie niet van toepassing zijn. De rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de inschrijver wordt uitsluitend beheerst door de precontractuele redelijkheid en billijkheid.

Dit is anders als inschrijvers mochten redelijkerwijs erop mochten vertrouwen dat de aanbestedingsbeginselen in acht zouden worden genomen. Of dat vertrouwen gerechtvaardigd is, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval zoals:

- het bij de aanbesteding gehanteerde programma;
- de gehanteerde (rand)voorwaarden;
- de hoedanigheid van partijen.

De voorzieningenrechter constateert dat door VTL gehouden procedure een aantal voor overheidsaanbestedingen typerende kenmerken heeft:

- publicatie van een aankondiging;
- publicatie van een offerteaanvraag;
- nota's van inlichtingen;
- een gunningsvoornemen met een 'Alcatel-termijn';
- het gebruik van 'aanbestedingsterminologie';

De voorzieningenrechter overweegt echter dat dit enkele feit onvoldoende is om te concluderen dat inschrijvers er gerechtvaardigd op mochten vertrouwen dat de aanbestedingsbeginselen zouden worden gerespecteerd.

Er zijn ook een aantal omstandigheden die niet typerend zijn voor een overheidsaanbesteding:

- het verbod om gebruik te maken van onderaannemers;
- de vrijheid van VTL om regelingen te treffen voor situaties waarin de offerteaanvraag niet voorziet;
- de vrijheid van VTL geen uitvoering te geven aan het gunningsvoornemen;
- de vrijheid van VTL om hangende een kort geding de overeenkomst definitief te sluiten;
- het recht van VTL de motivering aan te vullen.

Verder constateert de voorzieningenrechter dat VTL in de nota van inlichtingen uitdrukkelijk heeft bepaald dat er geen sprake is van een aanbestedingsprocedure in de zin van de Europese regelgeving of de Aanbestedingswet en dat VTL een private organisatie is.

De voorzieningenrechter oordeelt dat A er niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de aanbestedingsbeginselen van toepassing zijn. De rechtsverhouding wordt daarom uitsluitend getoetst aan de precontractuele redelijkheid en billijkheid. Op basis daarvan wijst de voorzieningenrechter de vordering af.

## Commentaar

Het hier besproken vonnis is om meerdere redenen interessant. Ten eerste omdat (voor het eerst) uitdrukkelijk wordt bepaald dat bij een private aanbesteding de aanbestedingsbeginselen niet van toepassing zijn, tenzij inschrijvers er gerechtvaardigd op mochten vertrouwen dat die wel zouden worden toegepast. Een oordeel dat aansluit bij de uitgangspunten van het KLM-arrest. Ten tweede omdat uit het vonnis lijkt te volgen dat het gerechtvaardigd vertrouwen dat de beginselen worden nageleefd, niet snel zal zijn gewekt. Zelfs als de gevolgde procedure elementen heeft die typerend zijn voor een overheidsaanbesteding, is dat op zichzelf onvoldoende om dat vertrouwen te wekken. De vraag kan dan ook gesteld worden wanneer dat vertrouwen wel is gewekt? Dit vonnis biedt geen antwoord op die vraag, maar het voor de hand liggende antwoord lijkt te zijn: als de beginselen (uitdrukkelijk) van toepassing zijn verklaard.

Om alle twijfel weg te nemen, is het voor private aanbesteders mijns inziens raadzaam om de beginselen en de Aanbestedingswet uitdrukkelijk uit te sluiten als zij die inderdaad niet wensen toe te passen.

Joris Bax





# Staatssteun en gebiedsontwikkeling



# De Europese Commissie is om: Leidschendam-Voorburg heeft geen staatssteun verleend

De staatssteunsaga rond het Damplein in Leidschendam is eindelijk ten einde. In een **besluit van 15 januari 2016** heeft de Europese Commissie geconcludeerd dat de gemeente Leidschendam-Voorburg (de gemeente) geen selectief voordeel (en dus geen staatssteun) heeft verstrekt aan Schouten & de Jong Projectontwikkeling B.V. (SJB). Daarmee komt de Europese Commissie terug op haar andersluidende staatssteunbeoordeling van 23 januari 2013.

## Het voortraject

De Europese Commissie was genoodzaakt om een nieuw besluit te nemen omdat het Gerecht in een **arrest van 30 juni 2015** korte metten had gemaakt met de aanvankelijke beoordeling door de Europese Commissie in een **besluit van 23 januari 2013**. Voor het bestaan van staatssteun is vereist dat een voordeel wordt verschaft aan een onderneming. De overheid verleent bij een (vastgoed)transactie geen voordeel aan zijn wederpartij als hij handelt onder normale marktvoorwaarden. Dat is het geval als de overheid zich opstelt als een "particuliere marktdeelnemer in een markteconomie" zou hebben gedaan in een vergelijkbare situatie (de zogenaamde Market Economy Operator toets, MEO-toets).

In het besluit van 23 januari 2013 was de Europese Commissie (kort gezegd) tot het oordeel gekomen dat de gemeente een voordeel aan SJB had verleend. De gemeente had er namelijk mee ingestemd dat een met SJB eerder in een projectontwikkelingsovereenkomst afgesproken grondprijs neerwaarts werd bijgesteld tot EUR 4 miljoen. Onder de oorspronkelijk overeengekomen voorwaarden wilde/kon SJB de overeenkomst niet nakomen. Volgens de Europese Commissie had de gemeente in dat geval op grond van de MEO-toets nakoming van de projectontwikkelingsovereenkomst moeten vorderen dan wel de projectontwikkelingsovereenkomst moeten ontbinden. Bovendien was de aangepaste grondprijs volgens de Europese Commissie niet een prijs waarmee een MEO zou instemmen. Deze was (mede) vastgesteld door een onafhankelijke deskundige die de grond had herwaardeerd met behulp van de residuele

grondwaardemethode. Omdat de residuele grondwaardemethode in een dalende huizenmarkt tot negatieve grondprijzen zou kunnen leiden, zou een MEO daarvan volgens de Europese Commissie geen gebruikmaken.

In haar besluit van 23 januari 2013 had de Europese Commissie de MEO-toets naar het oordeel van het Gerecht niet (voldoende) toegepast. Zij had ten onrechte geen rekening gehouden met alle relevante elementen waarin de neerwaartse herziening van de verkoopprijs tot stand was gekomen, met name de rechtspositie van de gemeente en SJB ten opzichte van elkaar (voortvloeiend uit de projectontwikkelingsovereenkomst).

### **Besluit van 15 januari 2016**

Toepassing van het MEO-criterium met inachtneming van de door het Gerecht daaraan gestelde eisen, brengt de Europese Commissie nu alsnog tot het oordeel dat geen voordeel aan SJB is verstrekt:

- Voorafgaand aan de herziene prijsafsprake had het project al vertraging opgelopen omdat de benodigde vergunningen niet tijdig onherroepelijk waren. De projectontwikkelingsovereenkomst met SJB verplichtte partijen in dat geval tot heronderhandeling.
- Ontbinding was volgens de projectontwikkelingsovereenkomst slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mogelijk.
- De projectontwikkelingsovereenkomst bestaat uit meerdere onderling verbonden subprojecten. Het betreft onder meer de aanleg van een ondergrondse parkeergarage en daarboven gelegen commerciële ruimten en wooneenheden. De gemeente kon de projectontwikkelingsovereenkomst niet in zijn geheel ontbinden.
- Na het sluiten van de Projectontwikkelingsovereenkomst maar voor de neerwaartse bijstelling van de grondprijs was de kredietcrisis uitgebroken die in het bijzonder de Nederlandse vastgoedmarkt trof. Daardoor zou ontbinding de gemeente in een onzeker(der) positie brengen dan heronderhandeling.
- De gemeente was financieel betrokken bij de grondexploitatie. Het was in het belang van de gemeente dat zo snel mogelijk met de uitvoering van de Projectontwikkelingsovereenkomst werd aangevangen omdat zij daarmee haar investering eerder (deels) kon terugverdienen.

