

Jurisprudentie aanbestedingsrecht 2016

ISBN: 978-94-6315-022-4
NUR: 822

© 2017, Instituut voor Bouwrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de Stichting Instituut voor Bouwrecht te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Jurisprudentie aanbestedingsrecht 2016

Samengesteld door

mr. N. van Wijk - van Gilst

mr. H.P.C.W. Strang

Voorwoord

Het Europese aanbestedingsrecht in zijn huidige verschijningsvorm is begin jaren '70 van de vorige eeuw ontstaan. De eerste zogenoemde coördinatie-richtlijn beschreef regels voor opdrachten op het terrein van werken. Later verschenen er ook richtlijnen voor leveringen, diensten en voor de zogenaamde speciale sectoren. In Nederland volstond men aanvankelijk met verwijzingswetgeving. Dat is feitelijk niet meer dan als wetgever stellen: de Europese regels zijn van overeenkomstige geldigheid in Nederland. Europeesrechtelijk erg mooi, maar men neemt daarmee ook alle vaagheden, dubbelheden en onduidelijkheden over. Zeker bij procedurele rechtsgebieden als het aanbestedingsrecht leidt dat onvermijdelijk tot geschillen. Dat komt onder meer door het veelal grote financieel belang, het grote aantal betrokkenen bij een aanbesteding en de complexiteit van het rechtsgebied.

Voor de bouw leidde dit vrijwel vanzelfsprekend tot een gang naar de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Dit instituut heeft vanaf 1907 een grote rol gespeeld in de geschilbeslechting bij de bouw. De Raad van Arbitrage heeft tot 2004 een aanmerkelijke hoeveelheid geschillen met grote vak-kundigheid beslecht. Dit werd anders na de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid. Tijdens de enquête waren een aantal aspecten met betrekking tot de organisatie en inrichting van de Raad van Arbitrage naar buiten gekomen. Dit deed de Tweede Kamer tot het oordeel komen dat arbitrage bij aanbestedingsgeschillen niet meer zou moeten. Alle geschillen werden vanaf dat moment aan de burgerlijke rechter voorgelegd.

Bij leveringen en diensten heeft het lange tijd geduurd voordat de aanbestedingsregels zich in algemene bekendheid mochten verheugen. De naleving op dit terrein bleef behoorlijk achter op hetgeen op basis van de uitgaven verwacht zou mogen worden.

De parlementaire enquête bouwnijverheid heeft echter niet alleen een forse impact gehad op de bouwsector, maar ook aantoonbaar op de andere sectoren. Niet alleen was de aandacht op de conclusies van de enquête-commissie gericht, maar ook de regelgeving werd aangescherpt, de naleving werd scherper gemonitord en de wens om te komen tot een nieuwe

zakelijkheid, waarbij niet-integere marktpartijen geweerd zouden moeten worden bij aanbestedingen, werd ferm uitgedragen. Dit alles leidde tot een enorme toename aan geschillen. Ook op Europees niveau was de regelgeving gewijzigd. Dit leidde tot een groot aantal uitspraken van het Europese Hof van Justitie.

Die grote hoeveelheid aan jurisprudentie was van een groot belang voor de ontwikkeling van het aanbestedingsrecht. Met de nieuwe richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU is veel van de belangrijkste Europese jurisprudentie in de richtlijnen en in de Aanbestedingswet 2012 gecodificeerd. Ook de komst van de Aanbestedingswet 2012 heeft tot een aanmerkelijke verbetering van de wetgeving geleid. Er is nu eindelijk sprake van echte naar het Nederlands recht omgezette regelgeving. Het aantal uitspraken is daarmee echter niet afgenomen. Er is wel een tendens van stabilisatie in het aantal uitspraken waar te nemen.

Als extra laagdrempelig loket voor geschilbeslechting is de Commissie van Aanbestedingsexperts in het leven geroepen. Deze commissie heeft inmiddels een behoorlijk aantal adviezen uitgebracht. Het heeft er schijn van dat de commissie tegemoet komt aan de verwachtingen.

De hoeveelheid uitspraken is op jaarbasis groot, met een gemiddelde van ongeveer zes uitspraken per week. Zij is in een groot aantal deelonderwerpen onder te verdelen. Het inventariseren van jurisprudentie en deze ordenen is veel werk. Het ontsluit de jurisprudentie echter wel. Het maakt de regelgeving toegankelijk. Dat is voor rechtsvinding en de praktijk belangrijk.

