

Jurisprudentie Alarm

Geschiktheid aantonen door certificaten:
Tegenstrijdige bepalingen en
rechtsverwerking

De zaak

Stadswerk072 N.V. ('Stadswerk') houdt zich bezig met beleidsvorming, beheer en onderhoud in de openbare ruimte in de regio Alkmaar en omgeving. Stadswerk organiseert in september 2025 een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de digitalisering van (straat)afvalbakken in de openbare ruimte van de gemeente Alkmaar. Bij de geschiktheidseisen inzake 'Technische vakbekwaamheid' worden de certificaten voor kwaliteitsmanagement (ISO 9001) en Informatiebeveiliging (ISO 27001) uitgevraagd. Deze zaak spitst zich toe op het laatste certificaat.

Uit het Aanbestedingsdocument blijkt dat als uitgangspunt wordt gehanteerd dat een inschrijver op het moment van inschrijven en gedurende de gehele overeenkomst in het bezit moet zijn van een geldig kwaliteitscertificaat, ISO 27001 of aantoonbaar vergelijkbaar, afgegeven door een erkend certificerende instelling. Als uitzondering wordt benoemd dat het niet beschikken daarover niet direct leidt tot uitsluiting. In dat geval moet de inschrijver een 'Beschrijving informatiebeveiliging' aanleveren. In het Programma van Eisen en Wensen ('PvE'), waar eisen gedefinieerd zijn als knock-out eisen, staat dat inschrijver in het bezit moet zijn van een ISO 27001 certificaat, of aantoonbaar gelijkwaardig. In de concept Overeenkomst is het PvE hoger in rangorde benoemd ten opzichte van het Aanbestedingsdocument.

Mic-O-Data B.V. schrijft in op de aanbesteding maar verneemt van Stadswerk dat zij niet met de laagste prijs heeft ingeschreven en als tweede is geëindigd in rangorde. Stadswerk besluit de opdracht voorlopig te gunnen aan TWS Nederland B.V. ('TWS'). Mic-O-Data maakt bezwaar tegen de voorgenomen gunningsbeslissing. Daarbij voert zij aan dat TWS volgens haar uitgesloten had moeten worden, omdat TWS niet beschikt over het vereiste ISO 27001 certificaat, of een aantoonbaar gelijkwaardig certificaat, zoals vermeld als eis in het PvE. Stadswerk blijft bij haar besluit en reageert dat TWS in eerste instantie een beroep doet op een derde om aan de geschiktheidseis te voldoen. Omdat dit op zichzelf nog niet voldoende is, heeft TWS voor haar eigen bedrijfsvoering na gunning een 'Beschrijving informatiebeveiliging' verstrekt. Deze is door Stadswerk geaccepteerd. Mic-O-Data is het daar niet mee eens en start een kort geding.

De voorzieningenrechter overweegt dat het duidelijk is dat het Aanbestedingsdocument en het PvE een verschillende uitleg geven aan geschiktheidseis ISO 27001 of aantoonbaar vergelijkbaar. Mic-O-Data stelt dat TWS niet voldoet aan de knock-out eis in het PvE, want zij heeft geen certificaat in bezit op het moment van inschrijven. Omdat het PvE prevaleert boven het Aanbestedingsdocument zou TWS uitgesloten moeten worden. Ook zou TWS een valse verklaring hebben gedaan in haar UEA door te bevestigen aan alle geschiktheidseisen te kunnen voldoen. Ten slotte zou het wel toelaten van een 'Beschrijving informatiebeveiliging' een wezenlijke wijziging van de aanbesteding betreffen omdat dit kring van gegadigden uitbreidt. Hiertegenover stelt Stadswerk dat het PvE en het Aanbestedingsdocument onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en dat het Aanbestedingsdocument verdere uitleg geeft aan de eis uit het PvE. TWS voldoet daarom wél aan de geschiktheidseis. Daarnaast stelt Stadswerk met een beroep op rechtsverwerking dat Mic-O-Data haar rechten ten aanzien van de tegenstrijdige bepalingen heeft verloren.

De rechter oordeelt dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver objectief heeft moeten begrijpen dat het zwaartepunt van de beschrijving 'ISO 27001 of aantoonbaar vergelijkbaar' ligt in paragraaf 6.2.2 van het Aanbestedingsdocument. Die bepaling bevat namelijk het inhoudelijk uitgewerkte regime inclusief wat wordt gezien als vergelijkbaar en wanneer sprake is van uitsluiting (het rechtsgevolg). Inschrijvers hadden, ondanks de tegenstrijdigheid, moeten begrijpen dat de aanbestedende dienst voor ogen had om wel een 'Beschrijving informatiebeveiliging' toe te staan. Dit oordeel is gebaseerd op de systematiek en de onderlinge samenhang van de stukken. Uitsluiting is een verstreckende maatregel en vergt een duidelijke en eenduidige grondslag. Die ontbreekt hier.

Voor zover Mic-O-Data met een beroep op § 4.8. van het aanbestedingsdocument betoogt dat het TWS was die de tegenstrijdigheid vóór inschrijving had moeten opmerken, volgt de voorzieningenrechter haar daarin niet. Het is immers niet TWS die nu een beroep doet op de tegenstrijdigheid, maar Mic-O-Data. TWS, de winnende inschrijver, heeft ingeschreven in overeenstemming met een lezing van de stukken die steun vindt in § 6.2.2 van het Aanbestedingsdocument en heeft daarmee de aanbestedingsstukken gelezen overeenkomstig het hiervoor omschreven zwaartepunt. Mic-O-Data fundeert haar bezwaar tegen de niet-uitsluiting op een tegenstrijdigheid die zijzelf eerder had kunnen opmerken. Het door Stadswerk gedane beroep op rechtsverwerking is dan ook niet onredelijk.