Gelet op deze omstandigheden zou een MEO volgens de Europese Commissie net als de gemeente tot heronderhandeling en neerwaartse aanpassing van de grondprijs zijn overgegaan. Dan rest nog de vraag met welke herziene grondprijs een MEO had ingestemd. Zoals eerder vermeld had de Europese Commissie de prijs van EUR 4 miljoen in haar besluit van 23 januari 2013 als niet marktconform aangemerkt omdat deze was gebaseerd op de residuele grondwaardemethode.

Het Gerecht verweet de Commissie (onder meer) dat zij vervolgens niet had vastgesteld wat dan wel een marktconforme prijs zou zijn. In het besluit van 15 januari 2016 maakt de Europese Commissie ook ten aanzien van de waardering van de grond een draai, helaas zonder nadere motivering:

“Een onafhankelijke door de gemeente aangestelde deskundige (Fakton) concludeert in zijn rapport van 11 februari 2009 dat het bedrag van 4 miljoen EUR (prijspeil 1 januari 2010), dat als nieuwe grondprijs was overeengekomen, mede rekening houdend met de verdere verbintenissen van SJB, als een marktconforme prijs voor de betrokken grond kan worden beschouwd.”

### **Commentaar**

Het komt niet als een verrassing dat de Europese Commissie na het arrest van het Gerecht in het besluit van 15 januari 2016 concludeert dat de gemeente in de gegeven omstandigheden tot heronderhandeling mocht overgaan. Het oordeel van het Gerecht verplichtte de Europese Commissie om de naar Nederlands recht opgestelde projectontwikkelingsovereenkomst te beoordelen. Daarnaast moest de Europese Commissie een plausibeler waardering van de grondprijs (laten) begroten dan de EUR 4 miljoen die op grond van de residuele grondwaardemethode was vastgesteld. Beide geen gemakkelijke opgave.

De Europese Commissie lijkt het besluit van 15 januari 2016 (mede) te hebben aangegrepen om de zaak snel af te doen. Vanuit de positie van de Europese Commissie is het in dat licht ook begrijpelijk dat zij haar kennelijk gewijzigde standpunt over de residuele grondwaardemethode niet nader motiveert. De residuele grondwaardemethode wordt in de Nederlandse vastgoedpraktijk veel gebruikt. Het eerdere oordeel van de Europese Commissie over de ongeschiktheid van deze waarderingsmethode had daarom de nodige onrust veroorzaakt bij gemeenten en projectontwikkelaars die hun grondtransacties er (mede) op baseren. De Nederlandse vastgoedpraktijk zou gediend zijn geweest met een gemotiveerd standpunt van de Europese Commissie over de residuele grondwaardemethode zodat de toelaatbaarheid ervan niet langer ter discussie had gestaan.

Sjaak van der Heul

# Projectontwikkeling en staatssteun: wie betaalt de toegangswegen?

In een besluit van 8 januari 2016 is de Europese Commissie tot de conclusie gekomen dat het Vlaams Gewest geen onrechtmatige steun heeft gegeven aan een projectontwikkelaar door diverse infrastructurele voorzieningen te realiseren in de directe nabijheid van een verwaarloosd industrieterrein dat door de projectontwikkelaar wordt herontwikkeld.

## De casus

De Uplace-groep, een vastgoedconcern dat actief is in de bouw van winkelcentra en bedrijventerreinen, is eigenaar van een verwaarloosd industrieterrein (nabij de luchthaven van Brussel) in de Belgische gemeente Machelen. Ten aanzien van dit terrein heeft de Uplace-groep een convenant gesloten met Vlaamse Regering, de provincie Vlaams-Brabant, de gemeente Machelen en de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (OVAM). In dit convenant staan de afspraken over enerzijds de bouw door de Uplace-groep van een complex van “*beleveniswinkels*” en ontspanningsfaciliteiten en anderzijds de door de verschillende autoriteiten geplande openbare werken in het gebied, zoals infrastructurele voorzieningen.

Een deel van de infrastructurele voorzieningen zijn aangemerkt als “*projectspecifiek*”. Het gaat met name om wegen, een bushalte en fietspaden in de directe nabijheid van het terrein van de Uplace-groep. De aanleg van deze infrastructurele voorzieningen zullen voor rekening komen van de Uplace-groep. De resterende infrastructurele voorzieningen worden gefinancierd door het Vlaams gewest en de gemeente Machelen.

De Belgische gemeente Leuven is van mening dat er onrechtmatige staatssteun wordt verleend aan de Uplace-groep vanwege de diverse infrastructurele voorzieningen die op kosten van het Vlaams gewest en de gemeente Machelen worden gerealiseerd. In verband hiermee heeft de gemeente Leuven een klacht ingediend bij de Europese Commissie.

## Oordeel Europese Commissie

De bouw van infrastructuur voor activiteiten die de staat verricht bij de uitoefening van het overheidsgezag en die niet zakelijk wordt geëxploiteerd, wordt in beginsel uitgesloten van de toepassing van de staatssteunregels.

De infrastructurele werken in de onderhavige zaak betreffen het openbare wegennet en de verbindingen tussen het projectgebied en het openbare wegennet. Dat wegennet en die verbindingen zijn voor iedereen vrij toegankelijk en worden dus niet zakelijk geëxploiteerd. Desalniettemin kan er volgens de Europese Commissie in twee situaties sprake zijn van een selectief voordeel met betrekking tot met staatsmiddelen gerealiseerde en gefinancierde infrastructuurwerken die niet zakelijk worden geëxploiteerd:

- 1 als projectontwikkelaars volgens de regels die normaal voor het project gelden een deel van de kosten voor de algemene wegenwerken moeten dragen, kan sprake zijn van een selectief voordeel indien de ontwikkelaar minder betaalt dan wettelijk vereist is;
- 2 als de infrastructuur niet van algemene aard is, maar slechts één of een beperkt aantal vooraf bekende ondernemingen ten goede komt, en als ze zodanig op hun behoeften is toegesneden dat de onderneming(en) de kosten voor de infrastructuur normalerwijze zelf had(den) moeten dragen.

Derhalve moet worden beoordeeld of de infrastructuur "*op maat ontwikkeld is*" zoals bedoeld in randnummer 24 van het besluit van 22 december 1999 betreffende de English Partnerships.

Hiervan is sprake als de infrastructuur zo ontworpen is om alleen in te spelen op de behoeften van een of meer bepaalde eindgebruikers (begunstigde) die bij het begin van de werkzaamheden bekend waren. Indien de infrastructuur voor verschillende toepassingen of gebruikers dient die niet vooraf op uitputtende wijze zijn vastgesteld, is de ontwikkeling ervan algemeen van aard.

Wat betreft de projectspecifieke infrastructuur stelt de Europese Commissie vast dat deze volledig door de Uplace-groep zal worden betaald. Bijgevolg krijgt de Uplace-groep geen voordeel ten aanzien van deze infrastructuur. De overige infrastructuur is niet uitsluitend voor het projectgebied ontworpen en komt inderdaad niet uitsluitend dit project-gebied ten goede. In eerdere plannen werd al melding gemaakt van meer en efficiëntere opties inzake bereikbaarheid met het openbaar vervoer (trein, tram en bus), moderne en veilige infrastructuur voor zwakke weggebruikers en optimalisatie van de doorstroming van het verkeer. Bovendien vallen de betrokken wegen onder de verantwoordelijkheid en het beheer van het Vlaamse Gewest. De infrastructurele maatregelen zijn bedoeld om de verkeersdoorstroming in de omgeving van het project-gebied maximaal te

bevorderen, wat in het belang is van zowel de mobiliteit in het ruimere gebied van de gemeente Machelen en omgeving, als het aandeel van het openbaar vervoer in de regio te vergroten.

Aangezien er in België geen algemene regels zijn die bepalen dat projectontwikkelaars een deel van de kosten voor algemene infrastructuur moeten dragen, komt de Europese Commissie tot de conclusie dat er geen selectief economisch voordeel aan de Uplace-groep wordt verleend met de financiering door de overheid van de infrastructuurwerken. De betreffende infrastructuurwerken komen immers niet ten goede komen aan één bepaalde vooraf bekende onderneming.

### **Commentaar**

Projectontwikkeling en staatssteun blijft de gemoederen bezighouden, niet in de laatste plaats vanwege het vele overheidsgeld dat vaak met projectontwikkeling gemoeid is. Het onderhavige besluit is het vermelden waard, omdat de Europese Commissie een toetsingskader biedt aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of bij het door de overheid realiseren van bepaalde infrastructurele voorzieningen een of meer bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld.

