

Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht

1 januari – 31 december 2010

Ingrid van den Berge, Matthijs Mutsaers, Dorien Zweers en Arnold Gelderman¹

In deze kroniek wordt de jurisprudentie besproken op het gebied van het aanbestedingsrecht van het Hof van Justitie EU (HvJ EU), het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA) en de nationale (civiele) rechter – waaronder de Hoge Raad: HR maar ook de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (AB RvS) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) – over de periode 1 januari tot en met 31 december 2010, voor zover bij auteurs bekend.²

Vergelijkbare kronieken over eerdere perioden werden in vorige nummers van dit tijdschrift

gepubliceerd.³ De opzet van deze kroniek is net als van de vorige kronieken met name ingegeven vanuit de wens om de relevante jurisprudentie in een leesbaar overzicht te signaleren. Een uitgebreide bespreking van de uitspraken of een algemene inleiding op het desbetreffende onderwerp zal niet worden gegeven.⁴

1. Publiekrechtelijke instelling

Het ontbreken van daadwerkelijke controle over het beheer van een onderneming en het in concurrentie treden met andere onderne-

- 1 Mr. I.J. van den Berge, mr. M.J. Mutsaers, mr. T.G. Zweers-te Raaij en mr. A.B.B. Gelderman zijn advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen N.V.
- 2 In de voetnoten zal voorzieningenrechter worden afgekort tot V.zr., rechtbank tot Rb., gerechtshof tot Hof en in voetnoten en tekst wordt gesproken van Den Haag in plaats van 's-Gravenhage en Den Bosch in plaats van 's-Hertogenbosch.
- 3 'Kroniek aanbestedingsjurisprudentie 1 en 2' (over de periode juli 2003-juli 2005), mr. I.J. van den Berge en mr. E.K.S. Mollen, TA 2005, afl. 4 en 5, p. 145-160 en 216-233, 'Kroniek aanbestedingsjurisprudentie 1 en 2' (over de periode juli 2005-december 2006), mr. I.J. van den Berge, mr. M.J. Mutsaers en mr. E.E. Zeelenberg, TA 2007, afl. 2 en 3, p. 90-115 en 174-212 en 'Kroniek aanbestedingsjurisprudentie 1 en 2' (over de periode januari-december 2007), mr. I.J. van den Berge en mr. M.J. Mutsaers, TA 2008, afl. 3 en 5, p. 230-268 en 439-471; mr. I.J. van den Berge, mr. M.J. Mutsaers en mr. M. Nusteen, TA 2009, afl. 2, p. 86-120.; mr. I.J. van den

Berge, mr. M.J. Mutsaers en mr. M. Nusteen, TA 2010, afl. 2, p. 93-131.

- 4 In deze kroniek zal in de tekst over Richtlijn worden gesproken indien wordt bedoeld Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Pb. 2004, L 134/114), over Richtlijn nutssectoren indien wordt bedoeld Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Pb. 2004, L 134/1), over het Bao indien wordt bedoeld het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Stb. 2005, 408), over het Bass als wordt bedoeld het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Stb. 2005, 409) en over het VWEU als wordt bedoeld het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

mingen in de markt, brengt met zich dat het HvJ EU in het arrest Wall AG⁵ oordeelt dat de betrokken onderneming niet kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling. Het feit dat de stad Frankfurt over een vierde van de stemmen beschikte binnen de raad van commissarissen van de betrokken onderneming was onvoldoende om van een daadwerkelijke controle te kunnen spreken. Dat de stad het recht had om de voorzitter van de raad van commissarissen voor te dragen, die een beslissende stem had in geval van staking van stemmen, maakte dit niet anders. Bovendien kwam meer dan de helft van de omzet van de betrokken onderneming voort uit wederkerige overeenkomsten inzake huisvuilverwijdering en het reinigen van straten op het grondgebied van de stad Frankfurt, hetgeen volgens het HvJ EU gelijk is te stellen met overeenkomsten welke bestaan in normale handelsbetrekkingen. Ten slotte was in dit kader nog relevant dat de betrokken onderneming in concurrentie stond met andere ondernemingen op de markt.

In een nationale procedure oordeelde de rechter eveneens dat geen sprake was van een publiekrechtelijke instelling,⁶ omdat (onder meer) overwegende overheidsfinanciering als bedoeld in art. 1 aanhef en onder q sub 1^o Bao ontbrak.⁷ Deze financiering is volgens vaste jurisprudentie niet aan de orde als daartegenover een specifieke tegenprestatie staat, zo overweegt de voorzieningenrechter.⁸ Omdat deze instelling leningen ontving die zij binnen vijftien jaar moest aflossen en waarover zij rente

was verschuldigd, was sprake van zo'n specifieke tegenprestatie. Dat er ook nog een rijkssubsidie werd verstrekt, was niet relevant, omdat dit in verhouding om een dermate beperkte omvang ging, dat de activiteiten van de betrokken instelling niet in hoofdzaak uit die rijkssubsidie werden gefinancierd. Ten slotte was ook geen sprake van een overwegende overheidsinvloed, omdat de bestuursleden van de betrokken instelling slechts voor de helft – en dus niet voor meer dan de helft – (middelijk) werden aangewezen door de betreffende overheden.

2. Overheidsopdracht/raamovereenkomst

Gemengde overeenkomsten waarvan het hoofdvoorwerp de verkrijging van aandelenkapitaal is en het daarmee onlosmakelijk verbonden, accessoirevoorwerp de levering van diensten en de uitvoering van werken betreft, vallen in hun geheel niet binnen de werkingssfeer van de Richtlijn.⁹ Uit vaste rechtspraak van het HvJ EU blijkt dat in geval van gemengde overeenkomsten, waarvan de verschillende onderdelen onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden (en dus een ondeelbaar geheel vormen), de juridische kwalificatie ervan moet worden beoordeeld op basis van de regels die van toepassing zijn op het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst.¹⁰

Ook werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag vallen buiten de werkingssfeer van de Richtlijn. Dit volgt uit art. 45, eerste ali-

5 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08, Wall AG.

6 V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 28 oktober 2010, LJN: BO2566.

7 “1^o de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd”.

8 Zie HvJ EU 3 oktober 2000, C-380/98 en vgl. ook V.zr.

Rb. Den Bosch 29 april 2010, KG ZA 10-119 n.n.g.

9 HvJ EU 6 mei 2010, gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08 en zie HvJ EU 22 december 2010, C-215/09. Vgl. ook Rb. Den Haag 18 augustus 2010, LJN: BN4803.

10 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 18 januari 2007, C-412/04 en HvJ EU 29 oktober 2009, C-536/07.

nea, EG (art. 51 VWEU) juncto art. 55 EG (art. 62 VWEU), waarin is bepaald dat de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten op deze werkzaamheden niet van toepassing zijn. Het HvJ EU oordeelt dat werkzaamheden in het kader van de openbare ambulancedienst geen werkzaamheden zijn ter uitoefening van het openbaar gezag.¹¹ Uit het recht van de verleners van ambulancediensten om gebruik te maken van instrumenten zoals zwaailicht en sirene en uit de hun door de Duitse wegeverkeerswet verleende vrije doorgang, blijkt weliswaar dat de nationale wetgever meer belang hecht aan de volksgezondheid dan aan de algemene verkeersvoorschriften, maar deze rechten kunnen alleen worden aangemerkt als een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag als de betrokken dienstverleners beschikken over van het gemene recht afwijkende bevoegdheden of dwangbevoegdheden om ervoor te zorgen dat deze rechten worden nageleefd. Dit valt onder de bevoegdheid van de politie- en gerechtelijke autoriteiten, maar niet onder die van de ambulancedienstverleners.

Het HvJ EU oordeelt vervolgens dat, omdat de openbare ambulancediensten rechtstreeks door de aanbestedende dienst worden vergoed, sprake is van een overheidsopdracht voor diensten. Dat de overeenkomsten tot gunning van die opdrachten onder het publiekrecht vallen, neemt niet weg dat er sprake is van een contractueel element (schriftelijke overeenkomst) als bedoeld in art. 1 lid 2 sub a van de Richtlijn.

Het HvJ EU heeft zich in een Duitse zaak uitgelaten over de vraag of verzekeringsovereenkomsten die deel uitmaken van arbeidsbetrekkingen overheidsopdrachten voor diensten zijn.¹²

De Duitse overheid vindt van niet, omdat de werkgevers slechts de premies aan de verzekeraars betalen die zijn ingehouden op het loon van de werknemer. Als gevolg daarvan zou de bezwarende titel ontbreken. Het HvJ EU oordeelt aan de hand van de definitie van overheidsopdrachten voor diensten dat wel degelijk sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Een bezwarende titel is aanwezig als sprake is van een rechtstreeks economisch belang.¹³ Dat volgt in dit arrest uit het feit dat de gemeentelijke werkgever onderhandelt over voorwaarden van de groepsverzekeringsovereenkomst en in het kader van die overeenkomst premies betaalt die deze inhoudt op het loon van werknemers als tegenprestatie voor diensten die absoluut noodzakelijk zijn in het kader van de verplichting om in te staan voor de uitvoering van de pensioenuitkeringen. De omstandigheid dat de werknemers uiteindelijk de begunstigen zijn doet niets af aan het bestaan van een bezwarende titel, aldus het HvJ EU.

