



Maak kennis met

Dirkzwager

legal & tax

Dirkzwager
legal & tax

Onderwerpen

- Aanbestedingswet niet van toepassing...
- Strategisch vs Manipulatief inschrijven
- Herstel van inschrijving
- Uitsluitingsplicht
- Gevolgen wanprestatie
- Varia; keuzemenu

Aanbestedingswet niet van toepassing

Buiten de Aanbestedingswet

Aandachtspunten opdrachten onder Europese drempelbedrag

- ‘Europese aanbestedingsplicht’ bij duidelijk grensoverschrijdend belang
- objectieve reden voor keuze
- eigen inkoopbeleid/ Gids Proportionaliteit
- meervoudig/ nationale aanbestedingsprocedures: verplichtingen bij Europese aanbestedingsprocedures worden naar analogie toegepast (motivering-opschortingstermijn-transparantie)

Buiten de Aanbestedingswet

Aanbestedingswet niet van toepassing

- Private partijen (niet-aanbestedende diensten) géén aanbestedingsplicht- ook aanbestedingsbeginselen *in principe* niet van toepassing op vrijwillige aanbesteding
- Overheden hebben tenderplicht bij schaarse vergunningen/ subsidies op grond van algemene beginselen bestuur
- Verkoop warme grond door overheid aanbestedingsplichtig?

Strategisch vs Manipulatief: een glijdende schaal

Terminologie

- **Strategisch inschrijven:**
 - Gebruik maken van de gunningssystematiek om zo hoog mogelijk te scoren
 - Inschrijving is realistisch en kan worden waargemaakt
- **Manipulatief inschrijven = ongeldig**
 - Misbruik van de gunningssystematiek
 - Miskenning van de uitgangspunten van de aanbestedingsdocument
 - Inschrijving kan in de regel niet worden waargemaakt
- **Abnormaal laag (art. 2.116 Aanbestedingswet)**
 - Inschrijving waaraan op de voorhand kan worden getwijfeld of de ondernemer gaat wanpresteren
 - Veiligheidsklep voor de aanbesteder

Herstel inschrijving

Herstel inschrijving

[HvJEU 11 mei 2017, C131/16, ECLI:EU:C:2017:358 \(Archus Gama\)](#)

Herstel van een inschrijving is hooguit toegestaan als:

1. sprake is van een *klaarblijkelijke behoefte aan precisering* of een *kennelijke materiële fout*;
2. AD vóór het aanbieden van een herstelmogelijkheid heeft kennisgenomen van alle inschrijvingen;
3. alle inschrijvers op vergelijkbare manier een herstelmogelijkheid wordt geboden;
4. herstel er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving ontstaat; *en*
5. geen sprake is van aanvullen of verbeteren van een stuk of informatie dat/die volgens de aanbestedingsstukken verplicht diende te worden verstrekt

Herstel inschrijving

[Vzr. Rb. Den Haag 16 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12464](#)

- Aanbesteding door de Staat ter beschikking stelling ICT-professionals
- Eisen in leidraad: niet meer dan 2 A4 mag beslaan in lettertype Verdana 9, met regelafstand 12 en marges van 2,5.
- Die vormvereisten zijn ook van toepassing op tekst in bijlagen, afbeeldingen, procesbeschrijvingen /-schema's e.d.
- Bij overschrijding maximale aantal A4 wordt inschrijving terzijde worden gelegd en niet verder beoordeeld

Herstel inschrijving

[Vzr. Rb. Den Haag 16 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12464](#)

- In de inschrijving van Capgemini stond een tabel met tekst met lettertype Verdana 5
- De Staat legt inschrijving terzijde, want niet voldaan aan eis Verdana 9
- Capgemini start kort geding en stelt dat zij de mogelijkheid moest krijgen tot herstel, omdat:
 - de tekst in tabel Verdana 9 was, maar dat de afbeelding verkleind is
 - Capgemini met exact dezelfde tekst met gebruikmaking van de juiste instellingen binnen 2 A4 zou blijven

Herstel inschrijving

[Vzr. Rb. Den Haag 16 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12464](#)

- Rb oordeelt dat de Staat de inschrijving terecht terzijde heeft gelegd
- Capgemini is volgens de rechter niet in staat haar inschrijving te herstellen met inachtneming van de vormvoorschriften zonder de inhoud te wijzigen
- Een dergelijke materiële wijziging van de inschrijving is niet toegestaan

Herstel inschrijving

Commissie van Aanbestedingsexperts, advies 479 (1 oktober 2018)

- Europese niet-openbare procedure voor herinrichting kantoor
- DNR 2005 van toepassing
- 2 inschrijfbiljetten ontvangen waarop door inschrijvers de DNR 2011 van toepassing is verklaard
- Herstel toegestaan?