De Commissie maakt onderscheid tussen (i) zakelijk geëxploiteerde infrastructuur en (ii) niet-zakelijk geëxploiteerde infrastructuur:

- Sedert het arrest Flughafen Leipzig-Halle weten we dat als de overheid een bijdrage levert aan zakelijke geëxploiteerde infrastructuur dit in beginsel staatssteun kan opleveren.
- Niet-zakelijk geëxploiteerde infrastructuur is in beginsel uitgesloten van toepassing van de staatssteunregels. Er zijn echter twee uitzonderingen:
- nationale regels kunnen meebrengen dat projectontwikkelaars een deel van de kosten van algemene infrastructuur moeten dragen, en
- voor op maat ontwikkelde infrastructuur zal de overheid in beginsel altijd een vergoeding moeten vragen, of er nationale regels zijn of niet.

Eric Janssen



# Financiële bijdrage van de gemeente in projectontwikkeling geen staatssteun, wel onrechtmatig

**Als een gemeente voor de ontwikkeling van een lokaal activiteitencentrum een financieel voordeel verleent aan een ontwikkelaar, levert dat – volgens een eerst recent gepubliceerde uitspraak van 30 december 2015 van de rechtbank Den Haag – geen staatssteun op als de handel tussen lidstaten van de EU niet wordt beïnvloed. Zelfs bij het ontbreken van staatssteun moet de gemeente echter zorgvuldig de belangen van concurrenten afwegen. Laat zij een dergelijke belangenafweging achterwege, dan handelt zij in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dus onrechtmatig.**

## **De zaak**

De gemeente Krimpenerwaard (gemeente) heeft het activiteitencentrum De Stolp verkocht aan het burgerinitiatief SSO voor een bedrag van EUR 210.000,-. De gemeente had De Stolp via een makelaar in de verkoop aangeboden voor vraagprijs van EUR 295.000,-. Volgens het businessplan van SSO beoogde SSO – na herontwikkeling van De Stolp – onder meer de commerciële exploitatie van het activiteitencentrum uit te breiden (bijvoorbeeld door het vergroten van de horecafunctie en de verhuur van commerciële ruimten). Voor de (her)ontwikkeling van De Stolp heeft de gemeente aan SSO een lening verstrekt ter grootte van EUR de aankoopprijs tegen een vast rentepercentage van 2%.

Een met De Stolp concurrerende horecaonderneming (de concurrent) heeft zich op het standpunt gesteld de verkoopprijs en de lening geen marktvoorwaarden vertegenwoordigen en dus staatssteun opleveren voor SSO. Bovendien heeft de gemeente volgens de concurrent in strijd gehandeld met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

## **Het oordeel van de rechtbank**

De gemeente heeft zich op het standpunt gesteld dat de verkoop tegen marktconforme voorwaarden heeft plaatsgevonden en reeds daarom geen staatssteun zou opleveren. Op grond van de Mededeling grondtransacties wordt verondersteld dat de verkoopprijs marktconform is als die is gebaseerd op een voor de verkoopdatum verrichte taxatie door een onafhankelijk deskundige. De

rechtbank Den Haag gaat – zonder het inhoudelijk te beoordelen – aan het door de gemeente overgelegde taxatierapport voorbij omdat het is opgesteld nadat de koopprijs van EUR 210.000,- was overeengekomen. Tevens stelt de rechtbank vast dat het rentepercentage van 2% voor de lening niet marktconform was. In haar businessplan had SSO nog rekening gehouden met 6% en de concurrent had in het voorgaande jaar een lening afgesloten tegen een rentepercentage van 9%.

De rechtbank Den Haag stelt vast dat de gemeente een niet marktconform voordeel aan SSO heeft verleend. Dat levert echter geen staatssteun op. Een van de criteria voor staatssteun is dat het niet-marktconforme voordeel de handel tussen lidstaten van de EU moet (kunnen) beïnvloeden. De bijdrage van de gemeente ten gunste van SSO heeft dat effect volgens de rechtbank Den Haag om de navolgende redenen niet:

- SSO is een burgerinitiatief dat is opgericht met het doel maatschappelijke activiteiten voor de lokale bevolking te behouden in De Stolp;
- De Stolp is midden in Nederland, niet in de nabijheid van de landsgrenzen is gelegen.
- de activiteiten van SSO hebben een zuiver lokaal karakter en een beperkt geografisch aantrekkingsgebied;
- gesteld noch gebleken is dat er buiten het beperkte geografische gebied de gemeente en omgeving potentiële kopers te vinden zouden zijn; de enige andere gegadigde was een plaatselijke kerkgemeenschap.

Kortom, de gemeente heeft geen staatssteun verleend aan SSO. Daarmee is de gemeente echter niet uit de brand. De rechtbank Den Haag oordeelt namelijk dat de gemeente desondanks onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van de concurrent omdat zij het voordeel aan SSO in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel had verstrekt. De concurrent had er belang bij dat hij niet als gevolg van de verkoop van De Stolp aan SSO werd geconfronteerd met oneerlijke concurrentie bij zijn commerciële activiteiten. Het zorgvuldigheidsbeginsel vergt van de gemeente dat zij zich voorafgaand aan de verkoop van De Stolp rekenschap zou hebben gegeven van de positie van de concurrent. In dat kader is de gemeente naar het oordeel van de rechtbank Den Haag dus ook verplicht om het belang van de concurrent zorgvuldig af te wegen en geen rechtshandelingen te verrichten die een voordeel inhouden voor SSO dat zou kunnen resulteren in oneerlijke concurrentie. Die afweging is niet gemaakt.

## **Commentaar**

Hoewel de rechtbank Den Haag het staatssteunverweer van de concurrent verwerpt, bevat de uitspraak een aantal interessante staatssteunoverwegingen. In de eerste plaats toont de uitspraak het belang aan van het staatssteunbeleid van de Europese Commissie. De rechtbank refereert namelijk aan de oriëntatiehulp van de Europese Commissie over de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten van de EU. Hoewel op grond van vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie geen ondergrens bestaat voordat dit criterium is vervuld, lijkt de Europese Commissie in de oriëntatiehulp een drempel te introduceren. Naar haar oordeel zal van staatssteun namelijk uitsluitend sprake kunnen zijn als de handel tussen lidstaten van de EU meer dan marginaal wordt beïnvloed. Daarom wordt in de literatuur aangenomen dat de Europese Commissie het toepassingsbereik van de staatssteunregels met de oriëntatiehulp heeft beoogd te beperken.

In de tweede plaats is vermeldenswaardig dat de rechtbank Den Haag het taxatierapport van de gemeente zonder nadere motivering terzijde legt omdat het is opgesteld na de totstandkoming van de koopprijs. Daarmee gaat de rechtbank Den Haag naar mijn oordeel te kort door de bocht. De voor staatssteun relevante toets is namelijk of de verkoopprijs marktconform is. Weliswaar is dat aannemelijker als die prijs is gebaseerd op een taxatie die al had plaatsgevonden op het moment dat de verkoopprijs werd overeengekomen. Het kan echter allerminst worden uitgesloten dat ook met terugwerkende kracht kan worden geconstateerd dat een eerder overeengekomen prijs marktconform was.

Sjaak van der Heul

# Aankoopgarantie niet in strijd met staatssteunregels

Samenwerkingsovereenkomsten voor een project- of gebiedsontwikkeling komen vaak al tot stand voordat de voor het project benodigde bestemmingsplanwijziging, de benodigde vergunningen en/of ontheffingen onherroepelijk zijn. Als een de bij de ontwikkeling betrokken particuliere ontwikkelaar over een grondpositie beschikt, bestaat dus het risico dat hij zijn grond niet conform de in de samenwerkingsovereenkomst beoogde bestemming kan ontwikkelen en hij met zijn grond blijft zitten. In het geval de overheid zich er in de samenwerkingsovereenkomst op voorhand toe verbindt om de grondpositie van de ontwikkelaar over te nemen indien de benodigde bestemmingsplanwijziging en/of vergunningen niet definitief worden, levert dat niet noodzakelijkerwijs staatssteun op. In een recente uitspraak heeft de kort gedingrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant (voorlopig) geoordeeld dat een aankoopgarantie van de gemeente Tilburg geen staatssteun is.

