

COLOFON

Redactie:

mr. I.A.H. Dolmans-Budé
Dolmans-Budé Legal B.V.

drs. S. de Jong

Tender Services Group, Den Haag

prof. mr. G.W.A. van de Meent

Loyens & Loeff advocaten, Amsterdam

mr. L.J.W. Sueters

Barriels Sueters Aanbestedingsadvocatuur B.V.
's-Hertogenbosch

ir. H.L.J.M. Wijnen

PIANCO, Den Haag

mr. A.W. van Wijngaarden

International Tender Services BV, Raalte

Eindredactie: Marit Hazeleger

E-mail: marit@redactioneleproducties.nl

Uitgever: Virginie Wagenaar

Tel.: (020) 515 93 95

E-mail: Virginie.Wagenaar@reedbusiness.nl

Abonnementen:

Abonnementen: € 216,00 p.j. (incl. BTW)

Losse nummers: € 30,50 (incl. BTW)

Bij betaling via acceptgiro zullen wij een bedrag van € 2,50 (incl. BTW) aan kosten in rekening brengen.

Abonnementen lopen automatisch door, tenzij uiterlijk 30 dagen voor de vervaldatum bij onze klantenservice wordt opgezegd via telefoonnummer (0314) 35 83 58.

Aanvraag abonnementen/wijzigingen:

Klantenservice: (0314) 35 83 58

E-mail: klantenservice@reedbusiness.nl

www.kennisbankinkoopenaanbesteden.nl

De artikelen in de Tender Nieuwsbrief worden gearchiveerd in de kennisbank Inkoop en Aanbesteden van Reed Business bv.

De Nederlandse Vereniging voor

Aanbestedingsrecht fungeert als forum voor vraagstukken op het gebied van het nationale, Europese en internationale aanbestedingsrecht.

International Tender Services BV adviseert,

begeleidt en traint overheden en nutsbedrijven ter optimalisering van hun inkoopprocessen en aanbestedingen in het kader van de implementatie van wettelijke EG-aanbestedingsvoorschriften.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de

uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden redactie en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele verbeteringen van de opgenomen gegevens houden zij zich gaarne aanbevolen.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Uw opgegeven gegevens kunnen worden gebruikt voor het toezenden van informatie en/of speciale aanbiedingen door Reed Business bv en speciaal geselecteerde bedrijven. Indien u hier tegen bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed Business bv, t.a.v. Adresregistratie, Postbus 808 7000 AV Doetinchem.

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van

Reed Business bv, Amsterdam

© 2016

ISSN: 1384-2838

DE ZAAK

Objectieve criteria bij selectie voor een meervoudig onderhandse procedure

De roemruchte Kadasterzaak is tot een einde gekomen met het Kadaster als winnaar. In 2011 is in eerste aanleg geoordeeld dat het Kadaster onrechtmatig heeft gehandeld door HLA niet uit te nodigen voor een meervoudig onderhandse aanbesteding met als gevolg een toegewezen schadeclaim van circa € 10 miljoen. Nadat het Hof reeds had geoordeeld dat er geen schade was veroorzaakt, heeft de Hoge Raad nu geoordeeld dat er (zelfs) geen sprake is van een onrechtmatige gedraging. Het Kadaster had HLA niet uitgenodigd omdat deze niet voorkwam op een bepaalde lijst van ondernemers die hun interesse hadden geuit. Dit is volgens de Hoge Raad een voldoende objectief criterium.

Achtergrond

HLA ontwikkelt en handelt in digitale toepassingen ter voorkoming van kabel- en leidingschade. Zij heeft daarbij gebruikgemaakt van de gegevens van Kadaster.¹ De overeenkomst met HLA ter zake van het datagebruik is overgenomen door het Kadaster, dat bij de Rechtbank Zutphen betaling vordert van een factuurbedrag van € 91.067,00 en van contractuele boetes vanwege ongeoorloofde doorlevering van gegevens aan een derde.