Een kenmerkend verschil tussen een overheidsopdracht (art. 28 Bao) en een raamovereenkomst (art. 32 Bao) ligt in het feit dat deze laatste een beperking in looptijd kent en enkel afspraken bevat over toekomstige, mogelijk nog te verlenen, opdrachten. Daarvan is geen sprake in geval van een concrete opdracht tot levering van politievoertuigen tegen betaling van een vooraf bepaalde som, terwijl ook de voorwaarden van levering en betaling concreet zijn vastgelegd. Dat nog niet exact is vast te stellen hoeveel voertuigen gedurende de looptijd van het contract zullen moeten worden geleverd, maakt volgens de voorzieningenrechter niet dat sprake is van een raamovereenkomst.¹⁴

11 HvJ EU 29 april 2010, C-160/08.

12 HvJ EU 15 juli 2010, C-271/08.

13 Zie naar analogie van HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08.

14 Vzr. Rb. Den Haag 27 oktober 2010, LJN: BO1960.

3. Overheidsopdracht voor werken (gebiedsontwikkeling)

De verkoop van grond kwalificeert niet als een overheidsopdracht voor werken, zo start het HvJ EU zijn overwegingen in het Müller-arrest.¹⁵ Een overeenkomst onder bezwarende titel betekent dat een aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang heeft bij de uit te voeren werkzaamheden of werken. Daarvan is evident sprake als de aanbestedende dienst het werk in eigendom verkrijgt of over die werken krachtens een rechtstitel kan beschikken gelet op hun openbare karakter. Volgens het HvJ EU kan het rechtstreeks economisch belang echter ook gelegen zijn in de economische voordelen die de aanbestedende dienst zal kunnen halen uit het toekomstige gebruik, of de toekomstige overdracht van het werk, het feit dat de aanbestedende dienst financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen, of de risico's die de aanbestedende dienst loopt bij de economische mislukking van het werk.

Het HvJ EU oordeelt voorts dat het begrip bezwarende titel ervan uitgaat dat de aannemer zich voor een tegenprestatie verbindt tot de bij overeenkomst omschreven prestatie. Bij het gunnen van een overheidsopdracht voor werken verbindt de aannemer zich dus direct of indirect tot de uitvoering van de betrokken werken. Bovendien dient de uitvoering van deze verbintenis in rechte te kunnen worden afgedwongen.

Het HvJ EU overweegt ten aanzien van het eisencriterium in de definitie van overheidsopdracht voor werken dat daaraan pas is voldaan, wanneer een aanbestedende dienst maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan heeft uitgeoefend.¹⁶ Het enkele feit dat een overheidsdienst in de uit-

oefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw een aantal hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt of op basis van bevoegdheden ter zake een besluit neemt, voldoet niet aan de voorwaarde door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen, aldus het HvJ EU.

Ten slotte oordeelt het HvJ EU dat eigendoms-overdracht in de weg staat aan het verlenen van een concessie voor openbare werken. Als het exploitatierecht zijn oorsprong alleen in het eigendomsrecht van de betrokken grondeigenaar vindt, kan de aanbestedende dienst dit recht niet overdragen. De grondeigenaar kan immers al uit hoofde van diens eigendomsrecht de grond exploiteren.

In een Nederlandse procedure overweegt de voorzieningenrechter dat wil er sprake zijn van een concessieovereenkomst voor een werk, de afspraken tussen de gemeente en de ontwikkelaar in elk geval moeten kunnen worden gekwalificeerd als een tussen hen gesloten schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel met betrekking tot de uitvoering van een werk.¹⁷ Voor de uitleg van het begrip 'bezwarende titel' verwijst de voorzieningenrechter naar het Müller-arrest.¹⁸ Er moet in lijn met dit arrest sprake zijn van een wederzijds bindend karakter. De voorzieningenrechter vindt het in dat kader van belang dat de ontwikkelaar volledig vrij is om te bepalen of hij de parkeergarage al dan niet als commerciële dan wel als (gesubsidieerde) openbare parkeergarage (met publieksoverheidsrechtelijke tarieven) zal exploiteren. Maar vooral is relevant dat er geen plicht tot realisatie bestaat. Dat de ontwikkelaar een bouwvergunning heeft op grond waarvan een openbare parkeergarage moet worden gebouwd, doet hier volgens de voorzieningenrechter niets aan af. Daarmee is namelijk niet gezegd dat een bouwplicht is op-

15 HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08.

16 Zie art. 1 sub h 2° Bao.

17 Vزر. Rb. Arnhem 10 november 2010, LJN: BO4451.

18 HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08.

gelegd, want de enige sanctie op het ongebruikt laten van een bouwvergunning is de intrekking daarvan, aldus de voorzieningenrechter. Wegens het ontbreken van de realisatieplicht is op grond van het Bao geen sprake van een concessieovereenkomst voor een werk (en overigens ook niet van een overheidsopdracht voor een werk). Dat zou anders zijn, aldus de voorzieningenrechter, wanneer de ontwikkelaar uit eigen beweging zou besluiten de gemeente te verzoeken de parkeergarage als openbare parkeergarage te mogen exploiteren. Alsdan zou de realisatieplicht wel een rol spelen.

Het Hof Den Haag heeft zich in de Noordwijk-zaak helaas niet uitgelaten over de vraag of de voorzieningenrechter in eerste aanleg met recht heeft geoordeeld dat het project (herontwikkeling van gemeentegrond tot een gezondheidscentrum en sociale woningbouw) een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht voor werken betreft.^{19,20} Het hof komt namelijk uitsluitend via de band van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot het oordeel dat de gemeente zich in het kader van de gehouden (onderhandse) aanbesteding onrechtmatig heeft gedragen.

De vraag of sprake is van één werk in de zin van art. 1 sub g Bao, dan wel van meerdere overheidsopdrachten voor werken, is beantwoord door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem.²¹ De gemeente beschouwde de bouw van een casco-plus parkeergarage, de inrichting van die parkeergarage en de inrichting van het bijbehorende parkeerterrein namelijk als drie afzonderlijke (onderdrempelige) werken, die niet (Europees) hoefden te worden aanbesteed. De voorzieningenrechter oordeelt echter anders.

Beide parkeervoorzieningen zijn namelijk via één en dezelfde ingang toegankelijk. Ook hebben zij eenzelfde uitgang. De garage is verder uitsluitend bereikbaar via het bovengrondse deel (op maaiveld). Door uit te gaan van afzonderlijke werken is sprake van een kunstmatige splitsing, aldus de rechter. Een parkeergarage kan namelijk slechts als zodanig en als één technisch en economisch geheel functioneren als de coating op de vloer is aangebracht, de garage is voorzien van een slagboom, bewegwijzering, betaalautomaten, sprinklerinstallatie et cetera. Omdat de opdrachten dus aangemerkt moeten worden als één werk dient de totale waarde van die opdrachten te worden opgeteld, zodat de gemeente (Europees) aanbestedingsplichtig is.

4. **Wezenlijke wijziging van overeenkomst/opdracht**

In het arrest Wall AG heeft het HvJ EU uitgemaakt dat in uitzonderlijke gevallen een vervanging van een onderaannemer (zelfs wanneer de overeenkomst in deze mogelijkheid voorziet) een wezenlijke wijziging van de essentiële elementen van de overeenkomst kan opleveren.²² Namelijk wanneer het beroep op een specifieke onderaannemer een beslissend element is geweest bij de gunning. Het HvJ EU oordeelt dat als gevolg van deze wezenlijke wijziging alle noodzakelijke maatregelen moeten worden gelast, daaronder begrepen een nieuwe aanbestedingsprocedure, om de transparantie van de procedure te herstellen.

Ook in een Nederlandse zaak wordt beoordeeld of sprake is van een wezenlijk gewijzigde overeenkomst.²³ De rechtbank acht in dat kader van belang dat de offerteaanvraag uiterst vrijblijvend

19 Hof Den Haag 26 oktober 2010, LJN: BO2080.

20 V.zr. Rb. Den Haag 24 september 2008, LJN: BF4232.

21 V.zr. Rb. Arnhem 25 januari 2010, LJN: BL2848.

22 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08.