## De zaak

De gemeente Tilburg is van plan om een "*winkelrondje*" rondom het Stadhuisplein te ontwikkelen. Daarvoor wil de gemeente onder meer commerciële ruimten doen vestigen in:

- het Stadskantoor 1 (SK1), dat nu nog eigendom is van de gemeente, en
- een kantoorpand dat eigendom is van een aantal particulieren en dat tot enkele jaren terug werd gebruikt door de gemeente als Stadskantoor 3 (SK3). SK3 staat sinds het vertrek van de gemeente leeg.

Voor SK1 heeft de gemeente een commerciële ontwikkelaar ("Multiveste") gevonden die SK1 van haar afneemt mits Multiveste erin slaagt de in SK1 beoogde commerciële voorzieningen aan een of meer beleggers verkopen. SK3 zal door een projectontwikkelaar ("Warenhuis") van de particuliere eigenaren worden gekocht met het oog op de ontwikkeling SK3 tot commercieel vastgoed. Primair lijkt bereid te zijn de winkelruimten in SK3 van Warenhuis te huren. Er is nog geen (onherroepelijke) omgevingsvergunning verleend voor de ontwikkeling van SK3.

In de samenwerkingsovereenkomst komen Warenhuis en de gemeente (onder meer) overeen dat de gemeente SK3 voor een bedrag van EUR 6.7 miljoen van Warenhuis overneemt als die omgevingsvergunning niet onherroepelijk wordt verleend (de "aankoopgarantie"). Vastgoedbeleggers (Royalton c.s.) uit het bestaande winkelcentrum van Tilburg vrezen de komst van een concurrerend winkelgebied dat tevens de beschikking krijgt over de aantrekkingskracht van Primark. Zij proberen de herontwikkeling van het stadhuisplein (en de vestiging van Primark in een ander winkelgebied) tegen te houden. Zij beroepen zich daarbij op het feit dat de aankoopgarantie van de gemeente volgens hen staatssteun oplevert voor Warenhuis.

### **Uitspraak**

De kort gedingrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant komt tot het voorlopige oordeel dat de aankoopgarantie geen staatssteun oplevert. Omdat de gemeente Tilburg volgens hem als particuliere marktinvesterder heeft gehandeld, wordt aan Warenhuis geen selectief voordeel verstrekt. Daarmee is niet voldaan aan alle voorwaarden voor staatssteun.

De kort gedingrechter is tot zijn oordeel gekomen op basis van de volgende omstandigheden.

- De overeengekomen koopprijs in de aankoopgarantie wijkt bijna niet af van de marktwaarde zoals begroot in een taxatierapport dat door de gemeente Tilburg in het geding is gebracht. Afhankelijk van de uiteindelijke bestemming zou de getaxeerde waarde van SK3 variëren van EUR 6.3 tot EUR 6.5 miljoen.
- Royalton c.s. hebben geen concurrerend taxatierapport in het geding gebracht.
- Warenhuis lijdt een verlies van EUR 1 miljoen als de omgevingsvergunning niet onherroepelijk wordt verleend en zij (dus) een beroep doet op de aankoopgarantie.
- De verkoop van SK1 aan Multiveste vindt plaats onder de voorwaarde dat Multiveste de beoogde commerciële ruimten aan beleggers kan verkopen. De gemeente heeft daarom commercieel belang bij de ontwikkeling van SK3 omdat de verkoop van SK1 en dus de daaraan gekoppelde inkomsten van de gemeente mede afhankelijk zijn van de aantrekkingskracht die SK3 moet gaan uitoefenen op beleggers in SK1.
- De kans dat geen omgevingsvergunning wordt verleend en een beroep op de aankoopgarantie wordt gedaan, is zeer gering omdat de beoogde ontwikkeling van het "winkelrondje" volledig past binnen het ruimtelijk beleid van de gemeente.

- Als een beroep wordt gedaan op de aankoopgarantie zal de gemeente de beschikking krijgen over bouwrijpe grond die zij verder kan (laten) ontwikkelen.

### **Tot slot**

De uitspraak van de kort gedingrechter laat zien dat bij de beoordeling of een overheid als particulier marktinvesteerder handelt, alle relevante omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen. Die beoordelingsmaatstaf komt overeen met de recente uitspraak van het Gerecht over de veelbesproken ontwikkeling van het centrum van Leidschendam en de recentere uitspraak van het Hof over verkoop van agrarische grond waaruit blijkt dat de verkopende overheid niet altijd de hoogste prijs hoeft te aanvaarden.

De uitspraak bevestigt het belang van een onafhankelijk taxatierapport om de waarde te onderbouwen van (grond)transacties waarbij overheden betrokken zijn. Als concurrerende ondernemingen zich zonder andersluidend rapport op staatssteun beroepen, zullen hun vorderingen al snel worden verworpen. Bovendien is interessant dat de kort gedingrechter uitdrukkelijk benoemt dat een particuliere marktinvesteerder altijd rekening houdt met de omstandigheid dat een beoogde samenwerking ook invloed kan hebben op de waarde van grondposities waarop de samenwerking geen betrekking heeft. Aangezien overheden in het algemeen over veel vastgoed beschikken, staan de staatssteunregels er dus niet aan in de weg dat zij dit bij het aangaan van samenwerkingsovereenkomsten in het achterhoofd houden.

Sjaak van der Heul

# Informatieverzoek over staatssteun van Hof 's-Hertogenbosch aan Europese Commissie

Volgens de Europese Commissie kan particuliere handhaving van de staatssteunregels bij nationale rechters veel voordelen hebben. Het aantal rechtszaken waarmee werd beoogd de handhaving van de staatssteunregels af te dwingen is echter betrekkelijk gering. De Europese Commissie biedt daarom aan nationale rechters de mogelijkheid om haar te consulteren over de (uitleg van de) staatssteunregels. Bij tussenarrest van 17 februari jl. heeft het Hof 's-Hertogenbosch zich met een informatieverzoek tot de Europese Commissie gewend. In afwachting van de beantwoording, ligt de behandeling van de zaak stil.

## De Zaak

Het betreft een langlopend geschil tussen afvalverwerkers, Shanks c.s., en diverse Brabantse overheden. Shanks c.s. hebben zich in deze procedure op het standpunt gesteld dat de Brabantse overheden in strijd met de aanbestedingsregels een opdracht hebben verstrekt aan concurrent Attero-Zuid B.V.,. Door middel van deze overeenkomst zou tevens staatssteun zijn verstrekt aan Attero-Zuid B.V. waardoor hij volgens Shanks c.s. nietig zou zijn. Naast de procedure bij de nationale rechter, hebben Shanks c.s. ook een staatssteunklacht ingediend bij de Europese Commissie. Uit het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch lijkt te volgen dat de Europese Commissie Shanks c.s. heeft gevraagd de klacht in te trekken nadat door de Nederlandse autoriteiten op de klacht was gereageerd.

Over de staatssteunklacht heeft het Hof 's-Hertogenbosch vervolgens een aantal vragen gesteld aan de Europese Commissie:

- is correspondentie gevoerd tussen het Directoraat Generaal (dan wel de Europese Commissie) en de advocaat van Shanks c.s.
- is een beslissing genomen inzake de klacht van Shanks c.s. dan wel is deze klacht inmiddels ingetrokken?
- indien een beslissing is genomen op deze klacht, wat is dan de inhoud daarvan?

- indien een beslissing nog hangende is, op welke termijn kan dan een beslissing worden verwacht?

### **Kort Commentaar**

Uit de vragen van het Hof 's-Hertogenbosch lijkt te volgen dat zij het oordeel van de Europese Commissie bij een uiteindelijk eindarrest zal meewegen. Het tussenarrest past daarmee in een trend waarbij, zowel in staatssteun- als in mededingingszaken, toenemend gewicht wordt toegekend aan het oordeel van de Europese Commissie. De Raad van State heeft in 2013 al geoordeeld dat de provincie Zuid-Holland in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel had gehandeld door een (staatssteun)besluit te nemen zonder voorafgaande (informele) consultatie van de Commissie. Ook in kartelzaken komt het voor dat door nationale rechters vonnis of arrest wordt gewezen naar aanleiding van inhoudelijke inbreng door de Commissie.