Terwijl deze procedure aanhangig was, schreef het Kadaster in juni 2009 een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure uit voor een desktop-applicatie (waarvan de waarde het Europese drempelbedrag niet overschreed). Doel daarvan is het grafisch weergeven van informatie over de ligging van kabels en leidingen in de grond.² Tot deelname aan de aanbestedingsprocedure waren 27 ondernemers uitgenodigd. Zij kwamen voor op een lijst van het zogenoemde Bronhouders- en Afnemers Overleg (BAO). Een ondernemer die niet voorkwam op de lijst, heeft ook een uitnodiging ontvangen nadat hij zich had aangemeld. HLA was niet uitgenodigd terwijl het Kadaster volgens HLA wist dat zij op het gebied van de aanbestede opdracht bij uitstek actief was.

In de aanhangige procedure vordert HLA daarom in reconventie (i) een verklaring voor recht dat het Kadaster c.s. onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld en aansprakelijk is, en (ii) een veroordeling van het Kadaster tot betaling van € 22 miljoen schadevergoeding.³

Ronde 1: verlies Kadaster

Bij tussenvonnis van 4 mei 2011 overwoog de rechtbank dat het Kadaster onrechtmatig heeft gehandeld jegens HLA en stelde zij HLA in de gelegenheid om haar schade te onderbouwen.⁴ Blijvendvonnis van 28 december 2011 wijst de rechtbank *in conventie* alleen het gefactureerde bedrag (€ 91.067,00) toe. Het dictum *in reconventie* is belangwekkender: de rechtbank verklaart voor recht dat het Kadaster onrechtmatig heeft gehandeld door HLA niet uit te nodigen voor de aanbesteding.⁵ Daarnaast veroordeelt ze het Kadaster tot betaling van schadevergoeding, *ex aequo et bono* vastgesteld op € 10 miljoen.

Ronde 2: winst Kadaster (op punten)

Het vonnis van de Rechtbank Zutphen zorgde voor enige commotie in aanbestedingsland; met belangstelling is uitgekeken naar de uitkomst van het door het Kadaster ingestelde (principaal) appel. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft bij arrest van 8 juli 2014 bepaald dat het Kadaster weliswaar onrechtmatig jegens HLA heeft gehandeld, maar dat het niet aansprakelijk is, omdat niet is komen vast te staan dat de onrechtmatige gedraging schade heeft veroorzaakt. HLA zou namelijk niet aannemelijk hebben gemaakt dat de opdracht aan haar zou zijn gegund als zij wel was uitgenodigd tot (en had ingeschreven op) de aanbesteding van het Kadaster.

Ronde 3: winst Kadaster (knock-out)

In cassatie klaagt HLA over het causaliteitsoordeel van het hof. Het incidentele cassatieberoep

van het Kadaster is gericht tegen het oordeel dat sprake is van een onrechtmatige gedraging. De Hoge Raad volgt dit laatste befoog: het Kadaster heeft niet onrechtmatig gehandeld. Nu er geen sprake is van een onrechtmatige gedraging, laat de Hoge Raad de causaliteit onbesproken.

Beschouwing overwegingen Hoge Raad

In cassatie betoogt het Kadaster dat het niet uitnodigen van partijen tot een meervoudig onderhandse procedure nooit onrechtmatig is, ook niet onder bijzondere omstandigheden. Dat standpunt volgt de Hoge Raad niet. Hij stelt allereerst vast dat de Aanbestedingswet 2012 weliswaar niet van toepassing is nu de aanbestedingsprocedure in 2009 is begonnen (artikel 4.30 lid 2 AW 2012), maar dat de beginselen van gelijkheid en transparantie ook vóór die wet geldend recht waren. Uit die beginselen volgt reeds de rechtsregel die later is neergelegd in artikel 1.4 lid 1 aanhef en sub b AW 2012: selectie van uit te nodigen ondernemers moet geschieden op basis van *objectieve criteria*. De memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 luidt, zoals geciteerd door de Hoge Raad: '(...) Bij meervoudig onderhandse procedures ziet [het gelijkheidsbegrip, FJJC/TvW] alleen op ondernemers die zijn uitgenodigd een inschrijving te doen. (...)'.⁶ De minister heeft de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel hier wat (te) absoluut geformuleerd nu dit beginsel (evenals het transparantiebeginsel) juist ten grondslag ligt aan het vereiste dat de selectie van genodigden op basis van *objectieve criteria* gebeurt. Op dat vereiste en de motiveringsplicht van lid 3 kunnen juist niet-geselecteerde ondernemers zich beroepen. De overweging van de minister laat zich overigens met dat vereiste van artikel 1.4 AW 2012 verenigen nu dat artikel pas op een later moment, bij een nota van wijziging, aan het wetsvoorstel is toegevoegd.⁷ De uitzondering volgde de oorspronkelijk absoluut geformuleerde regel. De Hoge Raad verwerpt dan ook het betoog van het Kadaster op dit punt: het niet uitnodigen van een of meer partijen kan wél onrechtmatig zijn, wanneer geen objectieve criteria zijn gehanteerd. De Hoge Raad komt echter vervolgens tot de conclusie dat het Kadaster wel degelijk een objectief selectie criterium heeft gehanteerd door bedrijven te selecteren die door daadwerkelijk interesse te tonen voor het onderhavige project door het BAO op een lijst zijn geplaatst. Dat de 'insteek' van de offerte-uitvraag volgens het hof was om alle potentieel geïnteresseerde IT-bedrijven een aanbieding te laten doen, doet niet

