

Jurisprudentie Alarm

Uitsluitingsregels op maat.

De zaak

De gemeente Amsterdam (hierna: "gemeente") heeft een selectieprocedure uitgeschreven voor de ontwikkeling van een woningbouwproject en wenst de appartementsrechten van het aangrenzende complex 't Warderschip aan te kopen met de mogelijkheid tot herontwikkeling. Op 27 maart 2025 publiceerde de gemeente verschillende selectiedocumenten, waaronder de Selectiebrochure met bijbehorende Bouwenvelop. De inschrijvingstermijn eindigde op 18 juni 2025 om 17.00 uur.

In paragraaf 3.1 van de Selectiebrochure is te lezen dat inschrijvers acht documenten moesten aanleveren, waaronder document 6: *"Ingevuld puntensysteem natuurinclusief bouwen"*. Daarnaast staat in paragraaf 3.1 vermeld: *"Inschrijvingen die om andere reden niet voldoen, zoals - doch niet uitsluitend - ontvangst van een inschrijving ná de sluitingsdatum, het ontbreken van het inschrijfformulier selectieprocedure of het ontbreken van een van de gevraagde documenten zoals genoemd onder aan te leveren documenten 2 tot en met 7 of ingeval van een voorwaardelijke inschrijving, worden zonder meer uitgesloten van deelname."* In de Bouwenvelop werd verwezen naar het puntensysteemdocument, dat vermeldde: *"Om in aanmerking te komen voor de aanbesteding dient een minimumaantal punten te worden behaald. Dit betreft 30 punten."*

Op 18 juni 2025 om 16.40 uur diende een geïnteresseerde projectontwikkelaar zijn inschrijving in voor de Selectieprocedure zónder document 6. Diezelfde dag om 23.01 uur zond de projectontwikkelaar document 6 alsnog na. Aangezien document 6 ontbrak, sloot de gemeente de projectontwikkelaar onmiddellijk uit van verdere deelname aan de selectieprocedure. De projectontwikkelaar spande daarop een kort geding aan bij de Rechtbank Amsterdam en vorderde kortgezegd dat hij alsnog werd meegenomen in de selectieprocedure. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam wees de vorderingen af, waarna de projectontwikkelaar in hoger beroep ging bij het Gerechtshof Amsterdam.

In hoger beroep betoogde de projectontwikkelaar (opnieuw) dat de gemeente de puntentelling die moet worden ingevuld in document 6 al kon afleiden uit de door haar op 18 juni 2025 voor 17.00 uur ingediende inschrijving, waarmee het niet verstrekken van document 6 een gebrek in de wijze van aanleveren was dat kon worden hersteld. De gemeente stelde daarentegen dat paragraaf 3.1 van de Selectiebrochure uitsluiting voorschrijft als document 6 ontbreekt. Daarnaast bevatte het alsnog ingeleverde document 6 door de mate van concreetheid daarvan nieuwe informatie die niet uit de andere documenten was af te leiden. Het later indienen van dit document is daarmee een niet toegestane aanvulling van de inschrijving.

Het hof overweegt dat het de gemeente vrijstaat om te bepalen dat bij schending van bepaalde voorschriften steeds uitsluiting van de Selectieprocedure volgt, met dien verstande dat van deze bevoegdheid slechts met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel gebruik kan worden gemaakt. Wanneer dit voorschrift niet disproportioneel is en wordt geschonden, kan vervolgens niet opnieuw een proportionaliteitstoets worden aangelegd. Dat betekent dat in deze zaak kan worden getoetst of de onmiddellijke uitsluiting die in par. 3.1 van de Selectieprocedure is

verbonden aan niet-indiening van document 6 proportioneel is in de zin dat dit gevolg in een evenredige verhouding staat tot de doelen die worden nagestreefd met de voorschriften over document 6. Als de voorgeschreven onmiddellijke uitsluiting voldoet aan het proportionaliteitsbeginsel, is er geen ruimte om te toetsen of de onmiddellijke uitsluiting in het concrete geval evenredig is. Kortgezegd overweegt het hof dus dat de uitsluitingsregel op zichzelf getoetst kan worden aan het proportionaliteitsbeginsel, maar de toepassing van die regel in het concrete geval niet.

Vervolgens oordeelt het hof dat de uitsluitingsregel in paragraaf 3.1 van de Selectiebrochure niet disproportioneel is, gelet op de doelstellingen van de voorschriften over document 6. Deze zien op het door alle deelnemers in hun inschrijving op dezelfde manier inzichtelijk maken dat zij voldoen aan het vereiste van minimaal 30 punten voor natuurinclusief bouwen. De gemeente moest de uitsluitingsregel dan ook volgen en heeft de projectontwikkelaar terecht uitgesloten. De Gemeente was daarbij niet gehouden om (eerst) een 'materiële toets' uit te voeren door te onderzoeken of de informatie die in document 6 moet worden opgenomen zou kunnen worden afgeleid uit het resterende deel van de inschrijving van de projectontwikkelaar. Ten overvloede overweegt het hof dat een materiële toets, al zou deze wel zijn uitgevoerd, in het nadeel van de projectontwikkelaar zou zijn uitgevallen. Het hof geeft de gemeente daarin eveneens gelijk.