In deze bundel is de in 2016 gepubliceerde Europese en nationale jurisprudentie opgenomen. Deze bundel vormt de start van een reeks door het IBR jaarlijks uit te brengen jurisprudentiebundels. Ik acht dit een meer dan lovenswaardig initiatief. Waarvoor alle lof. Ik spreek de hoop uit dat deze bundel in een grote behoefte gaat voldoen.

Prof. mr. H.D. van Romburgh

Den Haag, 23 februari 2017

Inhoudsopgave

| | |
|--|------------|
| Voorwoord | v |
| Leeswijzer | xi |
| 1. Toepasselijkheid regelgeving | 1 |
| 1.1 (Nieuwe) aanbestedingsrichtlijnen | 1 |
| 1.2 Gewijzigde aanbestedingswet | 10 |
| 1.3 Private aanbesteding | 12 |
| 2. Aanbestedingsplicht | 25 |
| 2.1 Aanbestedende dienst | 25 |
| 2.2 Grensoverschrijdend belang | 30 |
| 2.3 Inbesteden en quasi-inbesteden | 40 |
| 2.4 Overheidsopdracht | 48 |
| 2.5 Gunning aan vrijwilligersorganisaties | 57 |
| 2.6 Verdeling schaarse publieke rechten | 60 |
| 3. Meervoudig onderhandse procedure | 69 |
| 4. Uitzonderingen op de openbare en niet-openbare procedure | 77 |
| 4.1 2b diensten | 77 |
| 4.2 Onderhandelingsprocedure | 80 |
| 5. Bijzondere procedures | 87 |
| 5.1 Raamovereenkomst | 87 |
| 5.2 Concessie | 98 |
| 5.3 Dynamisch aankoopstelsel | 112 |
| 6. De opdracht | 115 |
| 6.1 Samenvoeging van opdrachten | 115 |
| 6.2 Wezenlijke wijziging van de opdracht | 136 |
| 6.3 Informatie met betrekking tot de opdracht | 152 |
| 6.4 Splitsing van de opdracht | 158 |
| 7. Uitsluitingsgronden | 161 |
| 7.1 Facultatieve uitsluitingsgronden | 161 |
| 7.2 Overige uitsluitingsgronden | 192 |

| | | |
|------------|---|-----|
| 8. | Geschiktheidseisen | 195 |
| 8.1 | Toelaatbaarheid geschiktheidseisen | 195 |
| 8.2 | Transparantie (en uitleg) geschiktheidseisen | 219 |
| 8.3 | Beroep op derden/onderaannemers | 244 |
| 8.4 | Certificeringseisen | 266 |
| 9. | Selectiecriteria | 273 |
| 9.1 | Toelaatbaarheid selectiecriteria | 273 |
| 9.2 | Transparantie en uitleg selectiecriteria | 286 |
| 9.3 | Mededeling van afwijzing | 297 |
| 10. | Eigen verklaring/bewijsstukken | 301 |
| 10.1 | Herstelmogelijkheid | 301 |
| 10.2 | Toelaatbaarheid bewijsstukken | 306 |
| 10.3 | Eigen verklaring combinatie | 323 |
| 11. | Gunningssystematiek | 327 |
| 11.1 | Toelaatbaarheid gunningssystematiek en -criteria | 327 |
| 11.2 | Transparantie gunningssystematiek en -criteria | 361 |
| 11.3 | EMVI maar in feite laagste prijs? | 417 |
| 12. | Technische specificaties | 427 |
| 12.1 | Toelaatbaarheid technische specificaties | 427 |
| 12.2 | Transparantie- en uitleg technische specificaties | 438 |
| 13. | Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden | 449 |
| 14. | Contractvoorwaarden | 455 |
| 14.1 | Proportionaliteit contractvoorwaarden | 455 |
| 14.2 | Uitleg contractvoorwaarden | 487 |
| 15. | Ongeldigheid inschrijving | 491 |
| 15.1 | Manipulatieve/abnormaal lage inschrijving | 491 |
| 15.2 | Herstelmogelijkheid inschrijving | 537 |
| 15.3 | Functioneren digitaal aanbestedingsplatform | 560 |
| 15.4 | Knock-out eisen | 567 |
| 15.5 | Voorwaardelijke inschrijving | 579 |
| 15.6 | Overig | 585 |
| 16. | Beoordeling inschrijving | 599 |
| 16.1 | Beoordelingsvrijheid beoordelingscommissie | 599 |
| 16.2 | Beoordeling gunningscriteria | 601 |
| 16.3 | Partijdigheid; belangenconflict | 666 |

