

Welkom bij de WGL nieuwsbrief aanbestedingsrecht, waarin we u meenemen in de relevante ontwikkelingen van het afgelopen jaar die zich binnen dit rechtsgebied hebben voorgedaan en voor u als ondernemer of als aanbestedende dienst interessant kunnen zijn.

Jurisprudentie

Opdracht wordt niet materieel gewijzigd door het niet halen van de uitvoeringsfase

Deze zaak van de [Rechtbank Midden-Nederland](#) ging over de niet-nakoming van een overeenkomst door een opdrachtgever met betrekking tot ICT-dienstverlening. In die overeenkomst was als fatale termijn opgenomen dat de transitie van de bestaande naar de nieuwe ICT-dienstverlening van de winnende inschrijver vóór 1 oktober 2023 moest zijn afgerond. De winnende inschrijver rondde dit proces niet tijdig af en zou een paar maanden uitloop hebben. De als tweede geëindigde inschrijver (eiser), stelde dat er sprake was van een wezenlijk gewijzigde overeenkomst en vorderde onder meer vernietiging van de gehele overeenkomst, een verbod tot verdere uitvoering van de overeenkomst en een gebod om de opdracht aan hem te gunnen.

De voorzieningenrechter oordeelde dat het enkel verstrijken van een contractueel overeengekomen termijn, ongeacht of dat een 'harde deadline' en/of 'fatale termijn' betreft, geen materiele wijziging van de aard en omvang van de opdracht was of behoefde op te leveren. Aan het feit dat die termijn als fataal was aangemerkt, verbond de voorzieningenrechter alleen de conclusie dat de opdrachtnemer toerekenbaar tekort was gekomen en meteen in verzuim was geraakt zonder dat zij in gebreke diende te worden gesteld. De voorzieningenrechter merkte voorts op dat van een goed handelend aanbestedende dienst enige coulance kan worden verwacht met betrekking tot de tekortkoming, maar dat voortdurende coulance (en compromissen) strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel kan opleveren.

Geen wezenlijke wijziging van de concessieopdracht bij vervanging onderaannemer

De gemeente Utrecht ('Gemeente') heeft na een aanbestedingsprocedure een overeenkomst gesloten met RBL over de plaatsing van haltevoorzieningen met daarbij een concessieverlening voor de exploitatie van de bijbehorende reclamevitruines. In de aanbestedingsprocedure werd de eis gesteld dat er daadwerkelijk gebruik moest worden gemaakt van de bij inschrijving opgegeven onderaannemer en wel gedurende de gehele

looptijd van de opdracht, hetgeen ook contractueel werd vastgelegd. Uiteindelijk gunde de Gemeente definitief aan RBL, waarbij Clear Channel als onderaannemer voor de exploitatie van de reclameruimte werd opgegeven.

In eerste aanleg heeft de voorzieningenrechter de Gemeente een verbod opgelegd om zonder nieuwe aanbestedingsprocedure RBL toestemming te verlenen om te gaan werken met JCDecaux voor de exploitatie van reclame in Utrecht. Volgens de voorzieningenrechter was er sprake van een wezenlijke wijziging van de aanbestede concessieovereenkomst.

Daarentegen oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden in hoger beroep dat onder meer Clear Channel onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het vervangen van de onderaannemer in deze aanbestedingsprocedure moest worden gekwalificeerd als een wezenlijke wijziging. Hierdoor was het plaatsen van een nieuwe aanbestedingsprocedure toch niet nodig.

ISO-certificering onderaannemer

In dit advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts ('CvEA') stond de vraag centraal of naast de winnende inschrijver ook een onderaannemer ISO 27001 gecertificeerd diende te zijn. Volgens de CvAE bracht een objectieve uitleg van de aanbestedingsstukken mee dat een onderaannemer van de inschrijver alleen ISO 27001 gecertificeerd hoefde te zijn, als de inschrijver zelf niet over dit certificaat beschikte. In deze casus was de winnende inschrijver ISO 27001 gecertificeerd, waardoor de onderaannemer van de winnende inschrijver dus niet ISO 27001 gecertificeerd hoefde te zijn.