af aan het recht van het Kadaster om aan de hand van dit objectieve criterium te selecteren. Nu van een onrechtmatige gedraging geen sprake is, casseert de Hoge Raad. Aan de aansprakelijkheid voor schade en de omvang van de schadevergoeding komt hij derhalve niet toe. Meer dan het hof stelt de Hoge Raad de vrijheid van een aanbesteder voorop om de objectieve criteria en – aan de hand daarvan – de potentiële inschrijvers te kiezen. Dat lijkt ons in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever. Die noemt uiteenlopende mogelijke inhoudelijke criteria, zoals ervaring en omvang van de ondernemer alsmede procedurele criteria (als loting of een rouleersysteem).⁸ De omstandigheid dat een uitgenodigde ondernemer *niet* op de lijst stond, maar zich eigener beweging heeft aangemeld, laat de Hoge Raad onvermeld. Die ondernemer lijkt echter aan het door de Hoge Raad aangenomen objectieve criterium niet te voldoen: deze had zich niet in het kader van de congressen gemeld, maar pas op een later moment. Wij vermoeden dat de Hoge Raad die omstandigheid niet onrechtmatig acht jegens HLA vanwege de bovengenoemde rechtsregel die een beroep op het gelijkheidsbeginsel door HLA als niet-genodigde partij uitsluit. Dat een andere partij ten onrechte niet is geweigerd, leidt nog niet tot een recht op deelname voor HLA. Praktischer is naar onze mening de oplossing van A-G Keus, die als objectief criterium identificeert: '(...) daadwerkelijk geïnteresseerde bedrijven [die, FJJC/TvW] actief van hun belangstelling doen blijken door zich als belangstellende aan te melden (...)'. Aan dat criterium voldoen zowel de 27 initieel genodigden als de ondernemer die zich later heeft aangemeld.

Wat is een objectief criterium?

Nu rijst wel de vraag wanneer gehanteerde criteria nog voldoende *objectief* zijn. Uit het hier behandelde arrest zou wel eens de indruk kunnen ontstaan dat een aanbesteder met feitelijke selectiecriteria als snel 'veilig' zit. De vrijheid van aanbesteders bij het gebruik van selectiecriteria gaat waarschijnlijk niet zover dat ondernemers zich tegen deze in geen geval kunnen verzetten. De toelaatbaarheid van criteria moet (toch) haar grens vinden waar deze ondernemers op onredelijke wijze discrimineren. Puur procedurele criteria als loting of een rouleersysteem maken geen onderscheid en zijn algemeen toelaatbaar.⁹ Inhoudelijke criteria sluiten echter ondernemers buiten die daaraan niet voldoen en dat mag niet op onredelijke gronden gebeuren. Het vereiste van objectieve criteria heeft immers haar oorsprong in het gelijkheidsbeginsel, zodat gehan-

teerde selectiecriteria niet mogen discrimineren. Dat klemt temeer wanneer criteria zich richten tegen één ondernemer. Specifieke 'uitsluiting' behoeft rechtvaardiging. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland dat een aanbestedende dienst bij heraanbesteding de oorspronkelijke inschrijvers in beginsel moest uitnodigen. Eén ondernemer is ten onrechte niet uitgenodigd omdat hij bij een eerdere inschrijving 80% van de opdracht beoogde uit te besteden aan onderaannemers.¹⁰ De voorzieningenrechter van de Rechtbank Limburg en de Raad van Arbitrage voor de Bouw, in eerste aanleg en in hoger beroep, overwogen beide dat het niet uitnodigen van een bepaalde ondernemer gerechtvaardigd was gelet op de *past performance* van die ondernemer bij de aanbestedende dienst. De (scheidings)rechter toetste in beide zaken de uitsluiting eveneens (marginaal) aan het gelijkheidsbeginsel.¹¹ Kortom, de objectiviteit van selectiecriteria moet indringender worden getoetst indien er mee wordt beoogd een specifieke ondernemer uit te sluiten.

