epsa PROCUREMENT

Jurisprudentie Alarm

Opschorting definitieve gunning gedurende hoger beroepsprocedure.

nr. 24

De zaak

De gemeente Nieuwegein (hierna: 'Gemeente') organiseert een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor beveiligingsdiensten, waaronder objectbeveiliging van het stadhuis en alarmopvolging met betrekking tot het vastgoed van de Gemeente. BBN Beveiliging B.V. (hierna: 'BBN') is de zittend dienstverlener en heeft zich ingeschreven op de opdracht. Op 20 november 2024 maakt de Gemeente haar voorlopige gunningsbeslissing bekend. Uit de gunningsbeslissing volgt dat BBN op een vierde plek is geëindigd en de opdracht voorlopig is gegund aan D.V. Services B.V. (hierna: 'DV'). BBN kan zich niet vinden in de beslissing van de Gemeente en maakt bezwaar. BBN betoogt dat op DV drie facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing zijn, die voortkomen uit een in het verleden vastgestelde niet-naleving van de cao Particuliere Beveiliging. Deze niet-naleving zou een schending van milieu-, sociaal of arbeidsrecht opleveren (art. 2.87 lid 1a Aanbestedingswet 2012 (hierna: 'Aw')) en DV schuldig maken aan het plegen van een ernstige beroepsfout (art. 2.87 lid 1c Aw). Het niet melden van deze overtreding bij inschrijving resulteert vervolgens in het afleggen van een valse verklaring (art. 286 lid 1h Aw). Daarnaast heeft BBN geklaagd over de negatieve beoordeling die zij heeft ontvangen op haar plan van aanpak.

De Gemeente bericht binnen de bezwaartermijn dat er geen redenen zijn om het bezwaar gegrond te verklaren en wijzigt haar voorlopige gunningsbeslissing niet. BBN vordert daarop in een kort geding alsnog de uitsluiting van DV, dan wel dat die inschrijving terzijde wordt gelegd nu er drie uitsluitingsgronden op DV van toepassing zouden zijn. Daarnaast vordert BBN dat de Gemeente overgaat tot een herbeoordeling van de overige inschrijvingen.

De voorzieningenrechter behandelt eerst de vordering die ziet op een herbeoordeling door de Gemeente, nu dit de essentie van de procedure vormt. Immers, bij een uitsluiting van DV zal BBN op een derde plaats eindigen en daarmee nog steeds niet de winnende inschrijver zijn. De beoordeling bestond onder andere uit het beoordelen van een plan van aanpak. Onderdeel van dit plan van aanpak was onder andere een implementatiefase waarin BBN in haar stuk aangeeft de huidige opdracht waar mogelijk te willen verbeteren. In haar motivering heeft de Gemeente dit als negatief punt aangedragen voor de beoordeling. De Gemeente had graag een opzet gezien waarin de lopende opdracht werd geëvalueerd. De voorzieningenrechter overweegt dat de Gemeente op dit punt het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden, want het evalueren van de lopende opdracht is niet opgenomen in de aanbestedingsleidraad. Het maakt hierbij niet uit dat BBN zelf de vorige opdracht in haar plan van aanpak heeft benoemd. De voorzieningenrechter oordeelt dat een herbeoordeling van alle inschrijvingen de enige oplossing is, want er kan nu niet worden uitgesloten dat de beoordelaars ook bij de beoordeling van andere inschrijvingen buiten het beoordelingskader van de leidraad zijn getreden.

Met betrekking tot de uitsluitingsgronden gaat de voorzieningenrechter niet mee met de vordering van BBN. Ondanks het feit dat in de leidraad van deze aanbesteding is bepaald dat bij een uitsluitingsgrond terzijdelegging van de inschrijving volgt, moet de Gemeente eerst een proportionaliteitstoets uitvoeren in de zin van art. 2.87a Aw. Het niet uitvoeren van 'een dergelijke toets zou strijdigheid met het Unierecht opleveren

(art. 57 lid 6 2014/24/EU). De voorzieningenrechter oordeelt dat de Gemeente de voorlopige gunningsbeslissing moet intrekken en binnen veertien dagen tot herbeoordeling van het plan van aanpak van alle inschrijvingen over moet gaan. De geëiste uitsluiting van DV wordt niet toegekend.

BBN is op 3 juni in hoger beroep gekomen tegen dit vonnis en is van mening dat DV alsnog moet worden uitgesloten. Op 17 juni, nog voordat de procedure in hoger beroep is doorlopen, neemt de Gemeente een voorlopige gunningsbeslissing waarin de opdracht opnieuw aan DV wordt gegund. Tegen deze voorlopige gunningsbeslissing is BBN weer een kort geding gestart.