23 Rb. Den Haag 18 augustus 2010, LJN: BN4777.

is geformuleerd en dat dit dus in feite een soort *beauty contest* is. Daarbij is vooraf niet zonder meer duidelijk onder welke condities een overeenkomst zal worden gesloten met de winnaar. Tegen deze achtergrond wordt vervolgens beoordeeld of de exploitatieovereenkomst uit 2004 al dan niet een wezenlijke wijziging vormt ten opzichte van hetgeen in de offerteaanvraag was opgenomen. Daartoe wordt de exploitatieovereenkomst langs de lat van de Preetext-criteria gelegd.²⁴ Volgens de rechtbank is in de eerste plaats géén sprake van een uitbreiding van de opdracht (parkeertaken en parkeerlocaties) ten opzichte van de offerteaanvraag. De rechtbank hecht daarbij belang aan het feit dat de voorafgaande exploitatieovereenkomsten voorzagen in de mogelijkheid van tussentijdse wijziging als gevolg van gewijzigde omstandigheden. In de tweede plaats worden volgens de rechtbank in de exploitatieovereenkomst uit 2004 geen voorwaarden ingevoerd die, wanneer zij in de offerteaanvraag waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers c.q. tot de keuze voor een andere offerte. Ten slotte is er ook geen sprake van een wezenlijke wijziging van de verdeling van het exploitatierisico, dan wel brengt de aanpassing van de indexering niet mee, dat het economisch evenwicht in het voordeel van de opdrachtnemer wordt gewijzigd op een manier die door de voorwaarden van de offerteaanvraag niet was bedoeld. In de offerteaanvraag was namelijk opgenomen dat de parkeertarieven geleidelijk zouden worden verhoogd. De wijze waarop zou worden verhoogd, was voor geen van de inschrijvers vooraf bekend. Voor de overschakeling op een andere indexering had de gemeente volgens de rechtbank bovendien een plausibele verklaring en deze leverde ook geen voordeel

voor de opdrachtnemer op. De rechtbank concludeert dat de gemeente, nu er geen sprake was van een wezenlijke wijziging, in beginsel gerechtigd was om de exploitatieovereenkomst uit 2004 zonder voorafgaande aankondiging met de opdrachtnemer aan te gaan.

Ten slotte is een wezenlijke wijziging van de specificaties van de opdracht geboden als een aanbesteding van een opdracht is afgebroken en de aanbestedende dienst een nieuwe aanbesteding van dezelfde opdracht wil houden, aldus de voorzieningenrechter.²⁵ Op grond van dit uitgangspunt beoordeelt de rechter of het door de Staat doorgevoerde meer- en minderwerk als een wezenlijke wijziging kwalificeert. Omdat de wijzigingen gezamenlijk een waarde van 25 procent van de totale aanneemsom vertegenwoordigden en er ook nog sprake was van minderwerk is daarvan sprake, aldus de voorzieningenrechter. Een heraanbesteding was dan ook gerechtvaardigd.²⁶

5. Uitzonderingen op en aanbestedingen buiten Richtlijn/Bao

5.1. Opdrachten onder drempelwaarde

In een arrest van het GvEA is uitgemaakt dat ook ten aanzien van opdrachten die niet onder de Richtlijn vallen, de afwijkingen uit de Richtlijn (namelijk de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking) kunnen worden toegepast, mits wordt voldaan aan de voorwaarden die daarvoor gelden.²⁷ Wanneer de Richtlijn dus uitdrukkelijk in een afwijking voorziet, kunnen de beginselen van transparantie en gelijke behandeling voortvloeiend uit het VWEU (in geval van een duidelijk grensover-

24 HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06. Vgl. ook HvJ EU 29 april 2010, C-160/08.

25 Vzr. Rb. Den Haag 16 juni 2010, LJN: BN4842.

26 Vgl. ook Vzr. Rb. Amsterdam 8 december 2010, LJN: BO8420.

27 GvEA 20 mei 2010, T-258/06.

schrijdend belang) geen bekendmakingsvereiste meer opleggen, aangezien deze afwijking anders zinloos zou worden.²⁸

Doordat een aanbestedende dienst er (onverplicht) voor heeft gekozen om een (nationale) aanbestedingsprocedure te houden, dient hij zich te gedragen overeenkomstig de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid en de aanbestedingsrechtelijke beginselen van transparantie en gelijkheid. Dat betekent (onder meer) dat de beoordelingssystematiek zodanig moet zijn ingericht dat elke inschrijver een gelijke kans op gunning maakt. Een beroep op Europese aanbestedingsjurisprudentie is slechts dan mogelijk indien die jurisprudentie aanknopingspunten heeft met de nationale rechtsorde. Nationale rechtsbronnen zijn bijvoorbeeld rechtsverwerking en de beperkende en aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.²⁹

5.2. *Concessies voor diensten*

Dienstenconcessies vallen strikt genomen niet binnen de werkingssfeer van de Richtlijnen. Het is echter vaste jurisprudentie van het HvJ EU dat dienstenconcessies die een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben, met een passende mate van openbaarheid in de markt moeten worden gezet.³⁰

In de elders in deze kroniek ook aangehaalde uitspraak lijkt de Rechtbank Den Haag van oordeel te zijn dat de aan de orde zijnde parkeerconcessie uit 2000 een duidelijk grensoverschrijdend belang had.³¹ Echter, uit de op de gemeente rustende transparantieverplichting

vloeit volgens de rechtbank niet zonder meer voort dat zij dus een aanbestedingsprocedure had moeten uitschrijven. De rechtbank vindt dat het aan de gemeente is om te bepalen hoe zij invulling geeft om de openbaarheid voor potentiële inschrijvers te garanderen. Doordat de gemeente in 2000 drie ondernemingen had uitgenodigd om een offerte in te dienen, heeft zij de parkeerconcessie in zoverre opengesteld voor mededinging en voldaan aan haar transparantieverplichting.

5.3. *Quasi-inhouse*

De Rechtbank Leeuwarden heeft zich gebogen over de vraag of de opdrachtverlening door (onder meer) de gemeente Leeuwarden aan een aparte entiteit moet worden aangemerkt als een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht, dan wel dat sprake was van een uitzondering op die aanbestedingsplicht.³² De rechtbank oordeelt dat de quasi-inhouse uitzondering van toepassing is. Daarvoor is van belang dat de gemeente(n) toezicht uitoefent (uitoefenen) op die entiteit zoals op haar (hun) eigen diensten. Dat er een holdingconstructie tussen zit, acht de rechtbank niet relevant, omdat de essentiële besluiten van de entiteit aan goedkeuring van de aandeelhouders (de betrokken gemeenten) zijn onderworpen. Ook is voldaan aan het merendeelcriterium, omdat de entiteit (blijkens haar statuten) alleen afvalinzameling verricht voor de aandeelhouders (de betrokken gemeenten). Het is ten slotte volgens de statuten uitgesloten dat particuliere ondernemingen participeren in het kapitaal. Aldus is voldaan aan de zogenaamde Teckal-criteria.³³

28 Mutatis mutandis geldt dit ook voor dienstenconcessies en 2B-diensten.

29 V.zr. Rb. Arnhem 19 november 2010, LJN: BO5264.

30 HvJ EU 7 december 2000, C-324/98; HvJ EU 21 juli 2005, C-231/03; HvJ EU 13 oktober 2005, C-458/03;

HvJ EU 13 april 2010, C-91/08.

31 Rb. Den Haag 18 augustus 2010, LJN: BN4777.

32 Rb. Leeuwarden 27 januari 2010, LJN: BL0852.

33 HvJ EU 18 november 1999, C-107/98.

34 Rb. Leeuwarden 27 januari 2010, LJN: BL0852.

5.4. *Interbestuurlijke samenwerking*

In de hiervoor aangehaalde uitspraak in het kader van quasi-inhouse oordeelt de Rechtbank Leeuwarden voorts dat er als gevolg van een samenwerkingsverband tussen lokale overheden (de entiteit) ter uitvoering van een taak van algemeen belang (de inzameling van afval) zonder enige betrokkenheid van een private partij, geen sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht.³⁴ De rechtbank baseert haar oordeel op het arrest *Stadtreinigung Hamburg*.³⁵ Om die reden stond het de gemeente Leeuwarden (eveneens) vrij om niet tot aanbesteding van de opdracht tot afvalinzameling over te gaan. Dit alles geldt te meer, aldus de rechtbank, nu niet gebleken is dat er een constructie is opgezet om de regels inzake aanbesteding van overheidsopdrachten te ontwijken.