Conclusie

Aanbesteders kunnen opgelucht ademhalen. Nadat het hof reeds had vastgesteld dat een onrechtmatige onderhandse selectie niet snel tot aansprakelijkheid voor (kans)schade leidt, volgt uit het arrest van de Hoge Raad dat zelfs van onrechtmatigheid niet snel sprake is. Tot die conclusie nopen twee omstandigheden. Ten eerste stelt de Hoge Raad de vrijheid van aanbesteders in de keuze van gegadigden voorop: op hen rust in dit verband (slechts) de plicht objectieve selectiecriteria te hanteren. Ten tweede komt niet uitgenodigde ondernemers geen zelfstandig beroep toe op het gelijkheidsbeginsel. Dat beginsel werkt echter door in het (inmiddels wettelijke) vereiste van 'objectieve criteria'; naarmate deze specifieker tegen één ondernemer zijn gericht, lijkt een uitgebreidere toetsing op zijn plaats om ongerechtvaardigde uitsluiting te voorkomen. Tot slot merken wij op dat de Hoge Raad 'het actief tonen van interesse' als selectie criterium hier toelaatbaar acht. Geïnteresseerde ondernemers die vermoeden of weten dat een aanbesteder meervoudig onderhands zal aanbesteden, doen er dus verstandig aan hun interesse uitdrukkelijk kenbaar te maken.

mr. drs. F.J.J. Cornelissen en mr. T. van Wijk
Dirkzwager advocaten en notarissen N.V.

lees verder op pagina 8 >

Het CO₂-Bewust certificaat is een bedrijfs-certificaat op basis van het Handboek CO₂-Prestatieladder. Hiermee toont het bedrijf aan dat het gehele bedrijf CO₂-bewust handelt, ook in de projecten die het uitvoert, waarbij de niveaus van het certificaat en van het EMVI-criterium vergelijkbaar zijn (zie afbeelding 3). De tweede mogelijkheid is dat het bedrijf specifiek op projectniveau aantoont dat het (voor het project in kwestie) voldoet aan het ambitieniveau (en onderliggende niveaus) waarmee het heeft ingeschreven. Bij aanbesteding met het EMVI-criterium CO₂-Prestatieladder is het hebben of behalen van een CO₂-Bewust certificaat

duis geen vereiste, maar een manier om aan het EMVI-criterium te voldoen. Het beheer van de Handreiking en het EMVI-criterium is in handen van het Platform Aanbesteden van SKAO waaraan, naast opdrachtgevers en opdrachtnemers (vertegenwoordigd door brancheorganisaties), ook de maatschappelijke organisaties CROW en PIANOo deelnemen. Met de publicaties van *Handboek 3.0* en de *Handreiking voor Aanbestedende Diensten* is het werk niet af. SKAO werkt momenteel actief samen met opdrachtgevers en opdrachtnemers aan meer onderscheidend vermogen van de CO₂-Prestatieladder op projecten. SKAO streeft daarnaast ook naar een verdere toename van betrokkenheid bij opdrachtgevers en opdracht-

nemers bij (de maatregelen voor) CO₂-reductie in de projecten, waardoor er meer ruimte komt voor innovatie.

