



# IF IT WALKS LIKE A DUCK...



## DE ZAAK

De gemeente Roerdalen (hierna: de Gemeente) organiseert, samen met onderwijsstichting INNOVO, een aanbesteding voor kinderopvang in een nieuw te bouwen kindcentrum in Posterholt. De aanbesteding, bestaande uit een selectiefase en een toewijzingsfase, wordt gepubliceerd op de website van de school. Wee-Play Kinderopvang (hierna: Wee-Play) – één van de geïnteresseerden en tevens de huidige huurder van een plaatselijke basisschool – ontvangt de aanbestedingsstukken. Wee-Play toont interesse, stelt vragen, en besluit uiteindelijk onder protest deel te nemen. Vermoedelijk is zij het niet eens met de gekozen procedure. Op één van de vragen geeft de Gemeente aan dat een aanbesteding noodzakelijk is vanwege het Didam-arrest.

Wee-play doorloopt de toewijzingsfase en ontvangt op 6 februari 2024 een afwijzingsbericht. Een andere partij, NATUURLijk BV, wint de aanbesteding. In het afwijzingsbericht zegt de Gemeente toe nog een motivering van de afwijzing te sturen aan de afgewezen partijen. De bezwaartermijn van tien kalenderdagen begint al wel te lopen, aldus de Gemeente. Een dag later ontvangt Wee-play een scoretabel, maar in deze tabel is niet duidelijk gemaakt welke scores aan Wee-play zijn toebedeeld. Bovendien ontvangt Wee-play geen nadere toelichting over de kenmerken van de winnende inschrijver (NATUURLijk BV). Wee-play geeft vervolgens aan dat zij met deze motivering niets kan. Wee-play sommeert de Gemeente nogmaals een juiste motivering toe te sturen. De Gemeente is daar niet toe bereid en Wee-play start een kort geding.

**De voorzieningenrechter** acht het aannemelijk dat sprake is van het sluiten van een schriftelijke overeenkomst onder

bezwarende titel tot het verrichten van diensten. Het heeft er dus alle schijn van dat het hier gaat om een overheidsopdracht voor diensten en niet enkel het huren van een ruimte. Bovendien stelt de voorzieningsrechter vast dat (1) de Gemeente meerdere keren heeft aangegeven dat een aanbestedingsprocedure noodzakelijk was en gevolgd moest worden, (2) een publicatie heeft plaatsgevonden in de zin van artikel 1.11 Aw 2012, (3) de opzet van de documenten en de daarin opgenomen elementen en criteria (zoals de term 'Aanbesteding Kindpartner') de indruk hebben gewekt bij inschrijvers dat er een aanbestedingsprocedure werd gevolgd, (4) de Gemeente tijdens de zitting zelf refereerde aan een 'gunningsleidraad' en een 'gunningsbeslissing', hetgeen er ook op lijkt te duiden dat sprake is van een meervoudig onderhandse aanbesteding in de zin van de Aanbestedingswet.

De beginselen van het aanbestedingsrecht zijn dan ook van toepassing, waaronder het transparantiebeginsel (inclusief motiveringsplicht) uit artikel 1.12 Aw 2012. Aangezien de gunningsbeslissing niet deugdelijk gemotiveerd is, is de bezwaartermijn niet gaan lopen. Bovendien constateert de voorzieningenrechter dat de aanbestedingsdocumenten geen transparante gunningsmethodiek bevatten, de opgevraagde referentie niet proportioneel is en de winnende partij niet kan voldoen aan de gestelde eisen. Gelet op deze gebreken komt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat Gemeente, samen met INNOVO, een nieuwe aanbestedingsprocedure moet starten volgens de toepasselijke regels, als zij de opdracht nog wil aanbesteden.



## JURIDISCH KADER

- Een overheidsopdracht is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten is gesloten en betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van richtlijn 2014/24/EU (artikel 1.1 Aw 2012).
- Artikel 2.24 sub b Aw 2012 bepaalt dat overheidsopdrachten voor diensten betreffende de verwerving of huur, ongeacht de financiële modaliteiten ervan, van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken of betreffende de rechten hierop niet Europees aanbesteed hoeven worden.
- Op grond van de Aw 2012 dient de mededeling van de gunningsbeslissing, in het kader van een Europese aanbesteding, de relevante redenen voor die beslissing te bevatten, waaronder in ieder geval de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving en ook de naam van de winnende inschrijver (artikel 2.130 Aw 2012). In het kader van een meervoudig onderhandse aanbesteding dient de gunningsbeslissing de "relevante redenen voor deze beslissing" te bevatten (artikel 1.15 lid 2 Aw 2012).