5.5. *Uitzonderingen volgens art. 15 Bao*

Het HvJ EU heeft zich in een elders in deze kroniek aangehaalde Duitse zaak ook uitgelaten over de vraag of verzekeringsovereenkomsten die deel uitmaken van arbeidsbetrekkingen vallen onder de uitzondering van art. 16 sub e van de Richtlijn (art. 15 sub e Bao) voor arbeidsovereenkomsten.³⁶ Het HvJ EU oordeelt, onder aanhaling van het op vaste jurisprudentie gebaseerde uitgangspunt dat de uitzonderingen op de Richtlijn strikt moeten worden uitgelegd, dat dit niet het geval is. De aan de orde zijnde diensten voor bedrijfspensioenvoorziening voor

werknemers in gemeentelijke overheidsdienst zijn immers niet op een arbeidsovereenkomst gebaseerd, maar op een overeenkomst tussen een werkgever en een assuradeur. Bovendien hebben deze niets te maken met het door de wetgever van de Unie in punt 28 van de considerans van de Richtlijn geformuleerde bijzondere aandachtspunt.³⁷

6. *Aanbestedingsprocedures*

6.1. *Algemeen*

In een procedure van gunning via onderhandelingen conform het Bass werd door een inschrijver betoogd dat de door de aanbestedende dienst gehanteerde selectiecriteria ertoe hadden geleid dat slechts één inschrijving zou restereren voor de onderhandelingsfase. Dit 'gebrek aan concurrentie' in de onderhandelingsfase zou in strijd zijn met art. 55 lid 3 Bass, dat voorschrijft dat de aanbestedende dienst bij het selecteren van de gegadigden voldoende rekening dient te houden met de noodzaak om voldoende concurrentie te waarborgen. Dit bezwaar strandt bij de rechter omdat deze bepaling uitsluitend betrekking heeft op de selectie van gegadigden door middel van selectiecriteria. In casu gaat het om de (opvolgende) gunningsfase en is art. 55 lid 3 Bass niet van toepassing. Het afvallen van partijen is in deze fase het terechte gevolg van het niet voldoen aan de bestekseisen. Daarbij overweegt de rechter voorts dat het aanbestedende diensten onder het Bass is toegestaan de

35 HvJ EU 9 juni 2009, C-480/06.

36 HvJ EU 15 juli 2010, C-271/08.

37 "(28) Beroep en werk zijn van fundamenteel belang voor het waarborgen van gelijke kansen voor iedereen en bevorderen de maatschappelijke integratie. In dit verband dragen sociale werkplaatsen en programma's voor beschutte arbeid op doeltreffende wijze bij tot de integratie of herintegratie van gehandicapten op de

arbeidsmarkt. Het is echter mogelijk dat het dergelijke werkplaatsen niet lukt om bij normale mededingingsvoorwaarden opdrachten te verwerven. Daarom is het wenselijk te bepalen dat de lidstaten de deelneming aan procedures voor de gunning van opdrachten kunnen voorbehouden aan dergelijke werkplaatsen of de uitvoering ervan voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid."

onderhandelingen in opeenvolgende fasen te laten verlopen door tussentijds inschrijvers te laten afvallen en dat het Bass zich er niet tegen verzet dat de aanbestedende dienst in de slot-fase van de gunning met één enkele inschrijver onderhandelt.³⁸

Wanneer een aanbestedende dienst een elektronische veiling in de zin van art. 57 Bao hanteert, dient de aanbestedende dienst tijdens alle fasen van de veiling onverwijld aan alle inschrijvers de mogelijkheid te bieden om op elk moment hun respectieve klassering te kennen. Een elektronische veiling waarbij partijen slechts kunnen bepalen dat zij op een gedeelte eerste plaats staan, voldoet niet aan art. 57 lid 14 Bao. Bedienen aanbestedende diensten zich van elektronische veilingen, dan dienen zij vooraf dus een systeem te bedenken op grond waarvan gelijke biedingen nimmer tot een gelijke klassering kunnen leiden. In dat kader lijkt het toegestaan dat het laagste, initiële openingsbod bepaalt welke gelijke aanbieder de beste klassering krijgt, zolang inschrijvers maar te allen tijde precies weten wat hun klassering is.³⁹

Concessies voor openbare werken dienen uiteraard gepubliceerd te worden wanneer de waarden van deze concessies de Europese drempels overschrijden. In de aankondiging dient de aanbestedende dienst de hoofdpdracht en de bijkomende opdrachten, de beschrijving en de plaats van uitvoering van de werken waarnaar de concessie verwijst, alsmede de globale hoeveelheid en omvang te vermelden. In een Spaanse zaak had de aanbestedende dienst verzuimd de bijkomende opdrachten te vermelden in de publicatie, waardoor ondernemingen de omvang van het werk niet goed konden inschatten. Het

HvJ EU verduidelijkt dat dit strijd oplevert met het aanbestedingsrecht en dat concessies niet na publicatie alsnog qua omvang kunnen worden aangepast.⁴⁰

6.2. Artikelen 30 en 31 Bao

Er zijn het afgelopen jaar meerdere uitspraken verschenen waarin de aanbestedende dienst is overgegaan tot een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Twee van die procedures werden geïnitieerd nadat er 'onregelmatige' of 'onaanvaardbare' inschrijvingen waren ontvangen. In die onderhandelingsprocedures werd gebruikgemaakt van de ruimte die art. 30 lid 2 Bao biedt om af te zien van een voorafgaande bekendmaking.⁴¹ Hoewel in die gevallen alle inschrijvers die voldoen aan de criteria van art. 45 tot en met 52 Bao opnieuw uitgenodigd dienen te worden voor deze onderhandelingsprocedure, betekent zulks niet dat de aanbestedende dienst zijn technische specificaties dient aan te passen opdat de niet-bestekconforme inschrijvers kunnen deelnemen aan de onderhandelingsprocedure.⁴²

Ook in een andere aanbestedingsprocedure beriep de aanbestedende dienst zich in eerste instantie op art. 30 lid 2 Bao, om vervolgens tot de conclusie te komen dat hij dit onterecht had gedaan en niet op basis van een dergelijke procedure tot gunning mocht overgaan. De voorzieningenrechter oordeelt in deze zaak dat het de aanbestedende dienst inderdaad niet vrijstaat over te gaan tot een onderhandelingsprocedure op grond van art. 30 lid 2 Bao aangezien ongelidig was ingeschreven. Wanneer een inschrijver ongelidig heeft ingeschreven, is een beoordeling van de geschiktheid en aanvaardbaarheid aan de

38 V.zr. Rb. Amsterdam 21 januari 2010, LJN: BL2370.

39 V.zr. Rb. Den Haag 19 maart 2010, LJN: BM0567.

40 HvJ EU 22 april 2010, C-423/07.

41 V.zr. Rb. Den Haag 10 maart 2010, LJN: BL7114; V.zr.

Rb. Arnhem 10 juni 2010, LJN: BM9566.

42 V.zr. Rb. Den Haag 10 maart 2010, LJN: BL7114.

hand van art. 45 tot en met 52 Bao niet meer aan de orde. Onder die omstandigheden zou de aanbestedende dienst dan ook niet de keuze hebben om een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking op grond van art. 30 lid 2 Bao met inschrijver in te gaan, maar enkel de keuze hebben tussen een onderhandelingsprocedure na voorafgaande bekendmaking óf een heraanbesteding.⁴³

Interessant ten slotte is nog een arrest waarin het GvEA oordeelt dat de beginselen uit het EG-verdrag (thans VWEU), in aanbestedingsprocedures die buiten de werkingssfeer van de Richtlijn vallen, geen voorafgaande bekendmaking in het kader van een onderhandelingsprocedure verlangen, in die gevallen dat in de Richtlijn uitdrukkelijk is voorzien in een uitzondering op de publicatieverplichting. Wanneer aan de voorwaarden voor die uitzondering is voldaan en een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is toegestaan, geldt dat evenmin een voorafgaande bekendmaking vereist is op grond van het Gemeenschapsrecht (thans Unierecht).⁴⁴

6.3. *Concurrentiegerichte dialoog* (art. 29 Bao)

In verband met een concurrentiegerichte dialoog had de Voorzieningenrechter te Den Haag te oordelen over de klacht dat Rijkswaterstaat na het houden van de dialoogrondes met twee maten zou hebben gemeten. Uiteindelijk faalt deze klacht omdat eiseres niet voldoende aannemelijk weet te maken dat Rijkswaterstaat daadwerkelijk met twee maten heeft gemeten.⁴⁵

7. *Richtlijn/Bao beperkt van toepassing: 2B-diensten*

In het arrest Commissie/Ierland overweegt het HvJ EU dat tolk- en vertaaldiensten 2B-diensten zijn waarop het verlichte regime van de Richtlijn van toepassing is.⁴⁶ In lijn met vaste jurisprudentie overweegt het HvJ EU verder dat een opdracht voor een 2B-dienst die een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, bijgevolg een verplichting tot transparantie en eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel inhoudt.⁴⁷ Die verplichting gaat echter niet zo ver dat een aanbestedende dienst dan ook conform art. 53 Richtlijn het relatieve gewicht van elk van de gunningscriteria in de aankondiging van de opdracht bekend hoeft te maken. Die bepaling uit de Richtlijn is immers niet van toepassing op 2B-diensten.

Het Hof Den Haag overweegt dat de bewijslast of een 2B-dienst een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, ligt bij de marktpartij die daarop een beroep doet.⁴⁸ De enkele verwijzing naar websites van Belgische fotografen maakt niet aannemelijk dat deze fotografen voor de onderhavige aanbestedende dienst concrete belangstelling zouden hebben getoond, aldus het hof. Waar blijkens de jurisprudentie bij 2B-diensten wordt uitgegaan van het vermoeden dat geen sprake is van buitenlandse belangstelling, ligt het dan ook niet op de weg van de Staat om aannemelijk te maken dat er geen duidelijke buitenlandse belangstelling bestaat.