Eis betreffende ISO 9001 certificering of gelijkwaardig

Het Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut ('KNMI') was een aanbestedingsprocedure gestart voor (door)ontwikkeling, beheer en onderhoud van de KNMI App. In de selectieleidraad is een geschiktheidseis GE4 opgenomen, genaamd "*Kwaliteitsmanagementsysteem ISO 9001 of gelijkwaardig*". Het niet voldoen aan de geschiktheidseis leidde tot uitsluiting. De Staat (gedaagde namens de KNMI in deze zaak) heeft aan Webbio bericht dat haar inschrijving niet als winnende inschrijving uit de bus was gekomen en dat hij voornemens was de opdracht te gunnen aan de Combinatie Egeniq-Koos. Webbio stelde vragen over het voldoen van Egeniq aan deze geschiktheidseis. De Staat heeft onder meer aangegeven dat (i) Egeniq in het UEA heeft verklaard aan de geschiktheidseisen te voldoen, (ii) eis GE4 vereist dat de inschrijver beschikt over ISO 9001 of een gelijkwaardig certificaat en (iii) de door Egeniq aangeleverde informatie is beoordeeld en haar inschrijving voldoet aan de eisen. Webbio startte daarop een kort geding en vorderde de intrekking van de gunningsbeslissing.

De voorzieningenrechter verwierp het standpunt van Webbio dat de Combinatie het ISO-certificaat niet binnen de gestelde termijnen kon verkrijgen om redenen die haar niet konden worden aangerekend. De Staat heeft juist geoordeeld dat dit wel het geval was, mede omdat de periode tussen de aankondiging van de opdracht en de uiterste aanmeldingsdatum slechts vijf weken bedroeg. De Combinatie had de ISO-certificering al vóór de inschrijving aangevraagd, maar het hele proces van certificering duurde drie tot zes maanden. Daardoor kon de Combinatie ten tijde van de inschrijving nog niet over het certificaat beschikken, maar inmiddels wel.

In de uitspraak werd ook aandacht besteed aan de vraag of het was toegestaan dat slechts een van de combinanten over de ISO9001-certificering of gelijkwaardig beschikte. Gelet op de leesbaarheid van deze nieuwsbrief wordt deze vraag achterwege gelaten.

Geen gelijke kansen bieden bij de verkoop van onroerende zaken is onrechtmatig

De Hoge Raad heeft in 2021 in het Didam I-arrest beslist dat wanneer overheden privaatrechtelijke rechtshandelingen aangaan zoals verkoop van onroerend goed, het gelijkheidsbeginsel meebrengt dat er mededingingsruimte moet worden geboden aan potentiële gegadigden om mee te dingen. Hierbij dient de betreffende overheid criteria op te stellen die objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Verder moet de overheid de voorgenomen verkoop aankondigen. Een belangrijke uitzondering hierop is dat dat niet hoeft als slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt (de 'Didam-regels').

De Hoge Raad heeft op 15 november 2024 (na zijn *Didam I*-arrest) in het Didam II-arrest geoordeeld over de gevolgen van het niet naleven van het gelijkheidsbeginsel. De Didam-regels laten de aan het overheidslichaam toekomende ruimte om ontwikkelingsplannen en ruimtelijke plannen vast te stellen onverlet. Aan welke gegadigde een onroerende zaak zal mogen worden verkocht, is afhankelijk van de door het overheidslichaam, met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte, te stellen objectieve, toetsbare en redelijke criteria. De Didam-regels bieden ruimte om deze criteria in een beleidsregeling op te nemen. De Didam-regels dwingen niet tot een veiling of tot verkoop aan de hoogste bidder.

Wanneer een koopovereenkomst in strijd met de Didam-regels is gesloten, handelt de overheid in beginsel onrechtmatig jegens een potentiële gegadigde die bij die verkoop ten onrechte geen gelijke kans heeft gekregen. De overheid kan dan schadeplichtig zijn.

De Hoge Raad beslist voorts dat het gelijkheidsbeginsel altijd al heeft gegolden en er daarom terugwerkende kracht uitgaat van de Didam-regels.

Herbeoordeling inschrijvingen bij een procedureel gebrek

De Utrechtse gemeenten en de provincie Utrecht hadden een aanbesteding uitgeschreven voor Wmo-vervoer, OV-vangnetvervoer en leerlingenvervoer. Tijdens de beoordeling van de kwaliteit van de inschrijvingen had de oorspronkelijke beoordelingscommissie een fout gemaakt bij het vaststellen van de scores. Als gevolg hiervan had de opdrachtgever besloten tot een herbeoordeling, uit te voeren door een nieuwe beoordelingscommissie.

Een aantal inschrijvers had bezwaar gemaakt tegen deze beslissing, met het argument dat een herbeoordeling niet meer mogelijk was en dat de opdracht opnieuw moest worden aanbesteed. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft, in lijn met de voorzieningenrechter, geoordeeld dat de herbeoordeling toelaatbaar is.

Ernstige beroepsfout

Een onderneming actief in de sector van slibtransport heeft deelgenomen aan een aanbestedingsprocedure van het Waterschap Scheldestromen ('**Waterschap**'). Het Waterschap heeft besloten de onderneming uit te sluiten van verdere deelname omdat de onderneming onder verscherpt toezicht van de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland heeft gestaan wegens het meermaals overtreden van de administratieve voorschriften aangaande het vervoer van meststoffen. In deze procedure stond de vraag centraal of de beslissing van het Waterschap wegens een ernstige beroepsfout als onrechtmatig moest worden beschouwd.

