



WEBINAR

Highlights

Aanbestedingsjurisprudentie 2021



10 maart 2022

nevi

CORVERS
COMMERCIAL & LEGAL AFFAIRS



Inkoop**Juris**prudent

Dit webinar

- ▶ Enkele **cijfers en grafieken** over aanbestedingen en aanbestedingsrechtszaken
 - ▶ **Meest voorkomende problemen** bij aanbestedingen die leiden tot een rechtszaak (2021)
 - ▶ **Leerpunten** uit de InkoopJurisprudent Practicals 2021
-
- ▶ De **belangrijkste jurisprudentie** uit 2021 in vogelvlucht besproken - *Deel II (Carolien Jobse)*



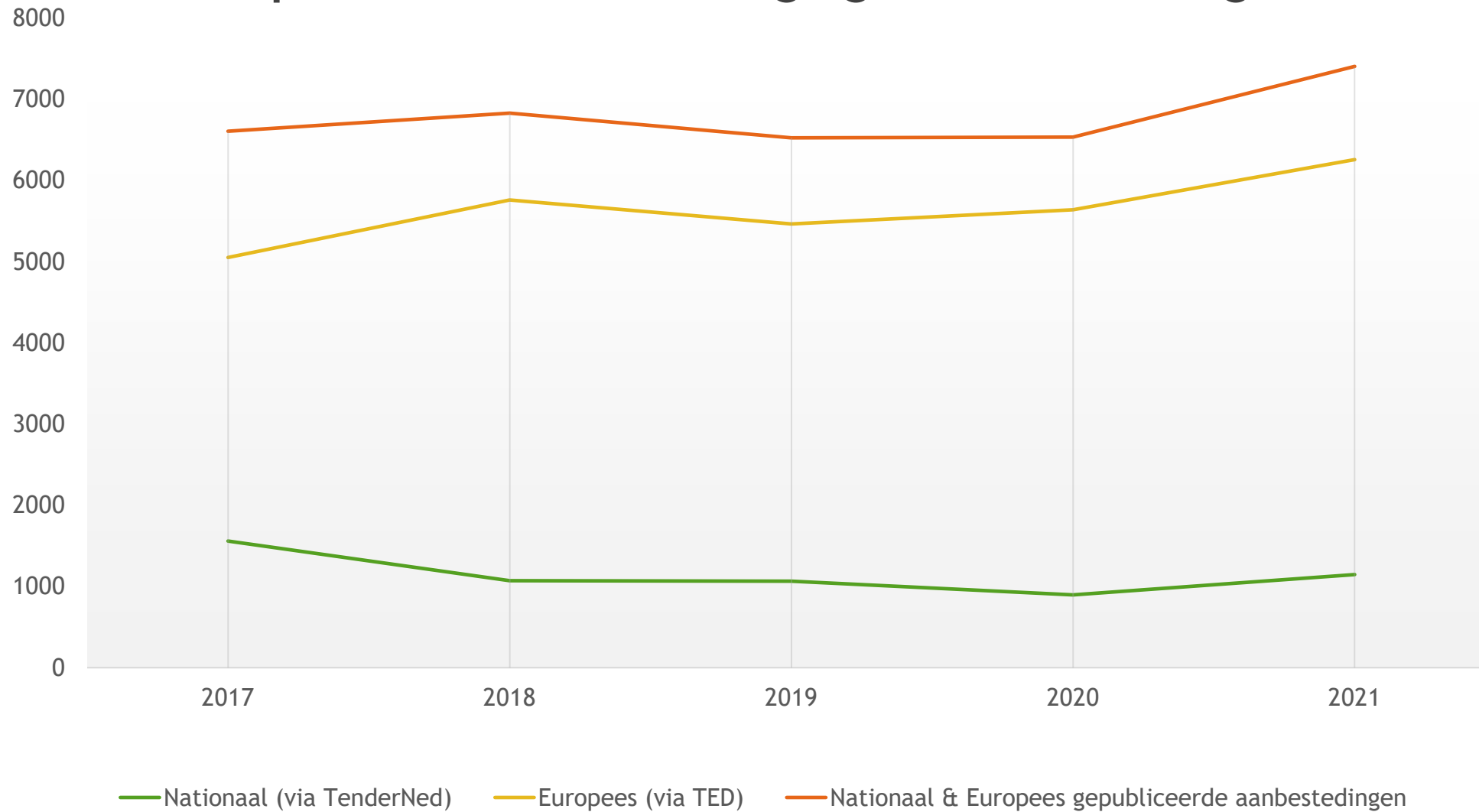
Een vraagje vooraf

Is het aantal gepubliceerde aankondigingen van een overheidsopdracht gestegen of gedaald ten opzichte van vorig jaar?