De AB RvS heeft ook een uitleg gegeven aan de transparantieplicht die uit het VWEU voortvloeit. In een subsidiezaak is de AB RvS

43 Vzr. Rb. Den Haag 9 juli 2010, LJN: BN1217.

44 GvEA 20 mei 2010, T-258/06.

45 Vzr. Rb. Den Haag 6 mei 2010, LJN: BM3705.

46 HvJ EU 18 november 2010, C-226/09.

47 HvJ EU 13 november 2007, C-507/03.

48 Hof Den Haag 29 juni 2010, LJN: BN4167.

van oordeel dat, gelet op de aard van de economische activiteit waartoe de (2B-)opdracht wordt verstrekt (scholing) en de betrekkelijk korte afstand van de regio waarin GGD Hart voor Brabant opereert tot de grens met België, niet is uitgesloten dat ondernemingen uit België geïnteresseerd zouden zijn in het aanbieden van de scholing.⁴⁹ Daarmee staat vast, aldus de AB RvS, dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, zodat de opdracht met een passende mate van openbaarheid in de markt had moeten worden gezet.

In de zaak die voorafging aan het hiervoor aangehaalde arrest van het Hof Den Haag heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat fotografiediensten 2B-diensten zijn.⁵⁰ Dit volgt uit het feit dat de op fotografie van toepassing zijnde CPC- en CPV-codes geen van alle onder een van de specifieke categorieën diensten als genoemd in bijlage 2A of 2B vallen en dus valt de overheidsopdracht onder categorie 27 van bijlage 2B, 'overige diensten'. Dat de foto's moeten worden aangeleverd op een cd-rom maakt dit niet anders, temeer omdat het ontwikkelen en afdrukken van foto's geen onderdeel uitmaakt van de opdracht. Geheel in lijn met het hiervoor aangehaalde arrest Commissie/Ierland overweegt de voorzieningenrechter vervolgens dat op 2B-diensten slechts een verlicht Bao-regime van toepassing is. Dit betekent dat de in art. 45 van het Bao genoemde regeling ten aanzien van dwingende uitsluitingsgronden niet op 2B-diensten van toepassing is. De Staat was dan ook niet gehouden die uitsluitingsgronden te hanteren. Ditzelfde geldt voor het al dan niet hanteren van geschiktheidseisen, zoals genoemd

in art. 44 en volgende van het Bao, aldus de voorzieningenrechter.

8. Aanbesteding door private partijen

Het is denkbaar dat in het kader van een vrijwillige (en dus onverplichte) aanbesteding in strijd wordt gehandeld met de precontractuele goede trouw door na intrekking van die aanbestedingsprocedure inzake dezelfde opdracht een-op-een te contracteren met een van de inschrijvende partijen, aldus de voorzieningenrechter.⁵¹ In dit specifieke geval hadden alle inschrijvers een ongeldige inschrijving gedaan. Het doen van een ongeldige inschrijving brengt volgens deze voorzieningenrechter mee dat de desbetreffende inschrijver niet langer kan meedingen naar de gunning van de opdracht. De rechter oordeelt dat als gevolg daarvan ook geen gerechtvaardigd vertrouwen kan bestaan op het verkrijgen van die opdracht.⁵²

9. Uitsluitingsgronden

Naar aanleiding van een verzoek om een prejudiciële beslissing van het Hof van Cassatie in België heeft het HvJ EU een tweetal vragen beantwoord met betrekking tot uitsluitingsgronden.⁵³ In de eerste plaats werd het HvJ EU gevraagd of het aanbestedingsrechtelijk is toegestaan dat buitenlandse inschrijvers geregistreerd moeten zijn in de lidstaat van de aanbestedende dienst om mee te mogen doen aan een aanbestedingsprocedure. Ten tweede werd gevraagd of het aanbestedingsrecht eraan in de weg staat dat een andere instantie dan de aanbestedende dienst de door buitenlandse ondernemingen

49 AB RvS 30 juni 2010, LJN: BM9639.

50 Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2010, LJN: BL4880 en bekrachtigd door het Hof Den Haag 29 juni 2010, LJN: BN4167.

51 Vzr. Rb. Breda 12 mei 2010, LJN: BM4205, vgl. ook Vzr. Rb. Den Haag 30 maart 2010, LJN: BL9937.

52 Vgl. ook Vzr. Rb. Den Bosch 29 april 2010, KG ZA 10-119 n.n.g.

53 HvJ EU 15 juli 2010, C-74/09.

afgegeven getuigschriften controleert en aldus een beslissing kan nemen die leidt tot uitsluiting aan een aanbestedingsprocedure.

Ten aanzien van de eerste vraag antwoordt het HvJ EU dat het Unierecht er niet aan in de weg staat dat buitenlandse aannemers geregistreerd moeten zijn bij een instantie in de lidstaat van de aanbestedende dienst, als door die registratie gecontroleerd kan worden of bepaalde uitsluitingsgronden van toepassing zijn. Daarvoor geldt wel de voorwaarde dat een dergelijke registratieverplichting de deelneming van een (buitenlandse) aannemer aan een aanbestedingsprocedure niet mag belemmeren of vertragen. Bovendien mag een dergelijke registratieverplichting geen buitensporige administratieve lasten meebrengen en mag een dergelijke registratieverplichting er uitsluitend toe strekken na te gaan of betrokkene professioneel geschikt is in het licht van de uitsluitingsgronden.

Ten aanzien van de tweede vraag oordeelt het HvJ EU onder verwijzing naar eerdere rechtspraak dat het in beginsel is toegestaan dat een andere instantie dan de aanbestedende dienst bepaalde bescheiden controleert en op die manier een beslissing kan nemen die kan leiden tot uitsluiting van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Wel geldt in dat geval dat een dergelijke instantie onpartijdig en neutraal dient te zijn.

10. Geschiktheidseisen en selectiecriteria

10.1. Algemeen

Zoals bekend moeten de geschiktheidseisen en selectiecriteria betrekking hebben op de geschiktheid/kwaliteit van de aanbieder. De gunningscriteria daarentegen zien op de kwaliteit van de aanbidding. Aan dit onderscheid moet bij aanbestedingen op grond van het Bao in principe strikt de hand worden gehouden.⁵⁴ Wanneer in de aanmelding/inschrijving niet wordt aangetoond dat de inschrijver aan de geschiktheidseisen voldoet, dan leidt dat in beginsel tot terzijdelegging/ongeldigverklaring van de aanmelding/inschrijving.⁵⁵ In een dergelijke situatie is meestal géén sprake van een eenvoudig te herstellen gebrek, omdat het om inhoudelijke eisen gaat.⁵⁶ De aanbestedende dienst moet de geschiktheid van de inschrijvers bovendien beoordelen op basis van de gegevens die in het aanbestedingsdocument worden genoemd. Dit betekent dat wanneer een inschrijver in een door de aanbestedende dienst voorgeschreven eigen verklaring aangeeft dat hij aan de eisen inzake financieel-economische draagkracht voldoet, terwijl uit het handelsregister het tegendeel lijkt te moeten worden afgeleid, hij dus niet zomaar als ongeschikt kan worden aangemerkt. Dit geldt eens te meer als de inschrijver een accountantsverklaring bij zijn inschrijving heeft gevoegd, waaruit kan worden afgeleid dat hij wél aan die eisen voldoet. In een dergelijke situatie, waarin sprake is van een discrepantie tussen de inschrijving en het handelsregister, rust er derhalve een (nadere) onderzoeksplicht op de aanbestedende dienst. Er kan niet automatisch doorslaggevende betekenis toekomen aan de informatie die in het handelsregister is opgenomen, als het aanbestedingsdocument dat niet

54 GvEA 8 juli 2010, T-331/06.

55 Vzr. Rb. Arnhem 29 januari 2010, n.n.g.; Vzr. Rb.

Den Haag 1 juni 2010, LJN: BM6572.

56 Vzr. Rb. Den Haag 4 oktober 2010, LJN: BN9814.

met zoveel woorden bepaalt.⁵⁷ Niettemin is het uiteindelijk aan de rechter om te beslissen of de inschrijver het bewijs heeft geleverd dat hij aan de geschiktheidseisen voldoet.⁵⁸ Tot zover de algemene opmerkingen over dit onderwerp.

10.2. *Toelaatbaarheid geschiktheidseisen/ selectiecriteria en beoordelingsmethodiek*

Hoewel het aan de aanbestedende dienst is om geschiktheidseisen (en selectiecriteria) te formuleren, moeten deze uiteraard wél voldoen aan de beginselen van het aanbestedingsrecht. Of deze eisen streng of soepel zijn, is uit oogpunt van een eerlijke aanbestedingsprocedure irrelevant, mits zij niet toeschrijven naar één bepaalde inschrijver.⁵⁹

De geschiktheidseisen en selectiecriteria moeten uiteraard ook proportioneel en relevant zijn. Het is daarom bijvoorbeeld niet toegestaan om van de inschrijvers te eisen dat zij in het bezit zijn van een zogenaamd BRL SIKB 7500-certificaat, wanneer de opdracht die wordt aanbesteed betrekking heeft op (o.m.) het ontgraven en vervoeren van verontreinigde grond. Dat certificaat ziet namelijk op de fase daarna: de bewerking van ontgraven grond en baggerspecie.⁶⁰ Het is evenmin toegestaan om in de aankondiging te vragen naar erkenningen en certificaten die in werkelijkheid helemaal niet bestaan.⁶¹ In dit soort situaties zit er niets anders op dan dat de aanbestedingsprocedure wordt ingetrokken.