De voorzieningenrechter overwoog dat het Waterschap over beoordelingsvrijheid beschikte bij het vaststellen van feiten die ten grondslag lagen aan het toepassen van een uitsluitingsgrond. Dit gold ook voor de beoordeling of de onderneming voldoende corrigerende maatregelen had genomen om haar betrouwbaarheid alsnog aan te tonen. De beoordelingsvrijheid van het Waterschap betekende dat de voorzieningenrechter alleen kon ingrijpen indien het oordeel van het Waterschap in redelijkheid niet kon worden bereikt. Een dergelijke situatie heeft zich hier niet voorgedaan. Bovendien diende het besluit in lijn te zijn met het proportionaliteitsbeginsel, aangezien het ging om facultatieve uitsluitingsgronden. Dit vereiste een belangenafweging. Hoewel deze belangenafweging summier was uitgevoerd, achtte de voorzieningenrechter deze in de gegeven omstandigheden voldoende. Daarom oordeelde de voorzieningenrechter van de [Rechtbank Zeeland-West-Brabant](#) dat het besluit niet onrechtmatig was. Het Waterschap mocht de onderneming uitsluiten van deelname aan de aanbesteding.

(Geen) abnormaal lage inschrijving

De gemeente Brunssum ('**Gemeente**') organiseerde een openbare aanbesteding voor onderhoud van plantsoenen en boomspiegels, met als gunningscriterium de laagste prijs. Lux Cernit werd als winnaar aangewezen, waarop concurrent Pekflex bezwaar maakte vanwege een vermeend abnormaal lage prijs. De [voorzieningenrechter](#) oordeelde dat als een afgewezen inschrijver, hier Pekflex, vraagt waarom een inschrijving als abnormaal laag is aangemerkt, de aanbestedende dienst dit gedetailleerd moet onderbouwen door (1) een analyse van de offerte om te kunnen vaststellen of de prijs daadwerkelijk niet abnormaal laag is en (2) de afgewezen inschrijver hierover op hoofdlijnen te informeren. Volgens de voorzieningenrechter had de Gemeente dit gedaan: ze had de bezwaren van Pekflex serieus genomen, Lux Cernit om extra uitleg gevraagd en onderzoek laten verrichten door een adviesbureau. De gegeven informatie door de Gemeente voldeed aan de norm 'op hoofdlijnen informeren' en was toereikend toegelicht. Tot slot oordeelde de voorzieningenrechter dat een aanbestedende dienst niet gehouden is om bedrijfsvertrouwelijke informatie, zoals manuren en werkwijze van de winnaar, te verstrekken aan een afgewezen inschrijver.

Bouw nationaal voetbalstadion is een 'overheidsopdracht'

In 2013 kwam de Slowaakse overheid een memorandum overeen met de onderneming Národný futbalový štadión ('**NFS**') over de bouw van een Slowaaks nationaal voetbalstadion, een subsidie van EUR 27.2 miljoen voor de bouw en voorwaarden voor de bouw. NFS zou 60% van de bouwkosten financieren. Dezelfde dag werd tussen partijen ook overeenstemming bereikt over een aankoopbelofte. De aankoopbelofte vestigde ten gunste van NFS een eenzijdige verkoopoptie die overeenkwam met een verplichting van de Staat om het opgetrokken gebouw aan te kopen.

Het [Hof van Justitie van de Europese Unie](#) ('**Hof van Justitie**') oordeelde dat een contractuele constructie tussen een lidstaat en een marktdeelnemer kon worden aangemerkt als een 'overheidsopdracht voor werken' wanneer deze wederzijdse verplichtingen schiepte. Dit was het geval als de contractuele constructie een subsidieovereenkomst en een aankoopbelofte omvatte, waarbij de marktdeelnemer verplicht was een stadion te bouwen volgens door de Staat vastgestelde voorwaarden. Daarnaast bevatte de contractuele constructie een eenzijdige optie voor de marktdeelnemer, wat neerkwam op een verplichting voor de Staat om het stadion aan te kopen.

Verschieft een inhouse concessie van kleur door privatisering?

Autobahn GmbH des Bundes, eigendom van de Bondsrepubliek Duitsland en verantwoordelijk voor het beheer van de Duitse federale autosnelwegen, heeft besloten – zonder aanbestedingsprocedure – concessieovereenkomsten voor verzorgingsplaatsen langs autosnelwegen uit te breiden zodat haar concessiehouder(s) daar elektrische oplaadpunten konden installeren. Een voorname concessiehouder is het in 1998 geprivatiseerde Tank & Rast AG. De vraag die in de procedure centraal stond is of de installatie van nieuwe elektrische oplaadpunten op deze verzorgingsplaatsen moest worden aanbesteed.