- A. Gestegen
- B. Gedaald
- C. Gelijk gebleven



Gepubliceerde aankondigingen aanbestedingen



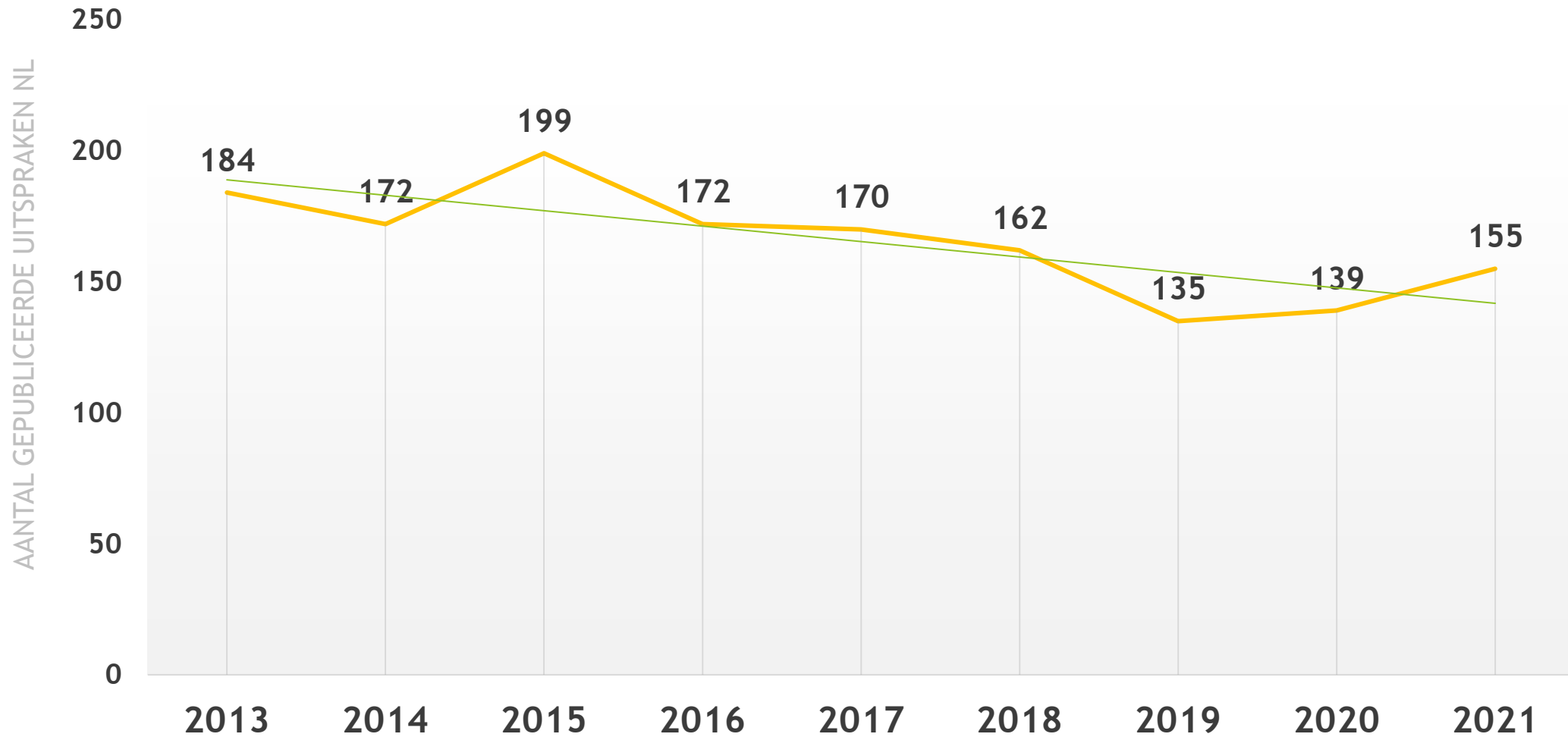
Een vraagje vooraf

Is het aantal gepubliceerde aanbestedingsrechtzaken in Nederland gestegen of gedaald ten opzicht van vorig jaar?

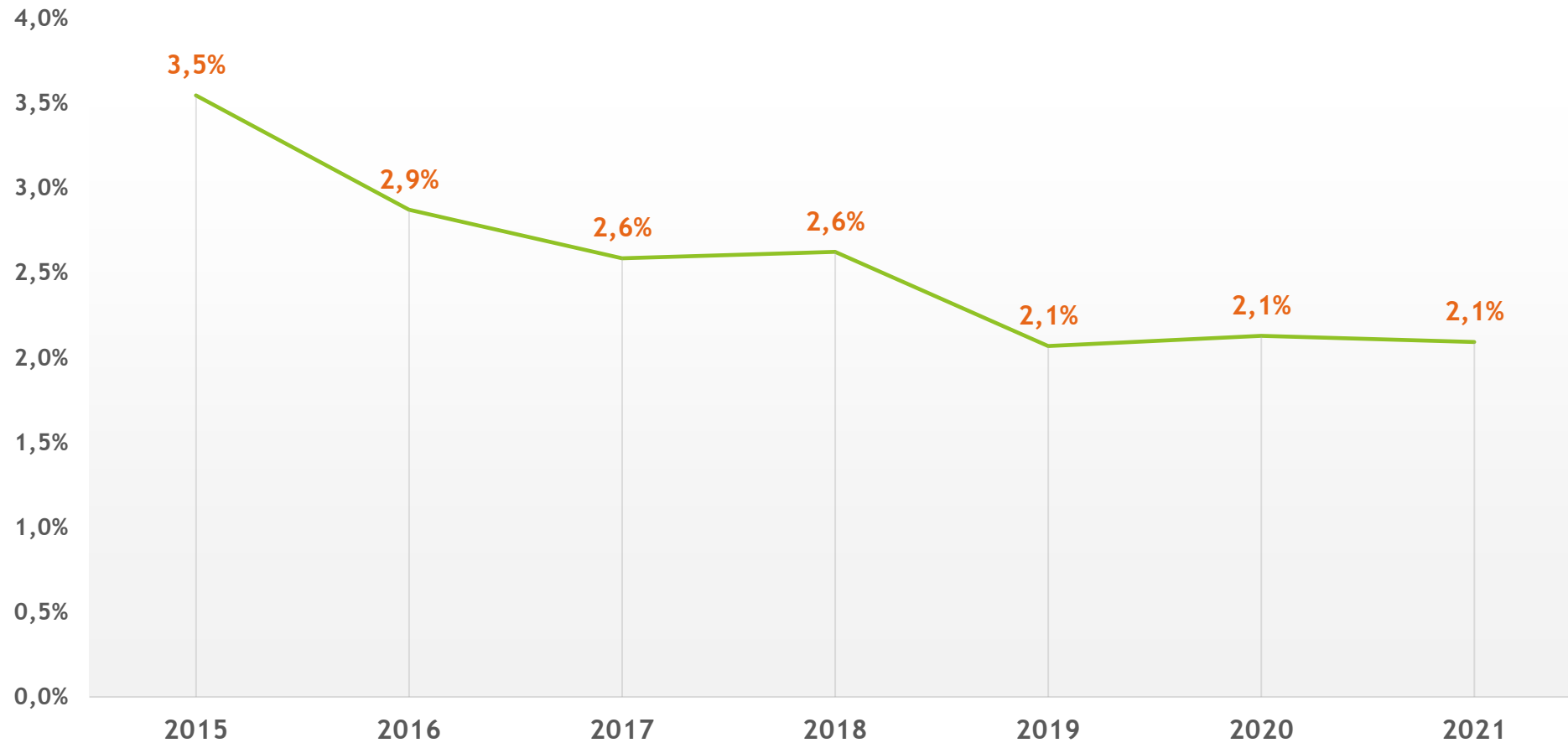
- A. Gestegen
- B. Gedaald
- C. Gelijk gebleven



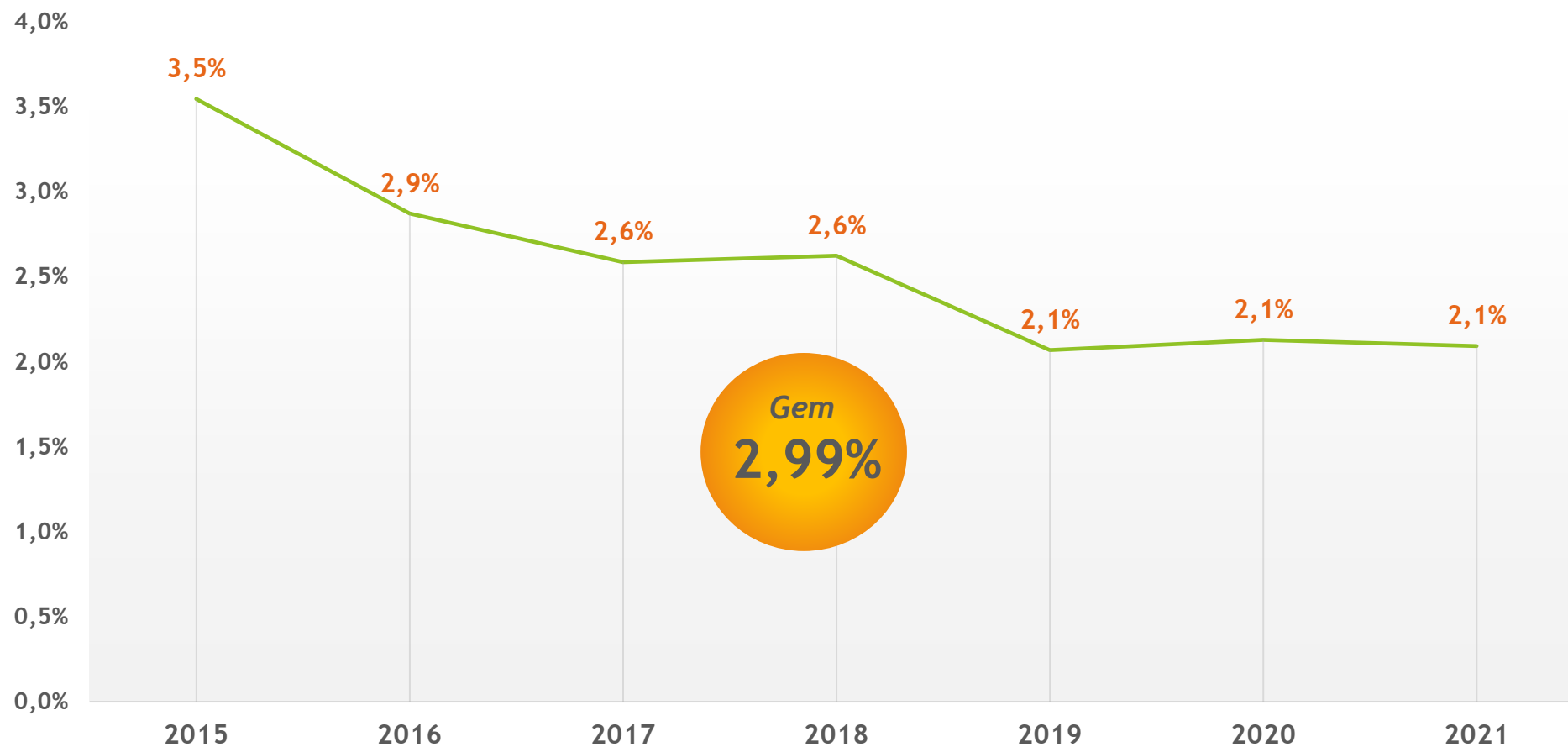
Ontwikkeling aantal aanbestedingsrechtzaken NL 2013 - 2021