10.3. *Transparantie geschiktheidseisen/selectiecriteria en beoordelingsmethodiek*

Als het gaat om de transparantie van geschiktheidseisen en selectiecriteria, moeten deze langs de lat van de ‘Succhi di Frutta-norm’ worden gelegd: het transparantiebeginsel impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de aanbestedingsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren. Deze norm is (dus) een andere dan die uit het Haviltex-arrest van de HR voortvloeit: bij een aanbesteding mogen de bijzondere verwachtingen over en weer tussen de aanbestedende overheid en een bepaalde inschrijver juist géén rol spelen, omdat dit in strijd zou komen met het beginsel van gelijke behandeling.⁶² Om die reden wordt het betoog van een zittende dienstverlener verworpen, inhoudende dat de eis dat de inschrijvers substantiële ervaring moeten hebben met de uitvoering van een ‘geld-terugregeling’, zou impliceren dat het daarbij om een ‘geld-terugregeling’ voor sociale minima gaat. Interessant is overigens dat deze inschrijver als huidige dienstverlener volgens de voorzieningenrechter te gelden heeft als een “méér dan behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver.”⁶³

Hieronder volgen enkele voorbeelden van de manier waarop rechters de Succhi di Frutta-norm concreet toepassen.

57 Hof Arnhem 26 januari 2010, n.n.g.

58 V.zr. Rb. Assen 23 december 2010, LJN: BP0116.

59 V.zr. Rb. Dordrecht 16 december 2010, LJN: BP0722.

60 V.zr. Rb. Haarlem 25 juni 2010, LJN: BN0870.

61 V.zr. Rb. Den Haag 11 november 2010, LJN: BO3693.

62 Hof Den Haag 29 juni 2010 LJN: BN4167.

63 V.zr. Rb. Arnhem 29 januari 2010, n.n.g.

Wanneer de aanbestedende dienst qua aard en omvang vergelijkbare referenties eist, dan dient deze ervaringseis te worden uitgelegd in het licht van hetgeen de aanbestedingsdocumenten, in onderlinge samenhang beschouwd, bepalen over de aard en omvang van de opdracht die wordt aanbesteed.⁶⁴

Als een aanbestedende dienst ervoor kiest om het indienen van een eigen verklaring door de inschrijvers toe te staan, dan ligt het voor de hand dat zij de formele bewijsstukken (i.c. een insolventieverklaring) niet direct bij hun inschrijving behoeven te voegen.⁶⁵

Wanneer een eis inzake technische bekwaamheid naar drie opdrachten vraagt die de inschrijver in een bepaalde periode tot tevredenheid van de opdrachtgever heeft uitgevoerd, dan kan deze eis (achteraf) niet zo door de aanbestedende dienst worden uitgelegd, dat het daarbij zou moeten gaan om drie opdrachten die voor *verschillende* opdrachtgevers zijn gerealiseerd. Het is dan ook niet toegestaan om die eis zo uit te leggen dat enkel opdrachten voldoen die zijn uitgevoerd voor opdrachtgevers die ten opzichte van elkaar een separate juridische entiteit met rechtspersoonlijkheid vormen.⁶⁶

Als een ervaringseis naar een bouwproject vraagt waarbij een bouwfysisch ontwerp is opgesteld voor een grote collegezaal voor minimaal 250 *personen*, dan voldoet een referentieproject niet, waarin maar 226 *vaste zitplaatsen* zijn opgenomen. Van een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver mag namelijk worden verwacht dat hij die eis zo begrijpt en interpreteert, dat het ontwerp van de zaal moet

voorzien in 250 *zitplaatsen* vanwaar college kan worden gevolgd, nu het niet gangbaar is om staand les of college te volgen.⁶⁷

Wanneer de aanbestedende dienst heeft aangekondigd dat hij er bij de beoordeling (o.m.) op zal letten dat de referentie in omvang en complexiteit overeenkomt met de *dienstverlening* die ook wordt aanbesteed, dan behoeft een inschrijver niet te verwachten dat er in dat kader wordt gekeken naar de omvang en complexiteit van de bijbehorende *levering van software* die in de betreffende referentie aan de orde was.⁶⁸

Als ervaring wordt geëist met gladheidbestrijding, dan kan een referentie die betrekking heeft op gladheidbestrijding op een defensieterrein niet als ongeldig terzijde worden geschoven, wanneer het criterium van gladheidbestrijding *op openbare wegen* niet met zoveel woorden wordt genoemd in die ervaringseis. Het enkele feit dat een inschrijver die eis wél zo interpreteert, betekent niet dat die eis daarmee ondoorzichtig is.⁶⁹

Wanneer een eis ervaring verlangt met ten minste één vergelijkbare opdracht die *in de laatste drie jaren* is uitgevoerd, ter zake waarvan de inschrijvers een tevredenheidsverklaring van de opdrachtgever bij hun inschrijving moeten voegen, dan vormt dat laatste voor de behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver een aanwijzing dat de periode van drie jaar zich mag uitstrekken *tot aan de uiterste datum van inschrijving*. Met andere woorden: de referentieperiode werd in dit geval niet slechts gevormd door de kalenderjaren 2007, 2008 en 2009.⁷⁰

64 Vzr. Rb. Den Haag 10 juni 2010, LJN: BM8014.

65 Vzr. Rb. Alkmaar 17 juni 2010, LJN: BN3043.

66 Vzr. Rb. Rotterdam 8 juli 2010, LJN: BN4471

67 Vzr. Rb. Arnhem 8 juli 2010, LJN: BN2474.

68 Vzr. Rb. Den Haag 19 juli 2010, LJN: BN2037.

69 Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 16 september 2010, LJN: BP1849.

70 Vzr. Rb. Breda 3 november 2010, LJN: BO2764.

Als de aanbestedende dienst in het bestek slechts de eis heeft gesteld dat een deel van het personeel van de inschrijver VCA-gecertificeerd is, en hij vervolgens in de nota van inlichtingen de aanvullende eis heeft bedoeld te stellen dat de inschrijver zelf ook VCA-gecertificeerd is, dan kan hij een niet/VCA-gecertificeerde inschrijver niet op die grond passeren, wanneer die aanvullende eis niet op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze is geformuleerd.⁷¹

Tot slot: wanneer in het bestek staat aangegeven “Niet voldaan aan bovenstaande = Knock-out”, dan blijkt daaruit genoegzaam dat wanneer een tevredenheidsverklaring niet wordt overgelegd, dit direct tot uitsluiting leidt. Dat de aanbesteder de referentieopdracht ook had kunnen verifiëren aan de hand van de bij de inschrijving vermelde naam en het telefoonnummer van de referent, doet daaraan niet af.⁷²

10.4. *(On)gewijzigde toepassing geschiktheidseisen/selectiecriteria en beoordelingsmethodiek*

De kernbeginselen van aanbestedingsrecht brengen ook mee dat de geschiktheidseisen (en selectiecriteria) na de uiterste inschrijftermijn niet mogen worden geëcarteerd. Immers, andere ondernemingen kunnen, juist in verband met die eisen, van inschrijving hebben afgezien. In een dergelijke situatie rest slechts (een gebod tot) intrekking van de aanbestedingsprocedure.⁷³

10.5. *Beroep op derden/onderaannemers*

Zoals bekend kunnen inschrijvers die zelf niet aan de geschiktheidseisen voldoen, zich onder

omstandigheden toch kwalificeren door een beroep te doen op de kennis, ervaring en/of middelen van derden.⁷⁴ In een aantal interessante zaken kwam dit onderwerp weer aan de orde.