L.G.C.M. Termeer MSc en A.E.M. Lauwerijssen MSc
SKAO

Noten

1. http://www.eib.nl/pdf/EMVI_tenzij.pdf.
2. Rietbergen, M.G., Opstelten, I.J., Blok, K. (2016). Improving energy and carbon management in construction and civil engineering companies - evaluating the impacts of the CO₂ Performance Ladder. *Energy Efficiency*, 1-25.
3. http://www.skao.nl/centraal_college_van_deskundigen.

vervolg van pagina 7>

Noten

1. Het Kadaster is enig aandeelhouder van Kadata B.V.
2. Deze data ontvangt het Kadaster van netbeheerders en geeft het door aan grondroerders via het systeem KLIC-online (Kabel en Leiding Informatie Centra).
3. Rb. Zutphen 28 december 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU9991.
4. Rb. Zutphen 4 mei 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV0451, JAAN 2012/1.
5. Rb. Zutphen 28 december 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU9991.
6. HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, r.o. 4.2.3.; *Kamerstukken II 2009-2010, 32 440,*

nr. 3, p. 15. Het verschil tussen onderhandse en nationale procedures volgt ook uit de ongelijke redactie van de artikelen 1.12 en 1.15 AW 2012. Het eerste ziet op nationale procedures en noemt 'ondernemers' terwijl het tweede, dat op de meervoudig onderhandse procedure ziet, de werking van het gelijkheidsbeginsel beperkt tot 'inschrijvers'.

7. *Kamerstukken II 2010-2011, 32 440, nr. 11, p. 1-2.* In die nota van wijziging is het vereiste neergelegd in artikel 1.3a lid 1 aanhef en onder c. Daarna heeft het onderdeel voor het eerst in een gewijzigd wetsvoorstel zijn plaats gevonden in artikel 1.4 lid 1 onder b (*Kamerstukken II 2011-2012, 32 440, nr. A, p. 6*).
8. *Kamerstukken II 2010-2011, 32 440, nr. 11, p. 16* (NvW).

9. Wel wordt met dergelijke criteria de vraag verplaatst: aan de hand van welk criterium worden deelnemers aan de loting respectievelijk de roulatie geselecteerd? Die selectie zal eveneens objectief moeten zijn.

10. Vzr. Rb. Gelderland 7 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4742, JAAN 2014/157.
11. Vzr. Rb. Limburg 28 juli 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:6754, JAAN 2014/185, m.nt. mr. M.J. Vidal, r.o. 4.15. RvA 17 december 2015, nr. 35.637, r.o. 15; in hoger beroep: RvA 3 maart 2016, nr. 72.046, r.o. 18. In deze (scheidrechtelijke) vonnissen is uitsluiting zelfs getoetst aan het proportionaliteitsbeginsel. Bespreking van die toets is interessant, maar gaat de reikwijdte van deze rubriek te buiten.

GEZIEN?!

Wijziging Aanbestedingsbesluit naar Eerste en Tweede Kamer

Bij brief van 4 mei 2016 heeft de minister van Economische Zaken het ontwerpbesluit tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in verband met de implementatie van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen aan de Eerste en Tweede Kamer aangeboden. Het ontwerpbesluit betreft een aantal onderwerpen waarvoor de Aanbestedingswet 2012, gelet op het technische en gedetailleerde karakter ervan, een delegatiebasis biedt. Daarbij gaat het onder meer om wijzigingen die verband houden met het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), dat de huidige Eigen Verklaring vervangt, en de verplichting per

1 juli 2017 om Europese aanbestedingsprocedures geheel langs elektronische weg te laten verlopen. Maar ook om een vernieuwde aanwijzing van de twee bekende richtsnoeren die in de Aanbestedingswet 2012 worden genoemd: de Gids Proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken (ARW).

De Eerste en de Tweede Kamer zullen zich uitspreken over het ontwerpbesluit voordat dit aan de Afdeling advisering van de Raad van State zal worden voorgelegd en vervolgens zal worden vastgesteld.

Bron: PIANOo en Nota van toelichting bij ontwerpbesluit tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit

23 lidstaten in gebreke

Slechts vijf lidstaten van de Europese Unie hebben de Europese richtlijnen op tijd in de nationale wetgeving geïmplementeerd: Denemarken, Hongarije, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Bulgarije. De overige 23 lidstaten, waaronder Nederland, hebben de implementatiedeadline van 18 april 2016 niet gehaald. Lidstaten zijn verplicht de Commissie de implementatieteksten van Europese richtlijnen toe te zenden. Indien lidstaten de omzettingsmaatregelen niet op tijd meedelen, of als uit nader onderzoek blijkt dat zij niet volledig zijn, opent de Commissie op basis van artikel 258 VWEU een inbreukprocedure wegens 'niet-kennisgeving'.

Bron: www.europadecentraal.nl.