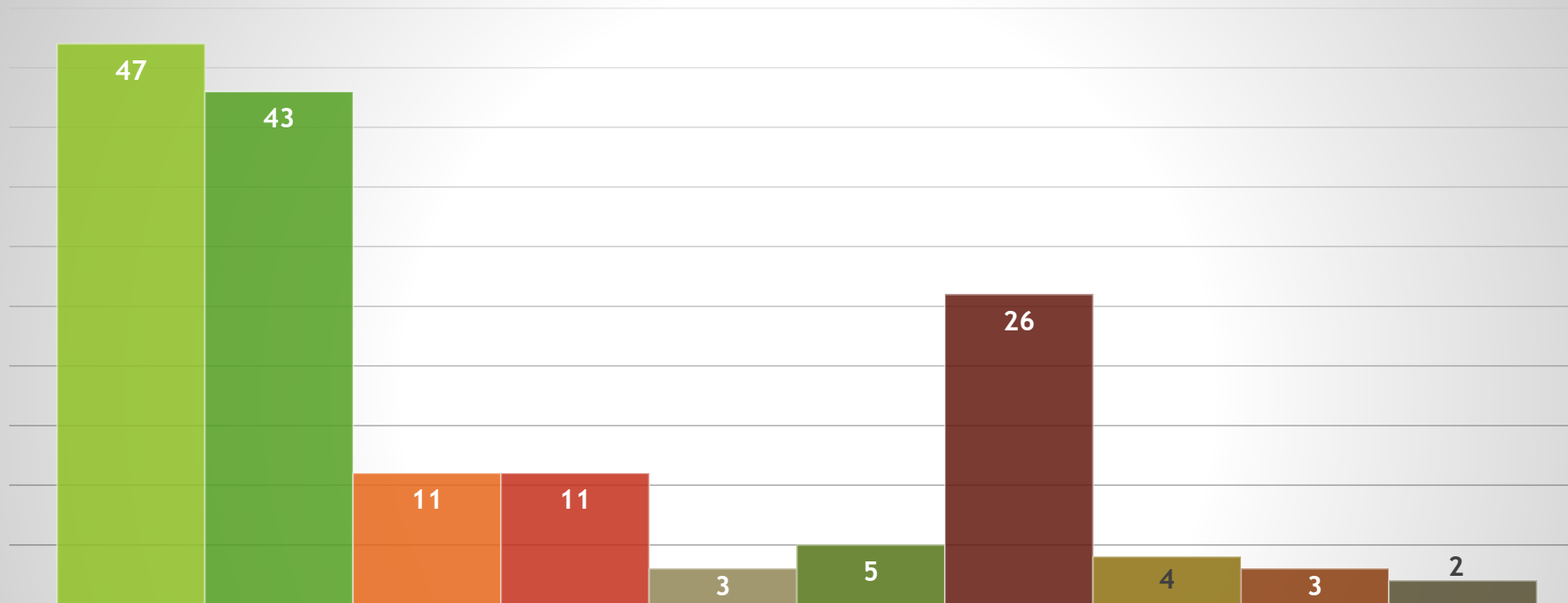
Ontwikkeling percentage rechtszaken van totaal aantal aankondigingen 2015-2021