Het lijkt erop dat aan het oordeel van de Europese Commissie – een politiek orgaan dat geen rechtsprekende functie heeft – bij de toepassing van Europees recht door nationale rechters welhaast doorslaggevend gewicht wordt toegekend. Dat leidt tot fundamentele vragen. Zo kan de scheiding der machten voor Europeesrechtelijke vraagstukken in het gedrang komen. Bovendien wordt mogelijk het recht op tegenspraak voor partijen beperkt. Als een nationale rechter zich tot de Europese Commissie wendt met een consultatieverzoek, hebben partijen bij het geschil in principe geen gelegenheid hun zaak bij de Europese Commissie te bepleiten alvorens deze haar visie op de zaak geeft.

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) heeft recent wel de koninklijke weg bewandeld door prejudiciële vragen te stellen (over de toepassing van de Telecommunicatiewet) aan het Hof van Justitie van de EU (HvJEU). De prejudiciële procedure is wel een met waarborgen omklede gerechtelijke procedure waarbij aan partijen de mogelijkheid wordt geboden om hun standpunten kenbaar te maken. Dit staat in schril contrast met de nationale procedures waarin door nationale rechters aan de Europese Commissie om een mening wordt gevraagd. De vragen van het CBb betreffen uitdrukkelijk de rol en het gewicht van de mening van de Europese Commissie in nationale procedures over Europeesrechtelijke kwesties. Het CBb stelt namelijk onder meer aan de orde in hoeverre nationale rechters aansluiting moeten zoeken bij aanbevelingen van de Europese Commissie. De Autoriteit Consument & Markt had een handhavingsbesluit namelijk gemotiveerd onder verwijzing naar een aanbeveling van de Commissie die een door de ACM opgelegde verplichting als



passende maatregel had omschreven. Afhankelijk van de datum van het arrest van het HvJEU, kan het Hof 's-Hertogenbosch de antwoorden op de vragen van het CBb al gebruiken bij de motivering van haar uiteindelijke uitspraak in het geschil tussen Sanks c.s. en de Brabantse overheden.

Sjaak van der Heul

# Verkoop van grond: openbare verkoop levert niet noodzakelijkerwijs een marktconforme prijs op

**In een arrest van 16 juli 2015 heeft het Hof van Justitie (Hof) geoordeeld dat de openbare verkoop van een perceel grond niet noodzakelijkerwijs een marktconforme prijs oplevert. Bijzondere omstandigheden kunnen meebrengen dat rekening wordt gehouden met andere factoren dan de prijs.**

## **De casus**

Bodenverwertungs- und verwaltungs GmbH (BVVG) is een Duitse overheids-onderneming die onder andere de wettelijke taak heeft om voor land- en bosbouwdoeleinden gebruikte percelen en gebouwen van de staat te privatiseren. In het onderhavige geval wilde BVVG een perceel grond van ongeveer 2,6 hectare gelegen in de Duitse Landkreis Jerichower Land verkopen en organiseerde daartoe een openbare inschrijving. Nadat het echtpaar Erbs met 29.000 EUR het hoogste bod had uitgebracht, sloot BVVG met hen een koopovereenkomst. Tot een overdracht van het perceel kwam het niet omdat de Landkreis Jerichower Land de op grond van het Grundstückverkehrsgesetz (de Duitse wet op het agrarisch grondverkeer) vereiste toestemming weigerde. Reden voor de weigering was dat het bod van het echtpaar Erbs in geen verhouding zou staan tot de waarde van het perceel. Het bod was volgens twee taxaties namelijk meer dan 50% hoger dan de "verkeerswaarde van het [betrokken] perceel als landbouwgrond".

De gedachte achter de door het Grundstückverkehrsgesetz vereiste toestemming is dat verkoop van landbouwgrond aan niet-professionele landbouwers – zoals het echtpaar Erbst – ongunstige gevolgen kan hebben voor de landbouwbedrijven. In het geval de prijzen van nog beschikbare percelen landbouwgrond extreem zouden stijgen, kunnen landbouwers die ter uitbreiding van hun bedrijf een perceel nodig hebben, dit hierdoor niet langer verwerven.

Het echtpaar Erbs startte een procedure tegen het besluit van de Landkreis Jerichower Land. In deze procedure rijst de vraag of er sprake is van staatssteun als BVVG de grond verkoopt aan een professionele landbouwer voor een lager bedrag dan tijdens de openbare inschrijving geboden.

### **Oordeel van het Hof**

Het Hof wijst erop dat met betrekking tot de verkoop door de overheid van onroerende zaken aan een onderneming of een particulier die een economische activiteit uitoefent zoals land- of bosbouw, een dergelijke verkoop elementen van overheidssteun kan bevatten. Dit kan met name het geval zijn wanneer niet wordt verkocht tegen de marktprijs, dat wil zeggen, tegen de prijs die een particuliere investeerder onder normale mededingingsomstandigheden had kunnen vaststellen (het zogenaamde 'market economy investor principle' of 'MEIP').

Het Hof wijst erop dat er diverse methoden zijn om de marktwaarde vast te stellen. Zo kan de overheid rekenregels invoeren. Dergelijke rekenregels zijn ingevolge het Seydaland arrest toelaatbaar mits de overeenkomstig deze regels vastgestelde prijs de marktwaarde zo dicht mogelijk benadert. Daarnaast kunnen, gelet op de Mededeling verkoop van grond en gebouwen, het beste bod of een taxatie eveneens een marktconforme prijs opleveren. Daarnaast zijn er volgens het Hof echter ook andere methoden denkbaar die tot een vergelijkbare uitkomst leiden.

Indien de overheid met betrekking tot de verkoop van een onroerende zaak overgaat tot een open, transparante en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure, mag worden vermoed dat de marktprijs overeenkomt met het hoogste bod. Wel moet worden nagegaan of (i) het bod bindend en geloofwaardig is en (ii) of er geen gronden zijn om rekening te houden met andere economische factoren dan de prijs. Controle van de marktprijs door deskundigen is overigens niet vereist. Een en ander laat onverlet dat onder bijzondere omstandigheden de methode van verkoop tegen het beste bod niet resulteert in een prijs die overeenkomt met de marktwaarde van de onroerende zaak in kwestie. In die situatie is het gerechtvaardigd rekening te houden met andere factoren dan de prijs. Dat zou met name het geval kunnen zijn wanneer het hoogste bod wegens zijn "kennelijk speculatieve aard" duidelijk hoger blijkt te liggen dan zowel iedere andere in het kader van de openbare aanbesteding geboden prijs als de getaxeerde marktwaarde. Onder dergelijke omstandigheden is de methode van de verkoop tegen het beste bod niet geschikt om de marktwaarde van het betrokken perceel weer te geven.

De nationale rechter moet dus beoordelen of het hoogste bod overeenkomt met de marktwaarde van het betrokken perceel, dan wel of rekening dient te worden gehouden met andere factoren dan de prijs. Hierbij zullen wel alle feitelijke omstandigheden, waaronder de wijze waarop de aanbestedingsprocedure

is verlopen, moeten worden meegewogen. Wordt gebruik gemaakt van een taxatie, dan zal moeten worden nagegaan of aan deze methode een actualisatiemechanisme is verbonden dat rekening houdt met de ontwikkeling van de marktprijzen, opdat de gegeven taxatie de “actuele marktwaarde zo precies mogelijk nadert”.

Duitsland is van mening dat het doel van het Grundstückverkehrsgesetz, namelijk te zorgen dat professionele landbouwers voor de verwerving van nieuwe percelen geen kosten hoeven te maken die de levensvatbaarheid van hun bedrijf in gevaar kunnen brengen staat, afwijking van het hoogste bod rechtvaardigt. Het Hof wijst er echter op dat een dergelijke doelstelling alleen niet volstaat om een maatregel bij voorbaat te doen ontsnappen aan de kwalificatie “staatssteun” in de zin van de staatssteunregels. Het is vaste rechtspraak dat de redenen of doelstellingen van een maatregel niet relevant zijn voor de vraag of een maatregel kwalificeert als staatssteun. Er wordt uitsluitend naar de gevolgen gekeken.