| | |
|--|-----|
| 17. Gunningsbeslissing | 669 |
| 17.1 Motivering gunningsbeslissing | 669 |
| 17.2 Intrekking gunningsbeslissing | 686 |
| 18. Intrekking aanbestedingsprocedure | 695 |
| 19. Opschortende termijn na gunningsbeslissing | 709 |
| 20. Niet-ontvankelijkheid | 719 |
| 20.1 Hof van Justitie van de Europese Unie | 719 |
| 20.2 Burgerlijke rechter | 722 |
| 21. Rechtsverwerking | 731 |
| 22. Rechtsbescherming | 739 |
| 22.1 Nationale procedureregels | 739 |
| 22.2 Omvang rechterlijke toetsing | 749 |
| 22.3 Verhouding procedures burgerlijke rechter en Commissie van Aanbestedingsexperts | 753 |
| 22.4 Bescherming vertrouwelijke informatie | 755 |
| 22.5 Beroepsmogelijkheid definitief uitgesloten inschrijver tegen gunningsbeslissing | 760 |
| 23. Sancties en maatregelen in geschillen | 763 |
| 23.1 Heraanbesteding | 763 |
| 23.2 Ingrijpen in gesloten overeenkomst | 775 |
| 23.3 Ontbinding overeenkomst door aanbestedende dienst | 797 |
| 23.4 Schadevergoeding | 800 |
| 23.5 Overig | 805 |
| 24. Procesrecht | 807 |
| 25. Overig/varia | 819 |
| 25.1 Onvoldoende belang bij vordering | 819 |
| 25.2 Beperking op oonderaanneming | 821 |
| 25.3 Geen sprake van aanbestedingsprocedure | 825 |
| 25.4 Individuele tariefonderhandelingen bij deelovereenkomst | 826 |
| 25.5 Ingehouden EMVI-korting | 830 |
| 25.6 Kartelverbod | 833 |
| 25.7 Kennelijke verschrijving in offerteaanvraag | 836 |
| 25.8 Mag worden overgegaan tot aanbesteding | 838 |
| 25.9 Marktconsultatie met karakter aanbesteding | 840 |
| 25.10 Mondelinge mededelingen tijdens de procedure | 843 |

| | |
|---|-----|
| 25.11 Onregelmatigheden bij besteding Europese Structuurfondsen | 845 |
| 25.12 Tijdelijke regeling | 854 |
| 25.13 Verstrekken vertrouwelijke informatie in aanbestedingsstukken | 859 |
| | |
| Chronologisch overzicht | 863 |
| Wetsartikelenregister | 877 |
| Trefwoordenregister | 889 |

Leeswijzer

Deze bundel bevat samenvattingen van alle jurisprudentie die in 2016 is verschenen op het gebied van het aanbestedingsrecht. Op Europees niveau zijn er in totaal 25 uitspraken verschenen (23 van het Hof van Justitie en 2 van het Gerecht) en 14 Europese conclusies. Van de nationale burgerlijke rechter zijn er 3 arresten en 2 conclusies van de Hoge Raad, 25 arresten van gerechtshoven en 153 uitspraken van (voorzieningenrecht) rechtbanken gepubliceerd. Voorts zijn 5 relevante uitspraken van de nationale bestuursrechter gepubliceerd: 3 van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en 2 uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. De Commissie van Aanbestedingsexperts heeft 71 adviezen gepubliceerd. Tot slot is er in 2016 ook 1 aanbestedingsuitspraak van het Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten verschenen.

Het moment van publicatie op eur-lex.europa.eu, www.rechtspraak.nl of www.commissievanaanbestedingsexperts.nl is beslissend voor de vraag of een aanbestedingsuitspraak in deze bundel is opgenomen. Is dat moment van publicatie gelegen in 2016, zoals bij een uitspraak van het Hof Den Bosch die zelfs dateert uit 2008 het geval was, dan staat de samenvatting in deze bundel.