Ontwikkeling percentage rechtszaken van totaal aantal aankondigingen 2015-2021



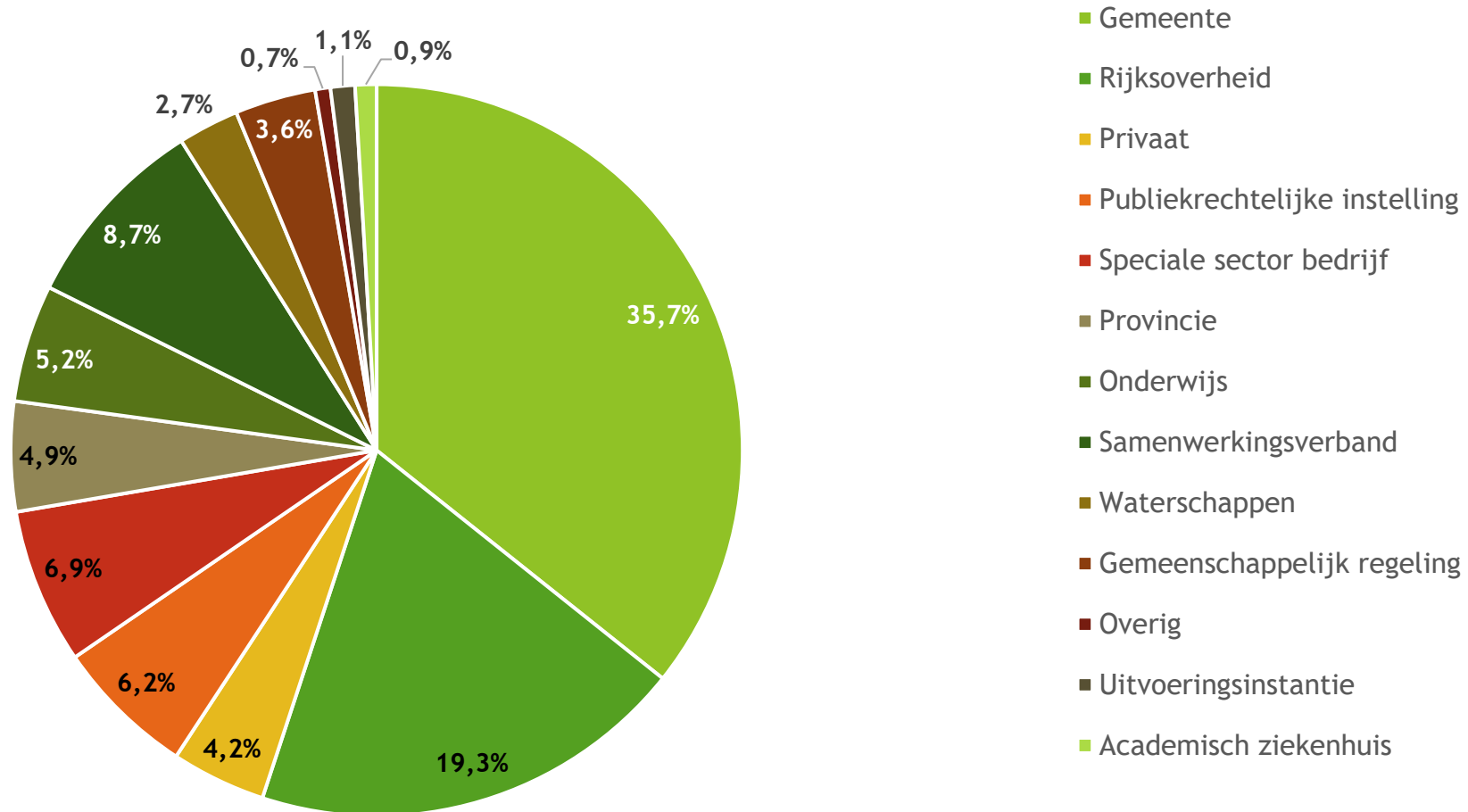
Aantallen rechtszaken per type AD 2021



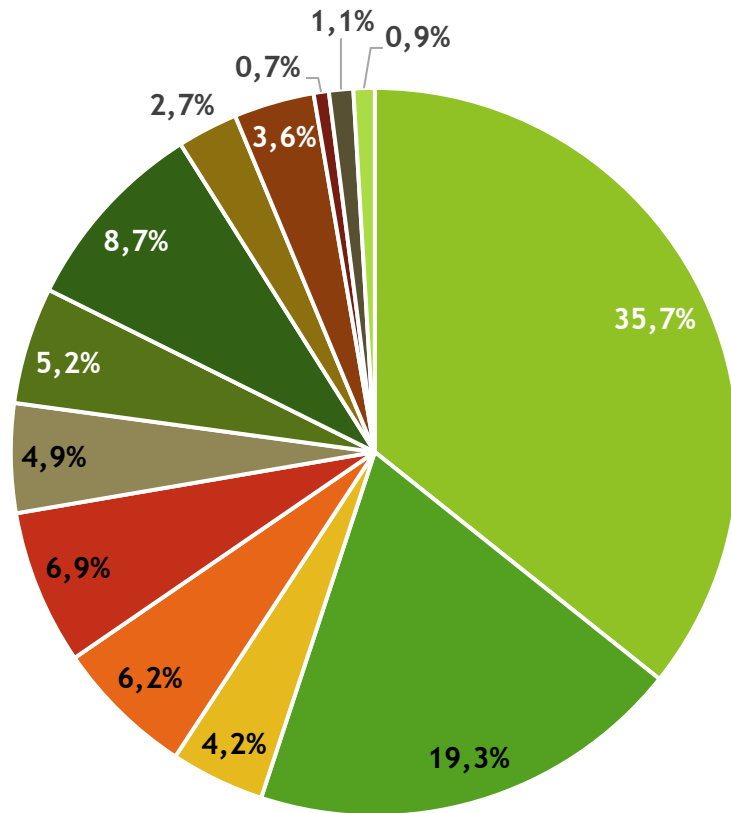
- Gemeente
- Rijksoverheid
- Publiekrechtelijke instelling
- Speciale sector bedrijf
- Provincie
- Onderwijs
- Samenwerkingsverband
- Waterschappen
- Gemeenschappelijk regeling
- Uitvoeringsinstantie



Aanbestedingsrechtzaken ingedeeld naar type aanbestedende dienst (Totaal 2013 - 2021)

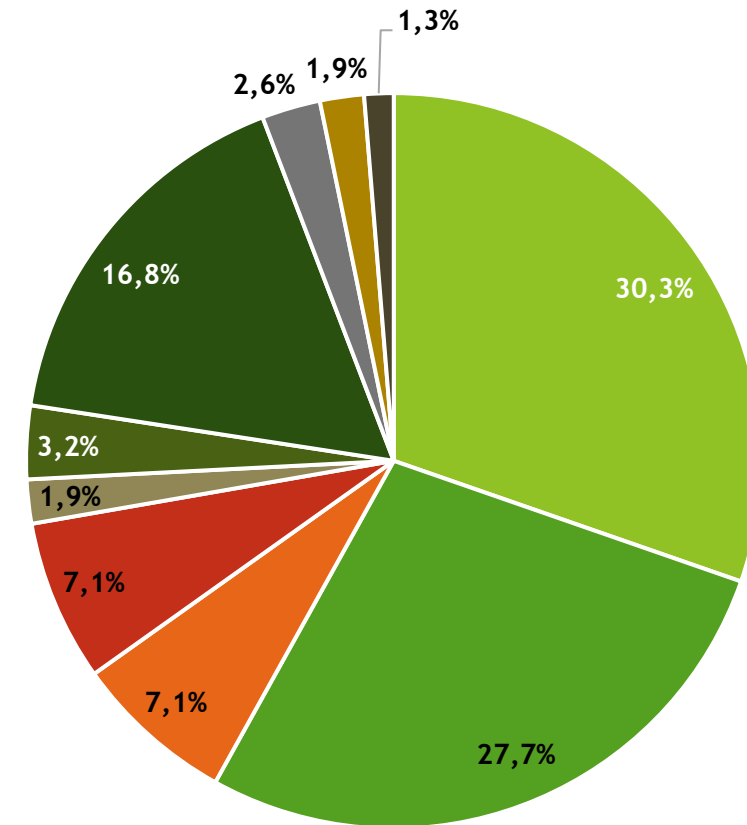


Aanbestedingsrechtzaken ingedeeld naar type aanbestedende dienst (Totaal 2013 - 2021)



- Gemeente
- Rijksoverheid
- Privaat
- Publiekrechtelijke instelling
- Speciale sector bedrijf
- Provincie
- Onderwijs
- Samenwerkingsverband
- Waterschappen
- Gemeenschappelijk regeling
- Overig
- Uitvoeringsinstantie
- Academisch ziekenhuis

Aanbestedingsrechtzaken naar type AD 2021



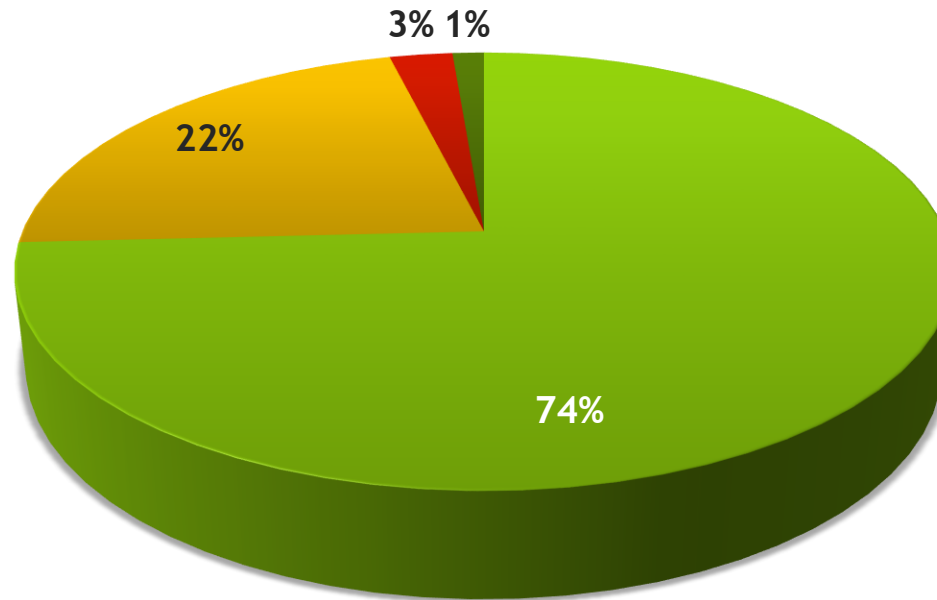
Een vraagje tussendoor

In hoeveel van de gevallen was de AD (aanbestedende dienst) de winnaar in een aanbestedingsrechtszaak in 2021?