In zijn [Conclusie](#) adviseerde de advocaat-generaal het Hof van Justitie als volgt. De aanbestedingsregels in richtlijn 2014/23/EU over wezenlijke wijziging waren niet van toepassing op wijzigingen van concessies die als inhouse-opdrachten waren gegund, zolang die concessies hun oorspronkelijke aard behielden.

Daarentegen waren deze aanbestedingsregels wel van toepassing op wezenlijke wijzigingen van dergelijke concessies als deze wijzigingen plaatsvonden nadat de voorwaarden voor een inhouse-gunning waren weggefallen. Dit kon het geval zijn wanneer de oorspronkelijke opdrachtnemer werd vervangen door een andere opdrachtnemer die niet onder de zeggenschap van de aanbestedende dienst viel. Het is nu aan het Hof van Justitie om in deze zaak te beslissen.

Schadevergoeding en verlies van een kans

De vereniging INGSTEEL werd uitgesloten van de aanbesteding voor de renovatie en bouw van zestien voetbalstadions, omdat de aanbestedende dienst vond dat zij niet aan de vereisten van de aankondiging van de opdracht (economische en financiële draagkracht) voldeed. De hoogste rechter in Slowakije oordeelde dat deze uitsluiting nietig was, maar intussen was de opdracht al definitief gegund aan een andere partij. INGSTEEL liep daardoor een kans mis om mee te dingen, maar kon volgens het Slowaakse recht geen schadevergoeding vorderen voor het missen van een kans om deel te nemen aan die aanbestedingsprocedure. Het Hof van Justitie achtte deze nationale regeling in strijd met artikel 2 lid 1 onder c Richtlijn 89/665/EEG ('**Richtlijn**').

Het [Hof van Justitie](#) benadrukte dat de Richtlijn beoogde een effectief rechtsmiddel te bieden aan personen die schade hadden geleden door schendingen van het Unierecht inzake overheidsopdrachten, dat op alle soorten geleden schade kon slaan. Het was niet aanvaardbaar dat het verlies van een kans om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure volledig werd uitgesloten als schade die voor vergoeding in aanmerking kwam in geval van een inbreuk op het Unierecht. De lidstaten moesten de criteria opstellen voor het vaststellen en begroten van de schade die voortvloeide uit het verlies van een kans, met inachtneming van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

Regelgeving

Herziening Europese aanbestedingsrichtlijnen

De Europese Commissie is een consultatie over de evaluatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen gestart. Doel van de herziening is (i) bij overheidsopdrachten in strategische sectoren de mogelijkheid te creëren de voorkeur te kunnen geven aan Europese producten, (ii) bij vitale technologieën, producten en diensten Europese voorzieningszekerheid te

creëren en (iii) de regels te vereenvoudigen en te moderniseren, met speciale aandacht voor startups en innovators. De oproep tot het indienen van input en de openbare raadpleging loopt tot 7 maart 2025. Iedereen mag aan de [consultatie](#) deelnemen.

www.windtlegal.com | **Vragen? Neem contact op met:**



Doortje Ninck Blok

Advocaat | Counsel

Europees recht, mededingingsrecht,
staatssteun & aanbestedingsrecht

06 2925 0427

d.ninckblok@windtlegal.com



Vinera Martikjan

Advocaat

Europees recht, mededingingsrecht,
staatssteun & aanbestedingsrecht

06 2607 5058

v.martikjan@windtlegal.com



Ruben Leeuwenburgh

Advocaat | Partner

Corporate & commercial litigation

06 4355 0980

r.leeuwenburgh@windtlegal.com

Onze aanbestedingsrecht updates en white papers bieden algemene inzichten over verschillende juridische vraagstukken en worden met de grootst mogelijke zorg samengesteld, maar zijn niet bedoeld als juridisch advies. U kunt daarom geen rechten ontleen aan deze aanbestedingsrecht updates en white papers en Windt Le Grand Leeuwenburgh kan niet instaan voor de toepasselijkheid in uw individuele situatie of voor de volledigheid of juistheid van de informatie. Mocht u advies wensen over uw situatie, neem dan contact met ons op. Kennisname of gebruik van informatie uit onze aanbestedingsrecht updates en white papers impliceert aanvaarding van de toepasselijkheid van onze algemene voorwaarden op onze relatie met u, inclusief de daarin opgenomen beperking van aansprakelijkheid. Onze algemene voorwaarden zijn te raadplegen op onze [website](#).