Tot slot is geen sprake van een valse verklaring, nu TWS de aanbestedingsstukken mocht uitleggen zoals zij heeft gedaan en het UEA dienovereenkomstig mocht invullen. De gunning aan TWS kan in stand blijven.

Juridisch kader

- **Artikel 2.96 lid 2 Aanbestedingswet 2012** ('Aw 2012') bepaalt dat een aanbestedende dienst bij het stellen van kwaliteitsnormen, gelijkwaardige certificaten moet toestaan. Omdat geschiktheidseisen in redelijke verhouding moeten zijn met het voorwerp van de opdracht conform artikel 2.90 lid 8, kan een aanbestedende dienst besluiten om ook gelijkwaardige maatregelen toe te staan als bewijsmiddel.
- **Conform artikel 2.84 lid 1 sub b Aw 2012** geeft een ondernemer in de Eigen verklaring (het UEA) aan of hij voldoet aan de in de aankondiging of in de aanbestedingsstukken gestelde geschiktheidseisen. Artikel 2.87 lid 1 sub h Aw 2012) bepaalt vervolgens dat het niet verstrekken van informatie ten behoeve van controle op de geschiktheidseisen kan leiden tot uitsluiting vanwege het doen van een valse verklaring.
- Van een potentiële inschrijver mag verwacht worden dat hij tijdig klaagt over een gebrek in een aanbestedingsprocedure. Als een potentiële inschrijver niet klaagt – of, zoals in deze zaak, niet tijdig aankkaart dat een andere gegadigde niet zou kunnen voldoen aan de gestelde eisen – en wel inschrijft, kan de conclusie zijn dat hij zijn recht heeft verwerkt om alsnog te klagen over het gestelde gebrek. Dat geldt zeker wanneer de aanbestedingsleidraad voorschrijft dat de potentiële inschrijver in dat geval vóór inschrijving een kort geding aanhangig dient te maken.
- Onder welke omstandigheden sprake is van rechtsverwerking, is volgens de Hoge Raad in beginsel een vraag van nationaal recht. In Nederland is rechtsverwerking gebaseerd op de werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2, lid 2 en artikel 6:248 BW). Of sprake is van rechtsverwerking, is altijd afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Rechters aan het woord

- Op grond van artikel 1.9 Aw 2012 dient een aanbestedende dienst transparant te handelen. Daaruit volgt dat geschiktheidseisen zodanig geformuleerd dienen te zijn in de aanbestedingsstukken dat alle redelijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers deze op dezelfde wijze interpreteren.
- Volgens vaste rechtspraak dienen aanbestedingsstukken te worden uitgelegd conform de zogeheten CAO-norm (arrest HR Gerritse/HAS). Bij de CAO-norm zijn de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis. Het komt daarbij aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen die in de aanbestedingsstukken zijn gehanteerd.
- Het wel of niet voldoen aan een certificeringseis als geschiktheidseis is geregeld onderwerp van discussie. Dit bleek onder andere in de volgende zaken:
 1. Recent oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat een gunning bij een aanbesteding voor een schoolgebouw in Tilburg ingetrokken moet worden, omdat de voorlopig gegunde partij geen verklaring heeft ingediend door een certificerende instelling, terwijl de Selectieleidraad dit wel nadrukkelijk heeft bepaald. Een kwaliteitshandboek en jaarlijkse audit blijkt onvoldoende.
 2. De Rechtbank Den Haag oordeelde dat de Staat onterecht een inschrijver terzijde had gelegd vanwege het niet voldoen aan de geschiktheidseis ISO 27001:2022. Uit de beschrijving blijkt dat inschrijver bij de start van de overeenkomst het bewijs moet overhandigen. Het is niet uit te sluiten dat de inschrijver dit kan leveren, ondanks het niet beschikken hierover bij inschrijving.
 3. In een zaak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland waren partijen het oneens over de vraag of een certificeringseis moet worden gezien als een geschiktheidseis of als een uitvoeringseis. Volgens de rechtbank was sprake van een geschiktheidseis. Dit had te maken met de bewoordingen die werden gebruikt in de aanbestedingsleidraad: de inschrijver (en niet de contractant) moest in het bezit zijn van de gevraagde certificaten.

Tips voor de praktijk

Wees bedacht op de wijze van formulering in aanbestedingsstukken. Schrijf in geval van een certificeringseis als geschiktheidseis de vereisten eenduidig op en bij voorkeur ook op dezelfde plaats. Duidelijk moet zijn voor alle inschrijvers:



- o wie moet voldoen aan de kwaliteitseis (hoofdaannemer, onderaannemer of alle betrokkenen);
- o wanneer bepaalde bewijsmiddelen moeten worden verstrekt aan de aanbestedende dienst zodat controle kan plaatsvinden; en
- o welke bewijsmiddelen voldoen, bijvoorbeeld een door een onafhankelijke geaccrediteerde instantie gecontroleerd bewijsmiddel of een beschrijving van maatregelen die vervolgens door de aanbestedende dienst worden getoetst.



Stem als inkoper af welke geschiktheidseis en mate van bewijsvoering in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht.



Wees als marktpartij erop bedacht dat onduidelijkheden in de aanbestedingsstukken tijdig moeten worden gemeld bij de aanbestedende dienst. Zo niet, dan kan de inschrijver zijn rechten ten aanzien daarvan verliezen.



MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze [website](#).

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met [Van Doorne](#)
Advocaten, notarissen & fiscalisten en [EPSA Procurement](#).

epsa[™]
PROCUREMENT

Van Doorne