- A. ± 90%
- B. ± 80%
- C. ± 75%
- D. ± 70%



Winnende partij rechtszaken (2021)



■ Aanbestedende dienst ■ Inschrijver ■ Onbekend (nog niet besloten) ■ Beiden



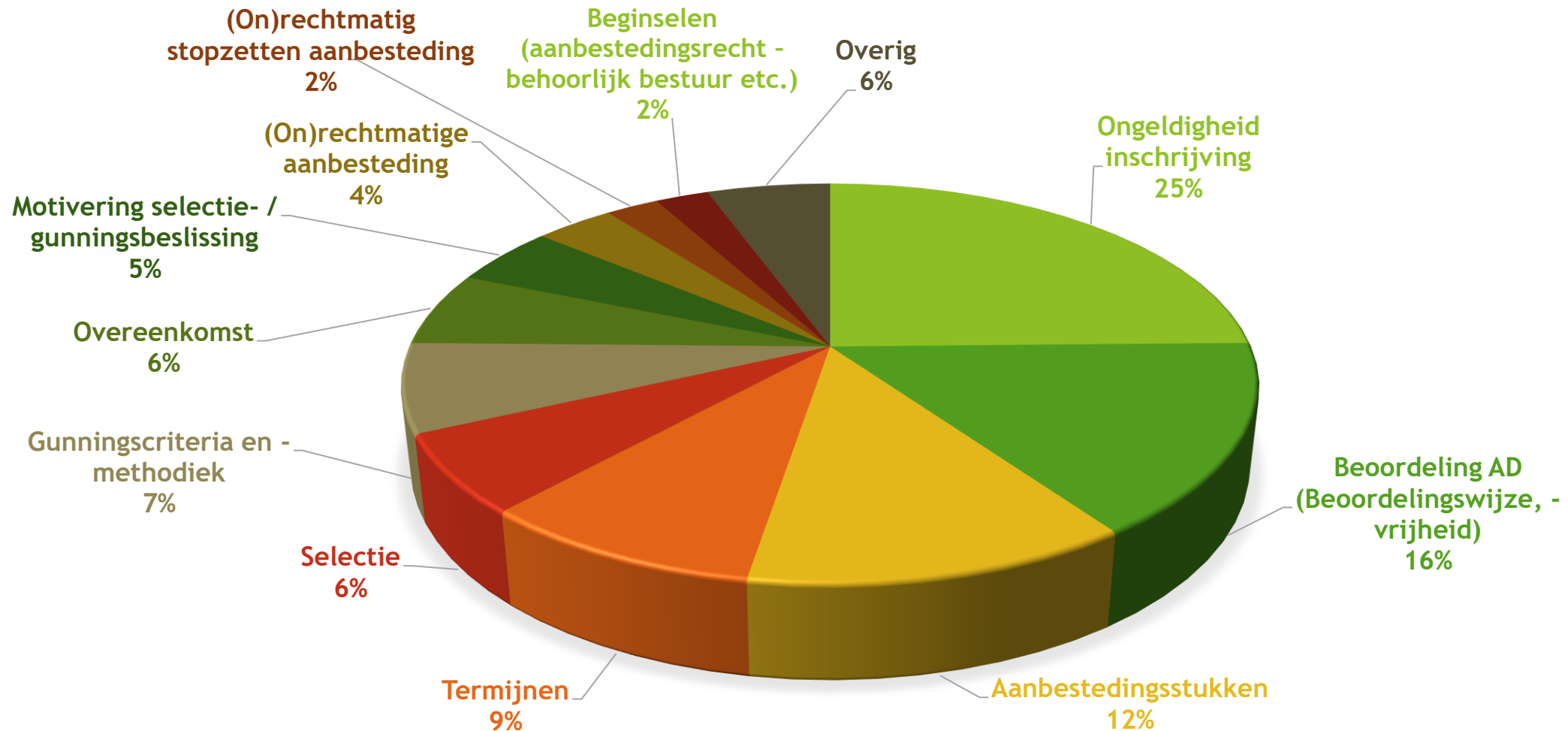
Een vraagje tussendoor

Wat is het meeste voorkomende probleempunt in aanbestedingen op grond waarvan een rechtszaak wordt gestart in 2021?

- A. De selectie
- B. De motivering van de selectie- / gunningsbeslissing
- C. Ongeldigheid inschrijving
- D. De beoordelingswijze van de AD
- E. Onduidelijkheid aanbestedingsstukken



Meest voorkomende problemen / gronden rechtszaken - 2021



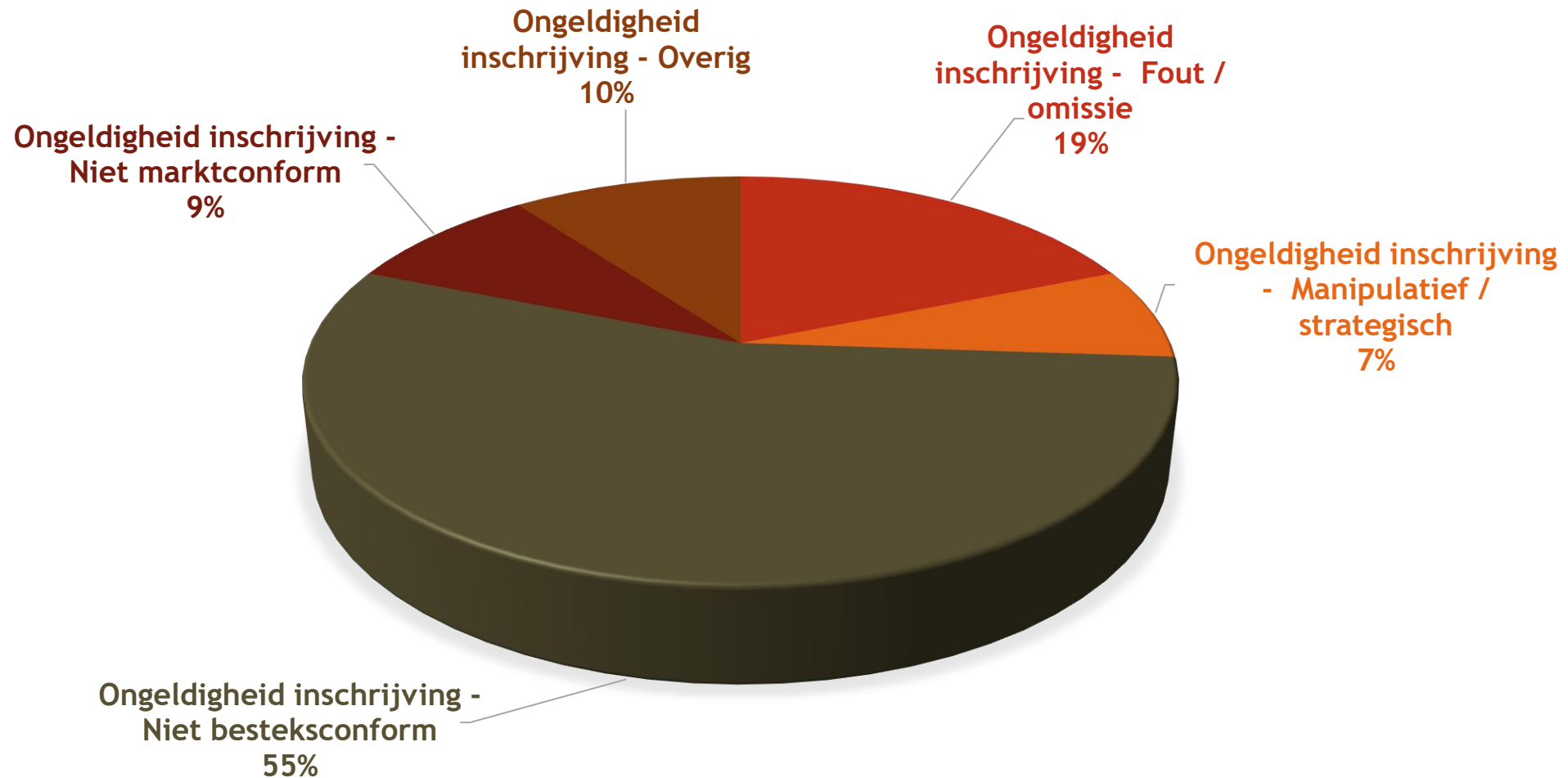
Leerpunten InkoopJurisprudent Practicals 2021