In totaal zijn er 299 uitspraken, conclusies en adviezen gepubliceerd. Om deze grote hoeveelheid jurisprudentie op een overzichtelijke manier te presenteren, is ervoor gekozen om een rubricering met verschillende onderwerpen binnen het aanbestedingsrecht te hanteren. Daarbij is de volgende structuur aangehouden:

1. Toepasselijkheid regelgeving
2. Aanbestedingsplicht
3. Meervoudig onderhandse procedure
4. Uitzonderingen op de openbare en niet-openbare procedure
5. Bijzondere procedures
6. De opdracht
7. Uitsluitingsgronden
8. Geschiktheidseisen
9. Selectiecriteria
10. Eigen Verklaring/bewijsstukken

11. Gunningssystematiek
12. Technische specificaties
13. Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden
14. Contractvoorwaarden
15. (On-)geldigheid inschrijving
16. Beoordeling inschrijving
17. Gunningsbeslissing
18. Intrekking aanbestedingsprocedure
19. Opschortende termijn na gunningsbeslissing
20. Niet-ontvankelijkheid
21. Rechtsverwerking
22. Rechtsbescherming
23. Sancties en maatregelen in geschillen
24. Procesrecht
25. Overig/varia

Per onderdeel is waar mogelijk nog een verdere onderverdeling aangehouden. De inhoudsopgave biedt een volledig overzicht van de indeling van het boek. Per (sub)onderwerp worden de samenvattingen in chronologische volgorde vermeld.

Door deze indeling vindt de lezer de jurisprudentie per onderwerp gegroepeerd bij elkaar. Omdat sommige uitspraken over meer dan één onderwerp gaan, bleek het bij deze rubricering onvermijdelijk dat er soms de keuze moest worden gemaakt om een uitspraak die ook betrekking heeft op onderwerp a, toch bij onderwerp b te plaatsen. Bij deze keuzes is steeds in aanmerking genomen, welk (deel)onderwerp verwacht kan worden het meest relevant te zijn voor de lezer, gelet op de inhoud en lengte van de in de samenvatting opgenomen overwegingen.

Om te voorkomen dat uitspraken door de gemaakte keuzes aan de aandacht van de lezer ontsnappen, zijn er drie registers opgenomen achterin het boek¹:

- Een uitsprakenregister, waarin alle uitspraken per instantie in chronologische volgorde zijn opgenomen.

1 De samenstellers van de bundel danken Lilian de Vries en Joyce Duin, student-assistenten bij het Instituut voor Bouwrecht, voor hun hulp bij het samenstellen van de registers.

- Een wetsartikelenregister, waarmee per wetsartikel nagegaan kan worden in welke samenvatting het genoemd wordt.
- Een trefwoordenregister, waarmee kan worden nagegaan in welke uitspraken een bepaald onderwerp aan de orde komt.
- Per samenvatting wordt in alle gevallen de volgende informatie gepresenteerd:
 - Een nummer dat de plaats in dit boek aangeeft
 - Een titel die is gegeven aan de uitspraak, conclusie of het advies
 - De instantie waarvan de uitspraak, conclusie of het advies afkomstig is.
 - De betrokken rechter(s)/raadsheren, advocaat-generaal of commissieleden
 - Het zaaknummer en het ECLI-nummer
 - De trefwoorden die verwijzen naar de inhoud van de uitspraak, de conclusie of het advies
 - De wetsartikelen die in de samenvatting voorkomen
 - De samenvatting van de uitspraak, de conclusie of het advies

In een aantal gevallen wordt nog een extra verwijzing vermeld. In het geval van een hoger beroep wordt, indien zowel de uitspraak in eerste aanleg als het hoger beroep in 2016 gepubliceerd is, bij de samenvatting van de uitspraak in eerste aanleg een verwijzing naar de samenvatting van het hoger beroep gemaakt en andersom. Op dezelfde wijze is een verwijzing opgenomen bij Europese conclusies en uitspraken, zodat de lezer niet zelf hoeft te zoeken welke conclusie voorafging aan een uitspraak van het Europese Hof en welke uitspraak gevolgd is op een conclusie.

Een laatste opmerking die wij de lezer mee willen geven betreft de lengte van de samenvattingen. In het algemeen is geprobeerd die lengte binnen de ca. 1000 woorden te houden. Bij beknopte uitspraken is het relatief eenvoudig om binnen dat aantal woorden te blijven, maar dat ligt anders bij langere uitspraken met een groot aantal rechtsoverwegingen en/of rechtsvragen. In enkele gevallen is voor een wat langere samenvatting gekozen, maar ook dan was het onvermijdelijk bij lange uitspraken meer informatie uit de samenvatting weg te laten dan bij beknopte uitspraken.