Wanneer een inschrijver (X) zich beroept op referenties van een derde (Y), welke werkzaamheden Y niet zelf heeft uitgevoerd, maar die hij op zijn beurt door een onderaannemer (Z) heeft laten uitvoeren, dan kan de ervaring van Z niet zonder meer worden toegerekend aan Y (en daarom ook niet aan X). Aldus is het volgens de voorzieningenrechter wél mogelijk dat een ‘makelaar in werken’ inschrijft op een aanbesteding terwijl hij voornemens is alle werkzaamheden door derden te laten uitvoeren, maar niet dat een ‘makelaar in werken’ die op een eerdere opdracht heeft ingeschreven en daarbij voor de uitvoering van de werkzaamheden (een) derde(n) heeft ingezet, vervolgens bij een latere opdracht geacht wordt (voldoende) ervaring en geschiktheid te hebben om de desbetreffende werkzaamheden zelf uit te voeren (zonder medewerking van die derden). Die (te ruime) uitleg van toerekening en ervaring is volgens de rechter in de gegeven omstandigheden niet in overeenstemming met de jurisprudentie over de inschakeling van derden.⁷⁵

Een beroep op een derde werd wél toegestaan in een zaak waarin als eis was gesteld dat de inschrijver niet meer dan 25 procent van zijn omzet mag hebben gerealiseerd bij één en dezelfde klant. Daarvoor was overigens van belang dat het bestek een beroep op derden ter zake van deze 25-procentseis mogelijk maakte.⁷⁶

Ook is het toegestaan om een beroep te doen op de kennis en ervaring van een onderne-

71 V.zr. Rb. Den Haag 12 november 2010, LJN: BO5145.

72 V.zr. Rb. Den Haag 12 november 2010, LJN: BO5151.

73 V.zr. Rb. Haarlem 25 juni 2010, LJN: BN0870.

74 Zie art. 48 leden 2 en 3 en 49 leden 3 en 4 Bao.

75 V.zr. Rb. Groningen 28 september 2010, LJN: BO5029.

76 V.zr. Rb. Arnhem 10 juni 2010, LJN: BM9566.

ming die de inschrijver heeft overgenomen. De Rechtbank Breda verbindt daar, onder verwijzing naar rechtspraak van de Raad van Arbitrage overigens wél de voorwaarde aan dat alle activiteiten, inclusief personeel en materieel, bij de acquisitie zijn overgenomen. Ditzelfde dient volgens de rechtbank te gelden in geval van een splitsing.⁷⁷

Een beroep op een derde is tot slot mogelijk als het gaat om certificeringseisen. Het betoog van een inschrijver dat dit niet mogelijk is, omdat certificaten 'bedrijfsgebonden' zijn, werd verworpen. Voorwaarde is wél dat de inschrijver aantoont dat hij bij de uitvoering van de opdracht daadwerkelijk gebruik kan maken van de bekwaamheden van de derde op wiens certificaat hij zich beroept.⁷⁸

Wanneer een concurrent zich erop beroept dat de voorlopig gegunde inschrijver de hulp van een derde niet kan/mag inroepen, dan is het aan hem om dit te bewijzen. Een verklaring van die derde uit een andere aanbestedingsprocedure is daartoe niet voldoende, omdat niet zonder meer valt in te zien waarom bescheiden uit een andere aanbesteding iets vermogen te zeggen over de deugdelijkheid van de nu aan de orde zijnde inschrijving.⁷⁹

In één zaak werd zelfs een voorlopig getuigenverhoor begonnen met als doel duidelijk te krijgen of de derde op wiens ervaring de voorlopig gegunde partij zich beriep, de desbetreffende referentieprojecten al dan niet succesvol had opgeleverd. Dat verhoor leverde een ontkenkend antwoord op, reden waarom de voorzie-

ningenrechter de aanbesteder verbiedt om de opdracht aan die partij te gunnen.⁸⁰

11. Gunningscriteria/eisen en beoordelingsmethodiek

11.1. Algemeen

Net als bij de geschiktheidseisen en selectiecriteria, komt de aanbestedende dienst vrijheid toe bij het bepalen van de te hanteren (sub)-gunningscriteria. Wanneer de emvi als gunningscriterium wordt gekozen, dan kunnen verschillende criteria een rol spelen, waarbij de term 'economisch' niet te eng moet worden uitgelegd. Randvoorwaarde is echter dat objectieve criteria worden gehanteerd, die bovendien expliciet en uitputtend in de aankondiging of het bestek moeten worden vermeld.⁸¹

Volgens het CBb is sprake van een transparante gunnings- en beoordelingssystematiek, wanneer de aanbestedende dienst in het bestek heeft aangegeven i) dat de emvi als gunningscriterium wordt gehanteerd, ii) welke gunnings- en subgunningscriteria worden toegepast, iii) aan welke vereisten de inschrijvers per onderdeel moeten voldoen, iv) welk belang aan die (sub)-criteria wordt gehecht, alsmede v) welke weegfactor aan elk gunningscriterium is verbonden, aan de hand waarvan de onderlinge zwaarte van de verschillende onderdelen kan worden bepaald.⁸²

Ook wanneer het gaat om de aanbesteding van een onderdrempelige opdracht, moet die procedure een beoordelingssystematiek bevatten die

77 V.zr. Rb. Breda 3 november 2010, LJN: BO2764.

78 Hof Amsterdam 17 augustus 2010, LJN: BN5585.

Het hof bekrachtigt hiermee een eerder vonnis van de V.zr. van de Rechtbank Utrecht d.d. 31 maart 2010 (282778 / KG ZA 10-152), welk vonnis (nog) niet is

gepubliceerd.

79 V.zr. Rb. Dordrecht 29 juli 2010, LJN: BN2844.

80 V.zr. Rb. Assen 23 december 2010, LJN: BP0116.

81 V.zr. Rb. Den Bosch 29 november 2010, LJN: BO5244.

82 CBb 12 januari 2010, LJN: BM0099.

ervoor zorgt dat iedere inschrijver een gelijke kans op gunning maakt.⁸³

Art. 54 Bao verplicht de aanbestedende dienst om het relatieve gewicht van de gunningscriteria ter bepaling van de emvi te specificeren, bijvoorbeeld door middel van een marge. Wanneer volgens hem om aantoonbare redenen geen weging mogelijk is, dan dient hij de criteria in afnemende volgorde van belangrijkheid in de aanbestedingsstukken te vermelden. Het enkele feit dat de aanbestedende dienst niet heeft aangegeven waarom een weging van de verschillende gunningscriteria niet mogelijk is, kan er niet toe leiden dat de aanbestedingsprocedure alleen al om die reden gebrekkig moet worden geacht. Wanneer de (sub)gunningscriteria in afnemende volgorde van belangrijkheid worden vermeld, dan moet aan deze criteria een belang worden gehecht dat lineair, in glijdende schaal min of meer evenredig afneemt, waarmee volgens de rechter ook het relatieve gewicht van de criteria is gegeven.⁸⁴

Van het Hof Leeuwarden mag de aanbestedende dienst de wegingscoëfficiënten voor de subcriteria na sluiting van de inschrijftermijn vaststellen in een (vertrouwelijk) beoordelingsprotocol. Echter, die werkwijze moet dan wel aan de volgende drie zeer nauwkeurige voorwaarden voldoen: i) zij mag geen wijziging brengen in de in het bestek of de aankondiging vastgelegde criteria, ii) zij mag geen elementen invoeren die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, en iii) zij mag niet worden gekozen met inaanmerkingneming van elementen die discriminerend kunnen werken jegens een van de inschrijvers. Omdat

in dit geval niet was voldaan aan de tweede voorwaarde, oordeelt het hof dat de aanbestedende dienst de wegingscoëfficiënten voor de subcriteria in dit geval op ontoelaatbare wijze heeft vastgesteld.⁸⁵

In een andere zaak wordt juist geoordeeld dat géén sprake is van een onzorgvuldige beoordelingsprocedure, ook al was het beoordelingsprotocol niet aan de inschrijvers kenbaar gemaakt. Deze rechter lijkt daarbij een wel erg marginale toets aan te leggen. Overwogen wordt namelijk dat op grond van het protocol voldoende aannemelijk is geworden dat het toekennen van scores aan een protocol was gebonden en dat een extern adviseur aanwezig was die toezicht heeft gehouden op de aanbestedingsprocedure, terwijl de inschrijvers wisten wat de belangrijke aspecten waren, doordat in het beschrijvend document per kwaliteitscriterium de wensen/elementen/onderdelen waren vermeld.⁸⁶

11.2. Toelaatbaarheid gunningscriteria en eisen en beoordelingsmethodiek

De gunningscriteria, eisen en beoordelingsmethodiek mogen uiteraard niet toeschrijven naar één bepaalde aanbieder. In het kader van de aanbesteding van een opdracht voor de levering van pneumokokkenvaccins betoogde een potentiële inschrijver dat de door de aanbestedende dienst gehanteerde beoordelingsmethodiek in strijd was met het gelijkheidsbeginsel, omdat op voorhand al zou vaststaan dat haar concurrent als enige reële kanshebber zou overblijven. Dat betoog wordt echter verworpen.⁸⁷ In een andere zaak wordt in het licht van art. 23 lid 11 Bao gerechtvaardigd geacht de eis dat het ICT-personeel expertise moet hebben met SAP-software,

83 V.zr. Rb. Arnhem 19 november 2010, LJN: BO5264.

84 V.zr. Rb. Rotterdam 16 februari 2010, LJN: BL4031.

85 Hof Leeuwarden 6 april 2010, LJN: BM0044.

86 V.zr. Rb. Den Bosch 29 november 2010, LJN: BO5244.

87 V.zr. Rb. Den Haag 19 augustus 2010, LJN: BN8699.

ook al ontbreken de woorden ‘of gelijkwaardig’. Daartoe was van belang dat het perceel in kwestie zich niet richtte op producenten van ICT-software, maar op ondernemingen die in staat zijn om een ICT-systeem te verbouwen dat is gebaseerd op SAP-software.⁸⁸