48
practicals



ONGELDIGHEID INSCHRIJVING - NADER BEKEKEN 2021



VOORBEELD – Manipulatief / strategisch: Voorkomen van strategische inschrijvingen

Hoe kan een AD in de aanbestedingstukken aangeven dat strategisch inschrijven op de aanbesteding niet is toegestaan en tot uitsluiting zal leiden?

- ▶ Om een strategische inschrijving te kunnen uitsluiten is het raadzaam om in de aanbestedingsstukken te formuleren wat de AD daaronder verstaat door middel van een **objectief criterium**. Daarbij valt te denken aan de volgende formuleringen:
 - ‘het schuiven met prijzen om op deze manier een gunstigere uitkomst op basis van de gunningscriteria te bewerkstelligen, d.w.z. strategisch inschrijven, is niet toegestaan’; of,
 - ‘er is sprake van een strategische inschrijving wanneer een inschrijving op zodanige wijze is ingericht dat daarmee het maximale aantal punten wordt gescoord terwijl niet de kwalitatief beste bieding wordt gedaan’; of,
 - ‘er is sprake van een strategische inschrijving wanneer prijzen disproportioneel hoger of lager liggen dan het prijsniveau van alle inschrijvers’; of,
 - ‘er moeten gebruikelijke prijzen worden geoffreerd die gebaseerd zijn op normale kostprijzen met redelijke kortingen en winstmarges’.

Practical – InkoopJurisprudent
Jurisprudentie vertaald naar de aanbestedingspraktijk
Januari 2021 – nr.3
2021-01-3

Toetsingscriterium ter voorkoming van strategische inschrijvingen
(zie ook Practical 2020-12-1)

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
20 juli 2020, C/09/192080 / KG ZA 20-365, ECLI:NL:RBDHA:2020:13782
mr. Vetter

Praktijkvraag: Hoe kan een AD in de aanbestedingstukken aangeven dat strategisch inschrijven op de aanbesteding niet is toegestaan en tot uitsluiting zal leiden?

▶ Om een strategische inschrijving te kunnen uitsluiten is het raadzaam om in de aanbestedingsstukken te formuleren wat de AD daaronder verstaat door middel van een **objectief criterium**. Daarbij valt te denken aan de volgende formuleringen:

- ‘het schuiven met prijzen om op deze manier een gunstigere uitkomst op basis van de gunningscriteria te bewerkstelligen, d.w.z. strategisch inschrijven, is niet toegestaan’; of,
- ‘er is sprake van een strategische inschrijving wanneer een inschrijving op zodanige wijze is ingericht dat daarmee het maximale aantal punten wordt gescoord terwijl niet de kwalitatief beste bieding wordt gedaan’; of,
- ‘er is sprake van een strategische inschrijving wanneer prijzen disproportioneel hoger of lager liggen dan het prijsniveau van alle inschrijvers’; of,
- ‘er moeten gebruikelijke prijzen worden geoffreerd die gebaseerd zijn op normale kostprijzen met redelijke kortingen en winstmarges’.

Nader toegelicht:
Strategisch inschrijven is in beginsel toegestaan. Een AD kan een strategische inschrijving toch ongedig ontoelaatbaar is. Zie Practical 2020-12-1 voor meer informatie hierover.

Toepasselijke wetsartikelen: Geen verwijzing

Kernpunten uitspraak
Ongeldigheid inschrijving - Manipulatief / strategisch. Strategische inschrijvingen. Toetsingscriterium.

Partijen
1. [eizer 1] Nederland BV te Gorinchem,
2. [eizer 2] Infra BV te Groot-Ammer,
3. NV Besix SA te Brussel, België,
tegen
Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard te Rotterdam,
en als tussenkomende partij
1. [tussenkomende partij 1] te Vianen, 2. Boskalis Nederland BV te Rotterdam.

Neem voor meer informatie of de complete uitspraak contact op via info@inkoopjurisprudent.nl

Pagina 1 van 1
©Corvers Procurement Services 2021 | www.corvers.nl

CORVERS
CONTRACTUAL & PROCUREMENT SERVICES



VOORBEELD – Niet-besteksconform: Uitsluiting bij vormfout

Kan een AD een inschrijver uitsluiten wanneer deze een vormfout maakt in zijn inschrijving waarop niet de sanctie van uitsluiting staat?

- **Ja**, dit is mogelijk wanneer de fout leidt tot een schending van het aanbestedingsrechtelijke beginsel van gelijkheid. Daarvan is sprake wanneer de fout en het herstel daarvan een concurrentievoordeel kan opleveren voor de inschrijver die de fout maakt (ten opzichte van de andere inschrijvers). De mogelijkheid van een concurrentievoordeel is voldoende; of het concurrentievoordeel zich heeft voorgedaan is niet relevant. Voor uitsluiting bij schending van het gelijkheidsbeginsel is ook niet relevant of op het overtreden van het vormvereiste de sanctie van uitsluiting staat.

Tendensverschuiving in nationale jurisprudentie!

Practical – InkoopJurisprudent
Jurisprudentie vertaald naar de aanbestedingspraktijk
Augustus 2021 – nr.3
2021-08-3

Uitsluiting bij vormfout waarop niet de sanctie van uitsluiting staat
(zie *Practical* 2021-07-3 en *Practical* 2021-06-4)

Voorzittingsrechter Rechtbank Den Haag
8 juli 2021, O/09/611483 / KG ZA 21-431, ECLI:NL:RBDHA:2021:8504
nr. Hezelink

Praktijkvraag: Kan een AD een inschrijver uitsluiten wanneer deze een vormfout* maakt in zijn inschrijving waarop niet de sanctie van uitsluiting staat?