Herstel inschrijving

Commissie van Aanbestedingsexperts, advies 479 (1 oktober 2018)

- Aanbestedende dienst verklaart inschrijvers ongeldig, omdat inschrijving onder voorwaarde is gedaan en fout niet voor herstel vatbaar is
- CvAE adviseert dat inschrijving onder voorwaarde een gebrek in de inschrijvingen is
- Niet voor herstel vatbaar, omdat voorwaarden inhoudelijk wezenlijk van elkaar verschillen. Met alsnog van toepassing verklaren van DNR 2005 wordt een nieuwe inschrijving ingediend

Uitsluitingsplicht

Uitsluitingsgrond = uitsluiten

- Indien uitsluitingsgrond van toepassing is op een inschrijver is er ruimte voor een evenredigheidstoets (art. 2.88 Aw), maar:

[Hoge Raad 6 juli 2018, ELCI:NL:HR:2018:1096](#)

- Aanbesteding van het ministerie van VWS
- Leidraad: *“Een Inschrijving waarop een Uitsluitingsgrond van toepassing is wordt terzijde gelegd en komt niet in aanmerking voor verdere (inhoudelijke) beoordeling”*

Uitsluitingsgrond = uitsluiten

[Hoge Raad 6 juli 2018, ELCI:NL:HR:2018:1096](#)

- Uitsluitingsgrond ernstige beroepsfout van toepassing op de Combinatie
- De Staat doet evenredigheidstoets
- Connexxion start kort geding: Combinatie moet worden uitgesloten
- HR: Géén ruimte voor evenredigheidstoets indien in de aanbestedingsstukken (zonder enig voorbehoud) is opgenomen dat er uitsluiting zal plaats vinden

Uitsluitingsgrond = uitsluiten *ook na opdrachtverlening*

Rechtbank Overijssel 27 september 2019 ECLI:NL:RBOVE:2019:3434

- Twentse aanbesteding sociaal domein
- Zorgaanbieder geeft verkeerde informatie op over opleidingsniveau personeel
- Gemeente ontdekt dit na opdrachtverlening
- Valse verklaring is uitsluitingsgrond; in overeenkomst is uitsluitingsgrond als ontbindingsgrond opgenomen

Gevolgen wanprestatie

Wegenzout van Rijkswaterstaat

- Zaak 1: [Vzr. Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465](#)
 - Rijkswaterstaat besteedt levering van wegzout aan
 - Definitieve gunning aan FAM
 - Inschrijver Eurosalt komt erachter dat FAM wanpresteert en vordert ontbinding

Gevolgen wanprestatie

Wegenzout van Rijkswaterstaat

- Zaak 1: [Vzr. Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465](#)
 - *“dat de mogelijkheid van **ontbinding** – zoals de Staat onweersproken heeft aangevoerd – is opgenomen als een **ultimum remedium** en als een **mogelijkheid voor de opdrachtgever.**”*

Gevolgen wanprestatie

Wegenzout van Rijkswaterstaat

- Zaak 2: [Vzr. Rb. Den Haag 24 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940](#)
 - Eurosalt vordert wederom ontbinding
 - In de tussentijd schoot FAM nog steeds tekort
 - Maar Rijkswaterstaat had wel actie ondernomen: inning contractuele boete én aangekondigde inschakeling derde met kostenverhaal op FAM

Gevolgen wanprestatie

Wegenzout van Rijkswaterstaat

- Zaak 2: [Vzr. Rb. Den Haag 24 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940](#)
 - *“Vaststaat dat – indien de overeenkomst met FAM zal worden ontbonden – **geen heraanbesteding** zal worden gehouden voor de opdracht. Door het verstrijken van de tijd is het seizoen waarin strooizout is benodigd immers voorbij.”*
 - Geen belang meer

Gevolgen wanprestatie

Wegenzout van Rijkswaterstaat

- Zaak 2: [Vzr. Rb. Den Haag 24 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940](#)
 - Belang bij ontnemen referentie / past-performance?
 - *“de wens om een (potentiële) concurrent uit te schakelen voor toekomstige opdrachten [is] geen rechtens te respecteren belang”*

Gevolgen wanprestatie

Wegenzout van Rijkswaterstaat

- Zaak 2: [Vzr. Rb. Den Haag 24 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940](#)
 - Ten overvloede:
 - “*schadevergoeding ter compensatie van de tekortkoming*” komt [er] feitelijk [...] op [neer] dat de opdracht **wezenlijk wordt gewijzigd.**”

Gevolgen wanprestatie

Wegenzout van Rijkswaterstaat

- Zaak 3: [Vzr. Rb. Den Haag 12 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933](#)
 - Rijkswaterstaat ontbindt: *“Gegeven deze uitspraak van de Voorzieningenrechter ziet Rijkswaterstaat zich genoodzaakt [...] Rijkswaterstaat ontbindt hierbij gedeeltelijk [...]”*
 - FAM begint kort geding tegen ontbinding: niet gerechtvaardigd

Gevolgen wanprestatie

Wegenzout van Rijkswaterstaat

- Zaak 3: [Vzr. Rb. Den Haag 12 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933](#)
 - Als een aanbestedende dienst ter voorkoming van wezenlijke wijziging moet ontbinden, dan mag dat ook
 - Overtreding minimumeis...

Varia - keuzemenu

- Mogelijkheden (wezenlijk) wijzigen overeenkomst?
- Belang vragen stellen: door inschrijving akkoord!
- Afdwingen aanbesteding van onderdrempelige opdrachten?
- Hoe gaat een kort geding in zijn werk?
- Termijnen aanvechten onrechtmatig gesloten overeenkomst?
- Mogelijkheden schadevergoeding?
- Intrekken en heraanbesteden: wat mag?

Vragen?

Tony van Wijk

vanwijk@dirkzwager.nl

06-43030151

*Blijf op de hoogte:
www.dirkzwager.nl*

Dirkzwager
legal & tax

Kantoor Arnhem

Postbus 111

6800 AC Arnhem

Velperweg 1

6824 BZ Arnhem

Kantoor 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

I www.dirkzwager.nl