### **Commentaar**

Verkoop van grond en gebouwen door de overheid blijft een terugkerend thema. Het is vooral de waardering die vaak vragen oproept en dan met name of de overheid heeft gehandeld als marktinvesteerder. De onderhavige zaak laat weer eens zien dat het lang niet altijd eenvoudig is de MEIP-test toe te passen. Het lijkt zo voor hand te liggen: het hoogste bod gedaan tijdens een openbare inschrijving weerspiegelt de marktwaarde van de te verkopen onroerende zaak. Er kunnen evenwel omstandigheden zijn die meebrengen dat dit niet het geval is. Een van deze omstandigheden is de “kennelijk speculatieve aard” van het beste bod. Een andere omstandigheid is dat de aan- en eventuele doorverkoop van grond niet los kan worden gezien van een totaal plan, bijvoorbeeld de realisatie van een VINEX-locatie.

Bedacht dient te worden dat MEIP-test niet noodzakelijkerwijs voorschrijft dat de overheid het hoogst haalbare rendement dient na te streven. Dit volgt uit het Bundesverband deutscher Banken arrest. In dit arrest oordeelde het Gerecht dat enkel relevant is of de begunstigde onderneming een voordeel heeft ontvangen dat deze anders niet zou hebben kunnen verkrijgen en niet of de overheid elders een hoger rendement had kunnen krijgen.

Eric Janssen,

# Staatssteun en onteigening: de casus Harlingen

In een tussenvonnis van 1 juli 2015 kwam de rechtbank Noord-Nederland tot de conclusie dat er sprake is van onrechtmatige staatssteun aangezien de gemeente Harlingen een vloerenfabriek ten onrechte op onteigeningsbasis volledig schadeloos had gesteld in ruil voor een bedrijfsterrein. Als gevolg hiervan heeft de vloerenfabriek volgens de rechtbank onrechtmatige steun ontvangen.

## Casus

Een vloerenfabriek en de gemeente Harlingen onderhandelden in de periode 2008-2009 over de verkoop van een stuk grond waarop de vloerenfabriek stond. Uiteindelijk bereikten partijen overeenstemming. De gemeente kocht de grond voor 8,5 miljoen euro, 2 miljoen euro meer dan de marktwaarde van de grond. Onderdeel van de afspraak was dat de vloerenfabriek binnen de gemeente zou verhuizen. Jaren later startte de gemeente Harlingen een procedure bij de rechtbank Noord-Nederland en vorderde onder andere (i) een verklaring voor recht dat er onrechtmatige steun was vertrekt en (ii) dat de vloerenfabriek zou worden veroordeeld een deel van de ontvangen vergoeding terug te betalen. Voor een uitgebreidere beschrijving van de casus zie het artikel Minnelijke verwerving op onteigeningsbasis: zicht op onteigening vereist(!)

## De door de rechtbank aangelegde staatssteuntoets

De vloerenfabriek voerde aan de dat de gemeente Harlingen haar recht op terugbetaling van een deel van de schadeloosstelling had verwerkt. De rechtbank overweegt dat ook met betrekking tot terugbetaling van (ongeoorloofde) staatssteun een (geslaagd) beroep op rechtsverwerking denkbaar is. Hierbij moet wel de nodige terughoudendheid betracht worden. Onder zeer uitzonderlijke omstandigheden kan het vertrouwensbeginsel aan terugbetaling in de weg staan. In het onderhavige geval slaagt het beroep op het vertrouwensbeginsel niet omdat nergens uit blijkt dat de vloerenfabriek is nagegaan of de transactie met de gemeente Harlingen staatssteunproof was.

Uit artikel 107 lid 1 VWEU volgt dat als staatssteun wordt gekwalificeerd een maatregel die (i) afkomstig is van de staat of met staatsmiddelen is bekostigd, waardoor (ii) een of meerdere ondernemingen (iii) worden bevoordeeld, (iv) als gevolg waarvan (iv) de mededinging wordt vervalst en (v) de handel tussen de

lidstaten wordt beïnvloed. De onderhavige zaak spitst zich toe op de vraag of de vloerenfabriek is bevoordeeld.

Onder verwijzing naar de Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties had de gemeente Harlingen betoogd dat er sprake van een vermoeden van een niet-marktconforme prijs, nu de in de Mededeling beschreven handelwijze niet was gevolgd. De rechtbank is echter van mening dat de Mededeling niet van toepassing is, aangezien deze enkel ziet op verkoop van grond. Ook zonder dat sprake is van een vermoeden moet evenwel nagegaan worden of aan de eis van marktconformiteit is voldaan. Hierbij stelt de rechtbank vast dat de vergoeding die de vloerenfabriek heeft ontvangen voor het ongesaneerde bedrijfsterrein niet marktconform was. Het bedrag dat marktpartijen in 2009 bereid waren te betalen voor de grond in gesaneerde staat was beduidend lager dan de overeengekomen vergoeding. Bovendien hadden de saneringskosten voor rekening van de vloerenfabriek moeten komen.

In de ogen van de vloerenfabriek had zij geen ongeoorloofd voordeel ontvangen, nu de vergoeding op onteigeningsbasis was vastgesteld. Hiertoe verwees zij naar de beschikking in de Nedalco casus. De rechtbank volgt de vloerenfabriek niet. Anders dan in de Nedalco casus was er (nog) geen formeel onteigeningsbesluit. Daarbij was ook de planologische grondslag voor een onteigeningsbesluit (het bestemmingsplan) nog niet gereed. Evenmin hadden partijen expliciet op onteigeningsbasis onderhandeld. Bovendien werd er in de koopovereenkomst niet naar een onteigeningswaarde gewezen. Tot slot ging volgens de rechtbank het initiatief oorspronkelijk niet van de gemeente, maar van de vloerenfabriek uit.

De conclusie van de rechtbank is dan ook dat de vloerenfabriek onrechtmatige steun heeft ontvangen. Voor die situatie had de vloerenfabriek in reconventie gevorderd dat de gemeente Harlingen veroordeeld zou worden de transactie bij de Europese Commissie te melden. Deze vordering wordt afgewezen. Van de gemeente kan volgens de rechtbank niet worden verwacht dat zij bij de Europese Commissie een standpunt inneemt dat in strijd is met de huidige zienswijze en het oordeel van de rechtbank.

De vraag is nu welke gevolgen het oordeel van de rechtbank heeft voor de transactie. Is deze slechts gedeeltelijk of integraal nietig? Partijen mogen zich daar nog over uitlaten.

## Commentaar

Kern van de onderhavige zaak is of de vloerenfabriek op onteigeningsbasis schadeloos gesteld had kunnen worden. Dit is relevant omdat een onteigende partij op grond van de Onteigeningswet recht heeft op "een volledige vergoeding voor alle schade, die de eigenaar rechtstreeks en noodzakelijk door het verlies van zijn zaak lijdt". Volledige schadevergoeding is buiten het onteigeningsrecht vrij uitzonderlijk aangezien een benadeelde normaliter ten minste een deel van de schade als gevolg van rechtmatig overheidsoptreden zelf moet dragen. Bovendien laat de beschikking in de [Salmon net licences buy-out scheme zaak](#) zien dat een vergoeding voor het vrijwillig accepteren van een nadeel sowieso al snel een selectief voordeel oplevert. Dat op basis van de Onteigeningswet volledige schadevergoeding wel mogelijk is heeft te maken met het wettelijke karakter. De Onteigeningswet verplicht immers tot het betalen van compensatie, geeft met betrekking tot de hoogte van het te betalen bedrag geen ruimte en is toepasbaar voor alle ondernemingen in alle sectoren in Nederland. Zoals kan worden opgemaakt uit beschikking in de [zaak Automontagebedrijf Steenberg](#) levert volledige schadevergoeding in die situatie geen selectief voordeel op.