(* Zie voor een uitleg van de term 'vormfout' het kader Nader toegelicht)

- ▶ Ja, dit is mogelijk wanneer de fout leidt tot een schending van het aanbestedingsrechtelijke beginsel van gelijkheid. Daarvan is sprake wanneer de fout en het herstel daarvan een concurrentievoordeel kan opleveren voor de inschrijver die de fout maakt (ten opzichte van de andere inschrijvers). De mogelijkheid van een concurrentievoordeel is voldoende; of het concurrentievoordeel zich heeft voorgedaan is niet relevant. Voor uitsluiting bij schending van het gelijkheidsbeginsel is ook niet relevant of op het overtreden van het vormvereiste de sanctie van uitsluiting staat.
- ▶ In de onderhavige zaak is sprake van concurrentievoordeel. De AD had als vormvereiste gesteld dat een notitie opgemaakt moest worden in het lettertype Arial 11, zodat de garantie werd verkregen dat alle inschrijvers effectief evenveel ruimte ter beschikking zouden hebben voor, in het onderhavige geval, de beschrijving van hun ontwerp. Eiser in deze zaak die niet werd uitgenodigd voor de tweede fase van de aanbesteding stelt dat één van de wel uitgenodigde partijen ongeldig had moeten worden verklaard omdat deze zijn notitie duidelijk in een kleiner lettertype had opgemaakt. Hierdoor had eiser effectief meer ruimte ter beschikking voor de beschrijving van zijn ontwerp en kon hij meer informatie kwijt dan de andere inschrijvers. De rechter is het hier mee eens en oordeelt dat toelating van deze partij in strijd is met het aanbestedingsrechtelijke beginsel van gelijkheid. De AD wordt verboden om verdere uitvoering te geven aan de aanbesteding en om een overeenkomst aan te gaan met de betreffende partij.

Nader toegelicht:
Een vormfout is een fout die de procedure van de aanbesteding betreft, zoals bijvoorbeeld een fout met betrekking tot een vereiste over (het kanaliseren van) de communicatie met de AD, het maximum toegestane aantal woorden of het verplicht te gebruiken lettertype in de inschrijving, het verplicht te gebruiken format van een document, de volgorde van inlevering van de bewijsmiddelen, of het uiterste tijdstip waarop vragen kunnen worden gesteld. Meestal leidt het herstel van een vormfout niet tot een concurrentievoordeel.

>>>

Neem voor meer informatie of de complete uitspraak contact op via 073-6126566 of via info@inkoopjurisprudent.nl
Pagina 1 van 2

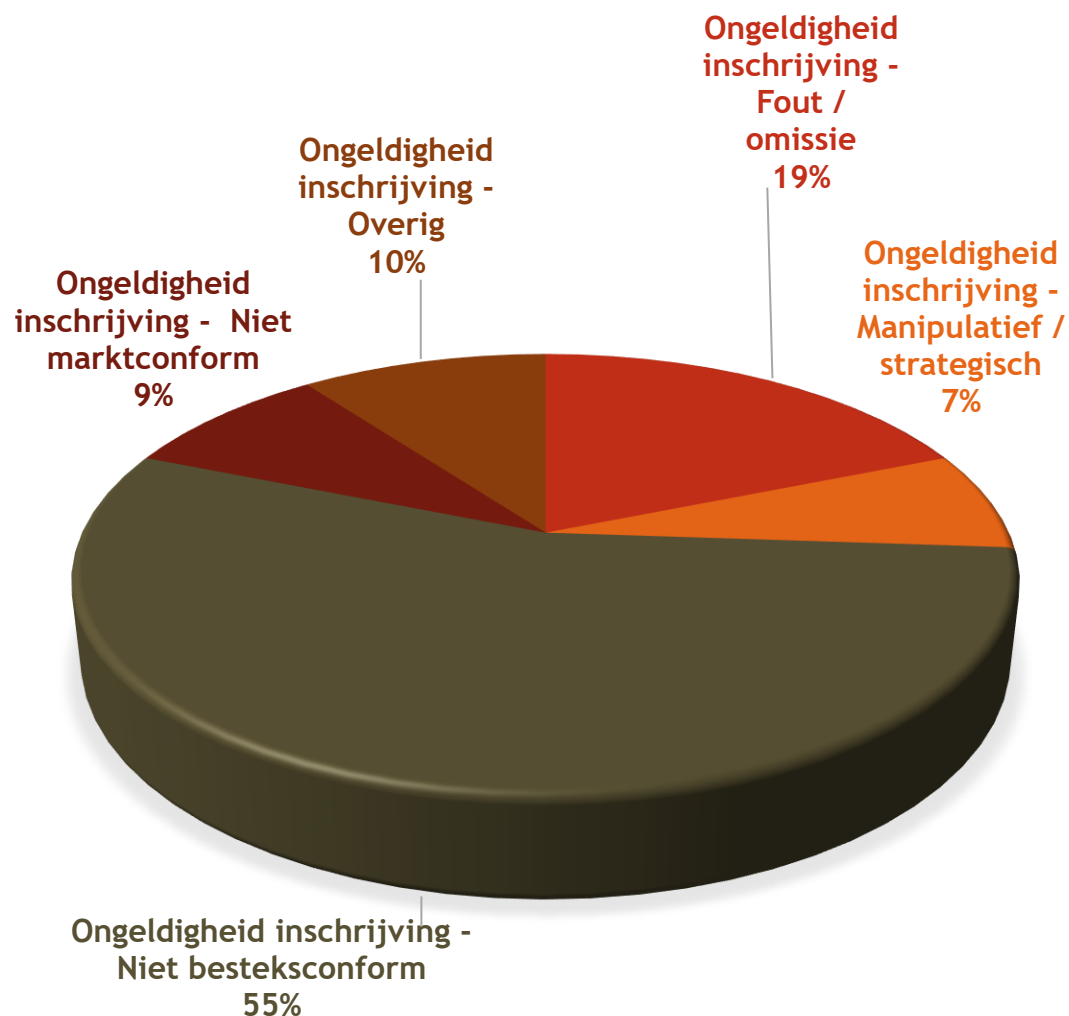
©Corvers Procurement Services 2021 | www.corvers.nl

CORVERS Mevi

De inkoopjurisprudentie wordt mogelijk gemaakt door de medewerking van Corvers Procurement Services. Corvers is niet aansprakelijk voor de inhoud van de publicatie van de inkoopjurisprudentie. Het is niet toegestaan de inhoud van de publicatie te kopiëren of te verspreiden. Het is niet toegestaan de inhoud van de publicatie te kopiëren of te verspreiden.



Leerpunt-aspecten m.b.t. ongeldigheid inschrijving (2021)



Een paar andere voorbeelden:

Niet besteksconform

- ▶ Kan een AD na de mededeling van de gunningsbeslissing een inschrijving alsnog ongeldig verklaren? **Ja**
- ▶ Wat moet een AD doen wanneer een inschrijver bij de in te leveren documenten zich niet houdt aan het voorgeschreven aantal pagina's, en/of voorgeschreven pagina-instellingen, lettertypen of regelafstanden? **Sancties in aanbestedingsstukken opnemen**

Fout / omissie

- ▶ Mag een AD een inschrijver direct uitsluiten wanneer het UEA op onderdelen niet, onvolledig of onjuist is ingevuld, zonder navraag te doen of herstel te bieden? **Nee, niet zonder meer**
- ▶ Is er sprake van een knock-out bepaling wanneer een AD in zijn aanbestedingsstukken vermeldt dat hij een inschrijver 'kan' uitsluiten wanneer zich een bepaalde uitsluitingsgrond voordoet? **Nee**
- ▶ Kan een AD een inschrijver *onmiddellijk* uitsluiten wanneer hij een gebrek in diens inschrijving vaststelt waarop de sanctie van uitsluiting staat? **Nee niet altijd**



Samenvattend qua cijfers

- ▶ Stijging aantal gepubliceerde aanbestedingen
- ▶ Stijging aantal gepubliceerde rechtszaken
- ▶ Maar relatief aantal rechtszaken t.o.v. aanbestedingen gelijk
- ▶ Meest voorkomende probleempunt dat leidt tot rechtszaken nog steeds *ongeldigheid inschrijving*
- ▶ Meeste leerpunten uit de Practicals ook m.b.t. ongeldigheid inschrijving



Vragen?