## RECHTERS AAN HET WOORD

- In 2013 oordeelde de **Hoge Raad** dat ook in het geval van een private aanbesteding waar de aanbestedingswet- en regelgeving niet op van toepassing is, de precontractuele redelijkheid en billijkheid met zich mee kan brengen dat wél aan de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht moet worden voldaan. Deze uitspraak werd in 2023 nogmaals bevestigd door **de voorzieningenrechter** van de rechtbank Amsterdam.
- Met betrekking tot de uitleg van artikel 2.24 sub b (uitzondering zuivere huur) Aw 2012 oordeelde **de voorzieningenrechter** van de rechtbank Noord-Nederland dat een overkoepelende overeenkomst, die zag op de huur van glasvezelkabels in mantelbuizen, niet valt onder deze uitzonderingsbepaling voor zuivere huur, omdat de overeenkomst meer zaken omvatte, zoals oplevering van producten en aanverwante dienstverlening. Deze zienswijze is bevestigd door het **Gerechtshof** Arnhem-Leeuwarden. Lees hiervoor ook het eerder gepubliceerde **JA 2-2021**.
- De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam benadrukt dat een aanbestedende dienst voldoende gemotiveerd uitleg moet geven over de redenen van zijn gunningsbeslissing, zodat afgewezen inschrijvers (en eventueel gegadigden) zich erop kunnen beraden of juridische stappen tegen de gunningsbeslissing zinvol zijn (zie ook het **Gerechtshof Den Bosch**).
- De Hoge Raad oordeelde in het **arrest Staat/KPN** dat de bekendmaking van de gunningsbeslissing alle relevante redenen moet vermelden en dat aanvulling van die redenen in beginsel niet mogelijk is. Hiermee wordt voorkomen dat een aanbestedende dienst in een juridische procedure allerlei nieuwe redenen kan aanvoeren om de gunningsbeslissing te verdedigen.



## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- De vraag of sprake is van een aanbestedingsplicht en of de Aanbestedingswet van toepassing is, dient altijd beantwoord te worden op grond van (de definities uit) de Aanbestedingswet. In deze zaak acht de voorzieningenrechter het "aannemelijk" dat sprake is van een overheidsopdracht voor diensten en dat de Aanbestedingswet (en de daarin opgenomen motiveringsplicht) van toepassing is. Interessant is dat de voorzieningenrechter in dat verband ook kijkt naar "gedragingen" van de Gemeente, zoals de terminologie die de Gemeente zelf gebruikt tijdens deze inkoopprocedure en de verwachtingen die dat gewekt heeft bij de deelnemende partijen. Volgens de voorzieningenrechter spelen dergelijke 'aanwijzingen' een rol bij de beantwoording van de vraag of er verplichtingen voortvloeien uit de Aanbestedingswet ("If it walks like a duck..."). Als inkoopende partij is het dus goed daar rekening mee te houden. Als je niet gebonden wilt zijn aan de Aanbestedingswet, noem de procedure dan geen 'aanbesteding' en gebruik ook geen aanbestedingsrechtelijke termen, zoals 'gunningsleidraad' en 'gunningsbeslissing'.
- Analyseer voorafgaand aan het starten van een inkoopprocedure altijd eerst welke procedure gevolgd dient te worden en welke regelgeving daarop van toepassing is. Houd je vervolgens aan de daaruit voortvloeiende regels.
- Het motiveren van een gunningsbeslissing is een van de belangrijkste onderdelen van een aanbestedingsprocedure. Alle relevante redenen moeten worden benoemd en mogen niet op een later moment worden aangevuld. Wees dus zorgvuldig en besteed voldoende aandacht aan de motivering. Laat de motivering toetsen door een derde (intern of extern) die niet bij de beoordeling was betrokken. Vraag die persoon of hij de motivering kan volgen, of de motivering vragen oproept en of de motivering "de toets der kritiek kan doorstaan". Probeer in dat verband elke (mogelijke) fout of onduidelijkheid eruit te halen. Daarmee voorkom je tijdrovende en kostbare juridische procedures.

### EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP



VANDOORNE<sup>⊕</sup>

Het **NIC.**

Vragen? Mail naar [legal@aevesbenefit.com](mailto:legal@aevesbenefit.com)