Het zal duidelijk zijn dat op onteigeningsbasis schadevergoeding kan worden betaald indien de overheid de reële mogelijkheid heeft om te onteigenen en het onteigeningsbesluit is genomen. Het zelfde geldt als de overheid weliswaar de reële mogelijkheid heeft om te onteigenen, maar nog geen onteigeningsbesluit heeft genomen. In dat geval hangt het spreekwoordelijke Zwaard van Damocles boven de onderhandelingen. De beschikking in de [zaak ZwaaiKom](#) leert ons dat volledige schadeloosstelling op onteigeningsbasis ook mogelijk is als vrijwillige medewerking van de benadeelde nodig is om een bestuurlijke impasse te doorbreken. Of los van een bestuurlijke impasse volledige schadevergoeding op onteigeningsbasis ook mogelijk is als er slechts sprake is van een onomkeerbaar proces dat uiteindelijk kan leiden tot onteigening, is de vraag. Er zijn geen voorbeelden uit de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie bekend. Dan hebben we tot slot de situatie dat onteigening niet speelt. Alsdan is er geen ruimte voor volledige schadevergoeding op onteigeningsbasis.

De onderhavige zaak laat zien dat ondernemingen die met de overheid onderhandelen over te verkopen grond niet te lichtvaardig moeten aannemen dat zij op onteigeningsbasis volledig schadeloos gesteld kunnen worden zonder de staatssteunregels te schenden. Na jaren kunnen ze van een koude kermis thuiskomen.

Wat in het vonnis van de rechtbank nog opvalt is dat de gemeente Harlingen na jaren ongestraft mag terugkomen op een eerder gesloten contract. De gemeente is zelfs niet verplicht de maatregel alsnog bij de Europese Commissie aan te melden. Dat de gemeente nu niet meer bereid is de overeenkomst na te komen zou niet aan de melding in de weg mogen staan. Oorspronkelijk bestond deze bereidheid wel. Bovendien kan de Europese Commissie, anders de nationale rechter, vaststellen dat een steunmaatregel toelaatbaar is.

Eric Janssen



# Commissie paste de MEIP-test niet goed toe in de zaak Leidschendam

**In een arrest van 30 juni 2015 heeft het Gerecht van de Europese Unie (Gerecht) het besluit van 23 januari 2013 van de Europese Commissie in de zaak Leidschendam nietig verklaard. Volgens het Gerecht heeft de Europese Commissie de MEIP-test niet goed uitgevoerd.**

## **De casus**

De zaak heeft betrekking op het project Damplein in het centrum van Leidschendam. Voor de grondexploitatie was de gemeente Leidschendam in 2004 met projectontwikkelaar Schouten De Jong (SJB) een publiek-privaat partnerschap (PPP) aangegaan op 50-50 basis. De bouwfase van het project zou door SJB en drie andere particuliere partijen worden uitgevoerd. Het project had nogal wat voeten in de aarde, zodat het tot eind 2008 duurde vooraleer de benodigde bouwvergunningen konden worden afgegeven. Op dat moment sloeg de crisis toe. Teneinde het project alsnog gerealiseerd te krijgen, stemde de gemeente Leidschendam in 2010 op verzoek van SJB in met zowel een verlaging van de verkoopprijs (€ 4,6 miljoen) van een door de PPP aan SJB verkocht perceel grond, als met de kwijtschelding van de door SJB aan de PPP te betalen grondexploitatiebijdrage (€ 1,1 miljoen) en kwaliteitsvergoeding (€ 0,9 miljoen). In de samenwerkingsovereenkomst die de gemeenten Leidschendam en SJB hadden gesloten was bepaald dat SJB pas met de bouw van de vrijesectorwoningen zou hoeven te beginnen op het moment dat 70% was verkocht (de 70 %-bepaling). Voor de overige gebouwen die SJB zou realiseren, gold deze bepaling volgens de Europese Commissie niet. Als SJB niet tot realisatie van de overige gebouwen zou overgaan, zou het voor de gemeente Leidschendam “commercieel interessanter” zijn de samenwerking te beëindigen en opnieuw aan te besteden. Op basis hiervan stelde de Europese Commissie dat een marktpartij niet zou instemmen met de verlaging van de koopprijs en kwijtschelding van bijdragen.

## **Staatssteun**

Voor de kwalificatie van een maatregel als staatssteun moet volgens het Gerecht voldaan zijn aan vier cumulatieve criteria. De maatregel:

(i) is afkomstig van de staat of is met staatsmiddelen bekostigd

- (ii) moet de begunstigde onderneming een (selectief) voordeel opleveren
- (iii) moet de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen, en
- (iv) moet de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden

### **Afkomstig van de staat of met staatsmiddelen bekostigd**

Een maatregel is afkomstig van de staat of met staatsmiddelen bekostigd indien er een voldoende direct verband bestaat tussen enerzijds het aan de begunstigde verleende voordeel en anderzijds een vermindering van de staatsbegroting. Met betrekking tot dit laatste element is voldoende dat er een voldoende concreet economisch risico bestaat dat die begroting zal worden belast. Gelet hierop heeft de Europese Commissie volgens het Gerecht terecht de prijsverlaging en de kwijtschelding kunnen beschouwen als een verlies aan staatsmiddelen.

### **Voordeel**

Het is vaste rechtspraak dat maatregelen die ondernemingen op welke wijze dan ook rechtstreeks of indirect kunnen bevoordelen, of die moeten worden beschouwd als een economisch voordeel dat de begunstigde onderneming onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben gekregen als staatssteun wordt beschouwd. Het is echter ook vaste rechtspraak dat als de overheid als private marktinvesteerder optreedt er van bevoordeling geen sprake is. Of de overheid heeft gehandeld als een private marktinvesteerder wordt vastgesteld aan de hand van het 'market economy investor principle' (MEIP).

In het kader van de MEIP-test beschikt de Europese Commissie over een ruime beoordelingsbevoegdheid. De rechterlijke toetsing van deze beoordeling is beperkt tot de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten op grond waarvan de betwiste keuze is gemaakt juist zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling van deze feiten of van misbruik van bevoegdheid. Het Gerecht is met name niet bevoegd zijn economische beoordeling in de plaats te stellen van die van de Europese Commissie. In gevallen waar de Europese Commissie over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt, is het toezicht op de inachtneming van bepaalde procedurewaarborgen van fundamenteel belang. In verband hiermee is de Europese Commissie verplicht om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken en om haar besluit toereikend te motiveren.

Het Gerecht is van mening dat de Europese Commissie geen rekening heeft gehouden met alle relevante aspecten van de onderhavige transactie en haar context, met name de rechtspositie waarin de gemeente Leidschendam zich op

basis van de samenwerkingsovereenkomst bevond. Zo is de Europese Commissie niet nagegaan of de gemeente Leidschendam de samenwerking kon beëindigen dan wel de uitvoering van de grondexploitatiewerkzaamheden kon afdwingen. Verder heeft de Europese Commissie ten onrechte geen rekening gehouden met het feit dat de grondexploitatiefase, in het kader waarvan de gemeente 50 % van de kosten en risico's droeg, nog niet was afgerond. Tot slot heeft de Europese Commissie geen onderzoek gedaan naar de waarde van de grond op het moment dat de gemeente Leidschendam instemde met de verlaging van de grondprijs en de kwijtschelding van de bijdragen. Zonder eerst deze marktwaarde te hebben vastgesteld, kon de Europese Commissie volgens het Gerecht hoe dan ook niet tot het oordeel komen dat de optie van beëindiging, in combinatie met een nieuwe aanbesteding, "commercieel interessanter" zou zijn geweest voor de gemeente.

De conclusie van het Gerecht is dat de Europese Commissie, door niet alle relevante aspecten van de betrokken maatregel en zijn context in aanmerking te nemen, niet juist heeft kunnen analyseren of SJB onder normale marktvoorwaarden hetzelfde voordeel had kunnen verkrijgen. Een volledige analyse van die elementen had tot een andere conclusie kunnen leiden ten aanzien van de kwalificatie van de betrokken maatregel als staatssteun. Het bestreden besluit wordt derhalve nietig verklaard.

### **Commentaar**

Het arrest maakt op de eerste plaats duidelijk dat in geval van een PPP, instemming van de gemeente met verlaging van de grondprijs en kwijtschelding van bijdragen, een voordeel kan opleveren dat met staatsmiddelen wordt bekostigd. Voor de praktijk is ook relevant de wijze waarop de Europese Commissie de MEIP-test moet uitvoeren. Niet tegenstaande het feit dat de Europese Commissie over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt, heeft zij een vergaande onderzoeksplicht en dito bewijsplicht. Daarnaast worden er hoge eisen gesteld aan de motivering van het besluit. In het kader van de onderzoeksplicht is nog relevant op te merken dat de Europese Commissie ook goed moet kijken naar de contractuele relaties van de betrokken partijen. Bij de beoordeling van deze relaties zal de Europese Commissie noodzakelijkerwijs nationaal recht moeten toepassen. Normaal gesproken is de Europese Commissie niet bevoegd een oordeel te vellen over eventuele civielrechtelijke geschillen naar nationaal recht. Hier zit dus wel een lastigheid.