Juridisch kader

- Uit artikel 3:1 lid 2 van de Awb in verbinding met artikel 3:14 BW volgt dat het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 van de Awb van toepassing is op handelingen van aanbestedende diensten.
- Het gelijkheidsbeginsel is verankerd in de Aanbestedingswet 2012: artikel 1.8 (Europese procedures) en artikel 1.12 (nationale procedures) bepalen beiden dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt. Artikel 1.12 voegt daaraan de transparantieplichting toe.
- Het gelijkheidsbeginsel vereist dat inschrijvers dezelfde kansen krijgen. Dit betekent dat voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden.
- Het transparantiebeginsel en gelijkheidsbeginsel staan in beginsel niet toe dat inschrijvers hun inschrijvingen wijzigen of aanvullen nadat de termijn voor het indienen van inschrijvingen is gesloten.

Rechters aan het woord

- Uit het Manova-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat een aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht dient te nemen. Bepalen de aanbestedingsstukken dat een inschrijver onder bepaalde omstandigheden wordt uitgesloten? Dan is er in beginsel geen ruimte voor een proportionaliteitstoets. De inschrijver moet in dat geval daadwerkelijk worden uitgesloten, aldus de Hoge Raad in het arrest Connexxion/Staat.
- In het SAG ELV Slovensko-arrest oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie dat een aanbestedende dienst in uitzonderlijke gevallen de bevoegdheid heeft tot het bieden van herstel. De aanbestedende dienst mag een inschrijver verzoeken zijn inschrijving te verbeteren of aan te vullen, mits het slechts een eenvoudige precisering betreft, dan wel het herstel van een kennelijke materiële fout. Het is niet toegestaan dat door de verbetering of aanvulling een nieuwe inschrijving wordt gedaan.
- In zaken waarin uitsluiting niet dwingend was voorgeschreven, oordeelden de Rechtbank Midden-Nederland en de Rechtbank Limburg dat het zorgvuldigheidsbeginsel kan meebrengen dat de aanbestedende dienst bij vormfouten moet onderzoeken of de inschrijving materieel voldoet en de fout zich leent voor herstel.
- Het Gerechtshof Den Haag oordeelde in 2020 dat het een aanbestedende dienst vrijstaat om te bepalen dat bij schending van bepaalde voorschriften steeds uitsluiting volgt. Van deze bevoegdheid kan slechts met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel gebruik worden gemaakt. Dat betekent dat de rechter kan toetsen of het gestelde voorschrift met daarin opgenomen de automatische uitsluiting, disproportioneel is. Wanneer het voorschrift op zichzelf niet disproportioneel is en wordt geschonden, kan vervolgens niet opnieuw een proportionaliteitstoets worden aangelegd. De aanbestedende dienst moet dan, met andere woorden, toepassing geven aan de gestelde voorschriften en tot uitsluiting van de inschrijver overgaan.

Tips voor de praktijk

Differentieer bewust tussen verschillende soorten fouten en hun consequenties bij het opstellen van (uitsluitings)regels. Maak onderscheid tussen essentiële vereisten die de kern van de beoordeling raken en meer procedurele aspecten. Reserveer de sanctie "automatische uitsluiting" voor fouten in of het ontbreken van documenten en informatie die cruciaal zijn voor een eerlijke vergelijking tussen inschrijvers. Voor andere schendingen kun je kiezen voor formuleringen als "kan leiden tot uitsluiting" waardoor je ruimte houdt om rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het geval. Deze benadering voorkomt dat je later geconfronteerd wordt met situaties waarin een inschrijving moet worden uitgesloten vanwege een relatief onbelangrijk vormgebrek, terwijl het tegelijkertijd waarborgt dat je streng kunt optreden waar dat werkelijk nodig is.

Toets vooraf grondig of een automatische uitsluitingsregel op zichzelf (niet dis)proportioneel is. Als de voorgeschreven automatische uitsluitingsregel proportioneel is, lijkt geen ruimte meer om te toetsen of de toepassing van die regel in het concrete geval (te weten de daadwerkelijke uitsluiting van een partij) proportioneel is.

Benoem indien gewenst in de aanbestedingsdocumenten de bevoegdheid van de aanbestedende dienst om opheldering te vragen en herstel van een eenvoudig te herstellen gebrek toe te staan.

Let bij het bieden van herstel op dat de inschrijver niet in de gelegenheid wordt gesteld zijn inschrijving materieel te wijzigen.



MEER WETEN?

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

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

epsa[™]
PROCUREMENT

Van Doorne