Deel II

De belangrijkste jurisprudentie uit 2021 in vogelvlucht besproken

Carolien Jobse

InkoopJurisprudent

CORVERS
COMMERCIAL & LEGAL AFFAIRS

nevi

Opvallende / belangrijke jurisprudentie 2021

- ▶ Relatieve beoordelingsmethodiek
- ▶ Verkoop grond (Didam Arrest)
- ▶ Rechtsverwerking



De relatieve beoordelingsmethodiek

Een vraag vooraf:

Is hier sprake van een relatieve beoordelingsmethodiek?

Score-mogelijkheid bij beoordeling inschrijving door AD:

- Uitstekend (*10 pnt*)
- Zeer goed (*8 pnt*)
- Goed (*7 pnt*)
- Voldoende (*6 pnt*)
- Slecht (*5 pnt*)



De relatieve beoordelingsmethodiek

- ▶ Inschrijvingen worden ten opzichte van elkaar gemeten
- ▶ Geldigheid moet eerst worden vastgesteld
 - *Zie Vزر Rb Midden-Nederland, 3 februari 2021, C/16/513580 / KG ZA 20-629, ECLI:NL:RBMNE:2021:503, Eisers/gemeente Utrecht*
- ▶ Wel of niet herbeoordelen bij een ongeldige inschrijving
- ▶ Pas relatieve beoordelingen niet toe bij eenvoudige aanbestedingen
 - *Zie Vزر Rb Midden-Nederland, 14 juli 2021, C/16/522126 / KG ZA 21-280 ECLI:NL:RBMNE:2021:3165*
- ▶ Absoluut kan ook enige subjectiviteit in zitten
 - *Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland 12 juli 2019, C/05/352903 / KG ZA 19-170, ECLI:NL:RBGEL:2019:3391*



Verkoop grond – *Didam Arrest*

- ▶ Zuivere verkoop
- ▶ Een AD moet gelijke kansen bieden zodra redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn door een selectieprocedure te organiseren
 - Inclusief tijdschema en selectiecriteria
 - De selectiecriteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn;
 - De AD moet de selectieprocedure bovendien tijdig bekendmaken, zodat potentiële gegadigden hun interesse kenbaar kunnen maken



Uitzondering

- ▶ Als vaststaat dat er *slechts één serieuze gegadigde* in aanmerking komt voor de aankoop
 - Die aanname moet ook gebaseerd zijn op objectieve, toetsbare en redelijke criteria;
 - Het voornemen tot onderhandse verkoop moet tijdig bekend worden gemaakt;
 - De bekendmaking moet een motivering bevatten van de beslissing om één op één te verkopen.



Rechtsverwerkingsclausule / Grossmann doctrine

Geen rechtsverwerking

- ▶ Bij een klacht over de juiste aanbestedingsprocedure
Vzr. Rb. Den Haag, 11 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1942, Practical 2021-03-4
- ▶ Wanneer een inschrijver voor inschrijving klaagt, en de AD niets met deze klacht heeft gedaan.
Zie Vzr. Rb. Midden-Nederland, 13 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6023, Practical 2021-12-3.
- ▶ Wanneer in de aanbestedingsstukken is opgenomen dat inschrijven inhoudt dat inschrijver instemt met de voorwaarden aanbesteding, en inschrijver wel heeft geklaagd vóór inschrijving maar zijn klachten zijn niet gehonoreerd.
Zie Gerechtshof Den Haag, 16 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:220, Practical 2021-03-2, en Vzr. Rb. Midden-Nederland, 13 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6023, Practical 2021-12-3.
- ▶ Wanneer een inschrijver het gebrek waarover hij na inschrijving klaagt niet kende of behoorde te kennen vóór inschrijving.
Zie Vzr. Rb. Midden-Nederland, 14 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3165, Practical 2021-08-1.



Wel rechtsverwerking

- ▶ Er is sprake van een vervalbeding in de aanbestedingsstukken
 - *Gerechtshof Den Haag, 25 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:890, Practical 2021-09-1, en Vzr. Rb. Midden-Nederland, 13 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6023, Practical 2021-12-3.*
- ▶ Wanneer op grond van de regels van redelijkheid en billijkheid de AD er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat een inschrijver zijn eerdere geuite bezwaar heeft laten vallen
 - *Zie Vzr. Rb. Midden-Nederland, 13 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6023, Practical 2021-12-3 en Vzr. Rb. Midden-Nederland, 1 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5093, Practical 2019-11-4.*
- ▶ Een beroep op rechtsverwerking is sowieso toelaatbaar wanneer er sprake is van evidente en in het oog springende gebreken.



Samenvattend

- ▶ Zuivere verkoop wel aanbesteden
- ▶ Meer duidelijkheid over relatieve beoordeling
- ▶ Grossmann verweer niet altijd toegestaan



Vragen?



Dank voor de aandacht



Matty van Sloten

m.vansloten@corvers.com

Carolien Jobse

c.jobse@corvers.com

www.corvers.com



<https://nevi.nl/tool/inkoopjurisprudent-tool>



InkoopJurisprudent

www.inkoopjurisprudent.nl



Kanttekeningen en disclaimer

- ▶ **Gebruikte bronnen zijn:** TED, TenderNED, gepubliceerde uitspraken via Rechtspraak.nl, en de Corvers Database Aanbestedingsjurisprudentie – onderdeel van InkoopJurisprudent Tool (voorheen Juris-Lecta)
- ▶ **Voorbehoud m.b.t. de volledigheid van gegevens:**
De cijfers geven een globaal beeld en een globale indicatie aangezien niet alle rechtszaakuitspraken worden gepubliceerd. Daarnaast is het zo dat uitspraken steeds vaker pas veel later (soms in een ander jaar) worden gepubliceerd. Hiermee moet rekening gehouden worden wat betreft de beeldvorming van de cijfers door de jaren heen. Bovendien kan dit betekenen dat cijfers van eerdere jaren op een later moment alsnog retrospectief worden gewijzigd.
- ▶ **Disclaimer**
Hoewel bij de samenstelling van deze presentatie de grootst mogelijke zorgvuldigheid is betracht en er gestreefd is om correcte en actuele informatie te verschaffen, kan Corvers niet volledig garanderen dat de informatie juist en/of volledig is op het moment waarop deze ontvangen wordt of dat de informatie na verloop van tijd nog steeds juist is. De informatie in deze presentatie heeft niet de strekking om als juridisch advies te dienen. Corvers Procurement Services is niet aansprakelijk voor eventuele fouten of onvolledigheden in de verstrekte informatie.
- ▶ **Copyright & bronvermelding**
Behoudens voor zover daartoe schriftelijk of per mail toestemming is verleend door Corvers, zijn derde partijen niet gerechtigd de informatie uit deze presentatie te gebruiken, reproduceren of aan derden ter beschikking stellen (onder welke titel dan ook) zonder duidelijke bronvermelding.