In hoger beroep bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden stelt BBN een incidentele vordering in. BBN verzoekt het Hof tot het treffen van een voorlopige voorziening waarin het de Gemeente wordt verboden om de opdracht definitief te gunnen aan DV gedurende het hoger beroep. De Gemeente stelt dat een toewijzing van deze vordering in strijd is met het aanbestedingsrechtelijke principe dat de definitieve gunning van een opdracht uitsluitend wordt aangehouden tot en met de uitspraak in eerste aanleg. Daarnaast voert de Gemeente aan dat haar belang, dat van DV, en de overige inschrijvers, prevaleert boven het belang dat BBN zou hebben bij een voorlopige voorziening. Het Hof oordeelt dat de opvatting van de Gemeente onjuist is. De wet (of rechtspraak) heeft weliswaar niet voorzien in een opschortingsregeling voor het hoger beroep, maar dat creëert niet de situatie dat een in het ongelijk gestelde partij niet alsnog een voorziening tot opschorting van de gunning mag vorderen voor de duur van het hoger beroep. Het hof stelt dat alle belangen moeten worden afgewogen die door de partijen zijn aangedragen. De belangen van de Gemeente, DV en de overige inschrijvers met betrekking tot rechtszekerheid worden erkend door het Hof, maar de “vergaande gevolgen” die in de huidige situatie ontstaan voor de rechtspositie van BBN wanneer een overeenkomst wordt gesloten, rechtvaardigen naar het oordeel van het Hof dat de Gemeente de uitspraak in het hoger beroep afwacht.

Juridisch kader

- Artikel 57 lid 6 2014/24/EU: In de Aanbestedingsrichtlijn is opgenomen dat een ondernemer op wie een uitsluitingsgrond van toepassing is in de gelegenheid moet worden gesteld om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Als een ondernemer hierin slaagt, kan hij niet worden uitgesloten van de procedure.

- Artikel 2.87a Aw: Codificatie van het hierboven genoemde artikel uit de Aanbestedingsrichtlijn. Zelfs wanneer in de leidraad letterlijk staat vermeld dat een uitsluitingsgrond als consequentie terzijdelegging van de inschrijving inhoudt, is een proportionaliteitstoets van die bepaling op zichzelf nodig.

- Artikel 223 Rv: Iedere partij heeft tijdens een aanhangig geding de mogelijkheid te vorderen dat de rechter een voorlopige voorziening treft voor de duur van het proces. Het is noodzakelijk dat de partij die een voorlopige voorziening eist een belang heeft dat afgewogen tegen de belangen van de andere partijen niet kan wachten tot de afloop van het proces. Daarnaast moet de voorlopige voorziening samenhangen met de hoofdvordering.

Rechters aan het woord

- Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde in 2025 dat een uitsluitingsregel op zichzelf getoetst moet worden aan het evenredigheidsbeginsel. Indien evenredig, is geen plaats meer voor een toets of toepassing van die regel in het concrete geval evenredig is.

- Van historisch belang is het arrest van het Hof van Justitie EU uit 2016. Daarin oordeelde zij dat wanneer in de aanbestedingsvoorwaarden wordt vermeld dat een inschrijver te allen tijde wordt uitgesloten als een uitsluitingsgrond op hem van toepassing is, dit leidt tot een bindende bepaling. Een evenredigheidstoets zou in dat geval leiden tot strijdigheid met artikel 2 van de inmiddels vervallen Richtlijn 2004/18/EU (non-discriminatiebeginsel en transparantiebeginsel). Inmiddels hebben diverse hoven en rechtbanken dit arrest inmiddels genuanceerd.

- In 2017 oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland dat de inschrijvingen herbeoordeeld moesten worden doordat bleek dat beoordelaars onterecht ervaringen uit het verleden hadden meegewogen in de beoordeling.

Tips voor de praktijk

- Wacht met definitieve gunning van de opdracht als aannemelijk is dat een verliezende inschrijver in hoger beroep gaat en de voorlopige gunning daarin geen stand zal houden.

- Dit arrest leert dat opschorting van de definitieve gunning ook kan gelden gedurende de hoger beroepsprocedure. Voor marktpartijen die uitvoering van de opdracht prefereren boven het verkrijgen van een schadevergoeding, kan het zinvol zijn na een verloren kort geding een incidentele vordering tot opschorting in te stellen om definitieve gunning te voorkomen.

- Wees er als aanbestedende dienst van bewust dat bij het eventueel van toepassing zijn van verplichte of facultatieve uitsluitingsgronden er altijd eerst een proportionaliteitstoets uitgevoerd dient te worden, voordat een aanbestedende dienst op basis hiervan over kan gaan tot uitsluiting. Het is niet aan de voorzieningenrechter om deze toets inhoudelijk uit te voeren.

- Het is van belang om als inkoper en beoordelingsteam ervoor te zorgen dat de beoordeling van de gunningscriteria conform het gelijkheidsbeginsel verlopen. Onderdeel hiervan is dat ervaringen uit het verleden, met bijvoorbeeld de huidige leverancier, niet meegenomen mogen worden in de beoordeling van inschrijvingen die zien op een toekomstige opdracht.

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