Eric Janssen

# De commissie geeft oriëntatiehulp ten behoeve van lokale steunmaatregelen

Op 29 april 2015 heeft de Europese Commissie met betrekking tot zeven maatregelen waarbij voor louter lokale initiatieven overheidssteun wordt verleend, die geen staatssteun in de zin van de EU-regels is. In een persbericht legt de Europese Commissie uit dat de zeven besluiten voor zowel steunverlenende overheden als betrokken partijen extra oriëntatiehulp vormen om te bepalen welke maatregelen niet door de Commissie hoeven te worden goedgekeurd op grond van de EU-staatssteunregels.

## Staatssteun

De criteria voor staatssteun staan in artikel 107 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Er is sprake van staatssteun als een "maatregel":

- afkomstig is van de staat of met staatsmiddelen is bekostigd;
- die een of meer bepaalde ondernemingen;
- een voordeel verschaft;
- waardoor de mededinging wordt vervalst;
- en waardoor de handel tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed (interstatelijk effect).

Volgens vaste rechtspraak vereist de kwalificatie als staatssteun dat aan alle vijf in artikel 107 lid 1 VWEU genoemde voorwaarden is voldaan. In de onderhavige zeven zaken is de Europese Commissie tot de conclusie gekomen dat de lokale initiatieven de handel tussen de lidstaten niet significant ongunstig zullen beïnvloeden. Daarmee vormen de betreffende lokale initiatieven geen staatssteun als bedoeld in artikel 107 lid 1 VWEU.

## De beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie

De zeven besluiten hebben betrekking op diverse klinieken, een stedelijke projectvennootschap, een visserij- en jachthaven, een nationaal buitensport trainingscentrum en golfclubs.

Ze passen overigens in een hele rij van besluiten waarin de Europese Commissie tot de conclusie kwam dat de betreffende lokale initiatieven geen gevolgen hadden voor de handel tussen de lidstaten:

- steun voor een zwembad
- steun voor de restauratie van een zeepier
- steun voor de restauratie van historische gebouwen
- steun voor de restauratie van een historische scheepswerf
- steun voor een museum
- steun voor de bouw van een gemeenlijk theater
- steun voor kleine jachthavens
- steun voor een skilift

### **Beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten**

In de eerste alinea van het persbericht spreekt de Europese Commissie over een "significante" beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten. Gelet op de andere taalversies van het persbericht lijkt het te gaan om een "wezenlijke" beïnvloeding. Aangenomen moet worden dat aan het begrip "wezenlijk" geen zelfstandige betekenis toekomt. In het persbericht stelt de Europese Commissie immers dat een lokaal initiatief "geen of hoogstens marginale – voorzienbare effecten mag hebben op grensoverschrijdende investeringen in de sector of de vestiging van bedrijven binnen de eengemaakte markt van de EU".

Uit de jurisprudentie blijkt dat de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed indien door de steun:

- de export vanuit Nederland naar andere lidstaten voor de begunstigde onderneming(en) makkelijker wordt, of
- de export naar Nederland voor ondernemingen uit andere lidstaten moeilijker wordt.

Verder hoeft de beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten slechts aannemelijk te zijn. Hoewel er géén ondergrens is, de handel tussen de lidstaten niet merkbaar hoeft te worden beïnvloed en de Europese Commissie de (potentiële) beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten niet hoeft te bewijzen, moet uit het persbericht worden opgemaakt dat als de beïnvloeding marginaal is, er geen sprake is van beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten als bedoeld in artikel 107 lid 1 VWEU. De vraag is vervolgens, waar ligt de grens?

In het persbericht wordt opgemerkt dat de niet-vertrouwelijke versies van de besluiten, zodra eventuele vertrouwelijkheidskwesties zijn opgelost, in het staatssteunregister op de website van DG Concurrentie beschikbaar komen. We moeten dus nog enige tijd geduld hebben voor we het precieze toetsingskader kennen. In het persbericht wordt wel een tipje van de sluiting opgelicht. Als voorbeeld van een situatie waar een lokaal initiatief de handel tussen lidstaten

mogelijk niet negatief beïnvloedt noemt de Europese Commissie namelijk de situatie dat de begunstigde goederen levert of diensten verricht binnen een beperkt gebied binnen een lidstaat en waarschijnlijk geen klanten uit andere lidstaten zal aantrekken. Dit doet denken aan het toetsingskader dat is gehanteerd door de EFTA Surveillance Authority in het besluit met betrekking tot een recreatief waterpark in de Noorse gemeente Bømlo. De Raad van State heeft een vergelijkbaar toetsingskader gehanteerd in de zaak Ridderstee Holiday.

### **Slot**

Het lijkt erop dat de Europese Commissie van mening is dat een maatregel pas interstatelijk effect heeft als de handel tussen de lidstaten in ieder geval meer dan marginaal wordt beïnvloed. Hiermee is de aanpak van de Europese Commissie mogelijk iets soepeler dan op basis van jurisprudentie van het Hof van Justitie altijd werd aangenomen. In het licht van de modernisering van het EU- staatssteunbeleid (SAM) past de aanpak evenwel duidelijk in het streven van de Europese Commissie om zich te richten op zaken met een aanzienlijke impact op de interne markt. In verband hiermee kondigde Joaquin Almunia, destijds Eurocommissaris voor mededinging, reeds in een op 10 februari 2012 gehouden speech aan dat de Europese Commissie een vereenvoudigde behandeling voorstaat van zaken met een gering effect op de handel tussen de lidstaten. Het is alleen nog even wachten op de uitwerking.

Eric Janssen

## Het Dirkzwager aanbestedingsteam:



**Mr. T. (Tony) van Wijk**

advocaat

T +31 (0)24 381 31 87

E [vanwijk@dirkzwager.nl](mailto:vanwijk@dirkzwager.nl)



**Mr. S. (Sjaak) van der Heul**

advocaat

T +31 (0)24 381 31 59

E [vanderheul@dirkzwager.nl](mailto:vanderheul@dirkzwager.nl)



**Mr. J.H.J. (Joris) Bax**

advocaat

T +31 (0)24 381 31 87

E [bax@dirkzwager.nl](mailto:bax@dirkzwager.nl)



**Mr. F.J.J. (Frank) Cornelissen**

advocaat

T +31 (0)24 - 381 31 59

E [f.cornelissen@dirkzwager.nl](mailto:f.cornelissen@dirkzwager.nl)

## Over Dirkzwager

Met kantoren in Nijmegen en Arnhem en ruim 260 medewerkers heeft Dirkzwager advocaten & notarissen op bijna ieder terrein specialistische juridische kennis in huis. Actuele kennis van wet- en regelgeving en jurisprudentie, natuurlijk, maar ook mensenkennis en kennis van de markten waarin onze cliënten opereren. Die kennis zetten we in voor onze cliënten. En die delen we. Dat maakt ons bijzonder. En dat zorgt ervoor dat onze cliënten in het voordeel zijn.

### **© 2016, Dirkzwager advocaten & notarissen N.V.**

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de auteur worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave grote zorg is besteed, aanvaarden de auteur en Dirkzwager advocaten & notarissen N.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.



Maak kennis met **Dirkzwager**  
advocaten & notarissen

**Vestiging Arnhem**

Postbus 111  
6800 AC Arnhem  
Velperweg 1  
6824 BZ Arnhem

**Vestiging Nijmegen**

Postbus 55  
6500 AB Nijmegen  
Van Schaeck Mathonsingel 4  
6512 AN Nijmegen

T +31 (0)88 24 24 100

F +31 (0)88 24 24 111

E [info@dirkzwager.nl](mailto:info@dirkzwager.nl)

I [www.dirkzwager.nl](http://www.dirkzwager.nl)