Het Hof Den Haag stelt voorop dat de aanbestedende dienst verplicht is om een objectieve en transparante beoordelingsmethode te hanteren. Wanneer i) wordt gekozen voor het criterium van de laagste prijs, ii) in de aanbestedingsstukken is bepaald welke puntenaantallen voor de aangegeven onderdelen kunnen worden gescoord en iii) volgens welke formule die puntenaantallen worden berekend, terwijl iv) in die formule uitsluitend gebruik wordt gemaakt van een prijsvergelijking waarbij de aanbesteder geen beoordelingsruimte heeft, dan voldoet deze beoordelingsmethode aan de eisen van objectiviteit en transparantie. De stelling dat deze methode niet mag leiden tot de keuze voor een inschrijver die feitelijk en objectief gezien niet de laagste prijs heeft aangeboden, vindt volgens het hof géén steun in het recht: wanneer de aanbestedende dienst een bijzonder gewicht wil toekennen aan de prijsstelling voor bepaalde onderdelen van de opdracht die wordt aanbesteed, die niet (volledig) overeenstemt met de omvang van die onderdelen (in het verleden en in de toekomst), dan heeft hij daartoe binnen redelijke grenzen de vrijheid.⁸⁹

Wanneer het gunningscriterium van de laagste prijs wordt gehanteerd, dan staat dat er niet aan in de weg dat de aanbesteder, nadat hij heeft vastgesteld welke inschrijver de laagste prijs heeft aangeboden, door middel van een toetsing van de verrekenprijzen mag beoordelen hoe die

laagste prijs is samengesteld c.q. of sprake is van kennelijk onredelijke verrekenprijzen. Deze zijn per slot van rekening medebepalend voor de uiteindelijke prijs en dus voor het antwoord op de vraag of, na gunning, inderdaad sprake is van de laagste prijs.⁹⁰

Het hanteren van een gunnings- en beoordelingssystematiek in een aanbestedingsprocedure waarvan een veiling onderdeel uitmaakt, welke systematiek niet per se tot gunning aan de inschrijver leidt die daadwerkelijk de emvi heeft gedaan, wordt in de gegeven omstandigheden daarentegen onrechtmatig geoordeeld.⁹¹

Wanneer in het kader van de gunningscriteria wordt gevraagd of hun ICT-specialisten daadwerkelijk beschikbaar zijn, er vervolgens enkele inschrijvers zijn met irreëel hoge aantallen ICT-specialisten, en de aanbestedende dienst tot slot niet kan verifiëren of die aantallen juist zijn, dan moet de aanbestedingsprocedure in strijd worden geacht met het transparantiebeginsel.⁹²

In verband met de aanbesteding van een onderdrempelige opdracht wordt geoordeeld dat een door de inschrijvers te houden presentatie niet geschikt is als zelfstandig gunningscriterium. Voor de inschrijvers is dan namelijk niet duidelijk waarop en hoe zij precies zullen worden beoordeeld, en het maakt het volgens de rechter vrijwel onmogelijk om achteraf vast te stellen of beoordeling zonder willekeur of favoritisme heeft plaatsgevonden. Een presentatie mag onder omstandigheden wél worden gebruikt om de aanbieding nader toegelicht te krijgen en daarmee de objectieve en correcte beoordeling van de aanbiedingen te faciliteren.⁹³

88 V.zr. Rb. Den Haag 17 december 2010, LJN: BO9287.

89 Hof Den Haag 19 januari 2010, LJN: BK9808.

90 V.zr. Rb. Haarlem 22 april 2010, LJN: BN0868.

91 V.zr. Rb. Den Haag 18 maart 2010, LJN: BL8069.

92 V.zr. Rb. Den Haag 10 september 2010, LJN: BN6416.

93 V.zr. Rb. Arnhem 19 november 2010, LJN: BO5264.

Het pas na de preselectie bekendmaken van een staffel in verband met een elektronische veiling wordt niet ontoelaatbaar geacht. In deze zaak wordt ook geoordeeld dat de door de aanbestedende dienst gehanteerde berekeningsmethode met betrekking tot de malusbedragen (waarin de kwaliteitsscores werden omgezet), de verschillen in de staffelbedragen en het aan eiseres berekende malusbedrag, rekening houdend met de gehanteerde prijs-kwaliteitverhouding van 40/60, niet buitenproportioneel, onredelijk of willekeurig voorkomt.⁹⁴

Zoals al eerder opgemerkt moet er in beginsel een strikt onderscheid worden gemaakt tussen geschiktheidseisen en selectiecriteria enerzijds, en gunningscriteria anderzijds.⁹⁵ Volgens de voorzieningenrechter is het ook in een onderhandse aanbestedingsprocedure in zijn algemeenheid niet toegestaan om geschiktheidseisen en selectiecriteria als gunningscriteria te gebruiken. Dat strikte onderscheid gaat echter te ver wanneer het gaat om een aanbestedingsprocedure waarop het verlichte regime van toepassing is (het ging om de aanbesteding van een 2B-dienst) en waarin duidelijk is aangegeven op welke wijze de selectie- en gunningscriteria worden toegepast. Omdat er bij de geïnteresseerde partijen geen enkel misverstand over kon bestaan dat de door hen te behalen punten op het gebied van gunning en deels van selectie bij elkaar zouden worden opgeteld, wordt deze systematiek in de gegeven omstandigheden niet onrechtmatig geacht.⁹⁶

Bij de aanbesteding van opdrachten voor intellectuele dienstverlening wordt eveneens minder strikt de hand gehouden aan het principiële onderscheid tussen selectiecriteria en

gunningscriteria. Volgens de Rechtbank Arnhem kan in een dergelijke situatie niet worden ontkomen aan een wat hoger abstractieniveau van de beoordelingscriteria. In casu werden de inschrijvingen (onder meer) getoetst op de mate van vertrouwen dat de doelstellingen van de aanbestedende dienst daadwerkelijk zullen worden gehaald. Het gevaar van subjectiviteit dat daardoor dreigt, kan volgens de rechter worden tegengegaan door de inschrijvingen geanonimiseerd en in delen aan deskundigenpanels voor te leggen, waaraan ook externe deskundigen deel hebben.⁹⁷

Het hanteren van het gunningscriterium 'Proces- en uitvoeringskwaliteit', dat betrekking heeft op de manier waarop de inschrijver "maximale kwaliteit ten aanzien van proces- en uitvoeringskwaliteit realiseert op dit project", wordt eveneens toelaatbaar geacht in het kader van de aanbesteding van een opdracht voor het ontwerpen en realiseren van een zwembad. Daarbij werd een beschrijving van de inschrijvers verlangd waarin wordt ingegaan op de expertise van de in te schakelen personen op sleutelposities, bijvoorbeeld onder verwijzing naar cv's, maar waarbij ook andere aspecten een rol speelden. Geoordeeld wordt dat het hier niet om de geschiktheid van de inschrijver gaat, maar om de manier waarop de inschrijver de proces- en uitvoeringskwaliteit borgt, hetgeen in direct verband staat met de beoordeling van de emvi.⁹⁸

In verband met de aanbesteding van fotografiediensten (een 2B-dienst) wordt tot slot overwogen dat de aanbestedende dienst een grote vrijheid heeft bij de keuze van de gunningscriteria, mits deze betrekking hebben op

94 V.zr. Rb. Rotterdam 29 november 2010, LJN: BO6099.

95 GvEA 8 juli 2010, T-331/06.

96 V.zr. Rb. Den Haag 11 februari 2010, LJN: BL4880.

97 V.zr. Rb. Arnhem 15 april 2010, LJN: BM 2142. Vgl.

ook V.zr. Rb. Rotterdam 16 februari 2010, LJN: BL4031.

98 V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 22 april 2010, LJN: BM1998.

het voorwerp van de opdracht. Omdat het hier om een opdracht gaat waarbij het aankomt op de kwaliteiten en ervaringen van professionals, houden de aard en omvang van de persoonlijke ervaringen van de inschrijvers rechtstreeks verband met het voorwerp van de opdracht en mogen deze aspecten dus mede als gunningscriteria worden gehanteerd.⁹⁹

De beginselen van aanbestedingsrecht staan er tot slot op zich ook niet aan in de weg dat de aanbestedende dienst van de inschrijvers verlangt dat zij in hun inschrijving een eigen inschatting maken van een bepaald dienstverleningsaspect, waarbij moet worden uitgegaan van aannames, hetgeen een bepaalde onzekerheid meebrengt. Het CB vermag niet in te zien op welke grond dergelijke verschillen in de weg zouden staan aan een objectieve beoordeling van de offertes, mits in het bestek zodanige voorwaarden zijn neergelegd dat de onderlinge vergelijkbaarheid voldoende is gewaarborgd.¹⁰⁰

11.3. *Transparantie gunningscriteria en eisen en beoordelingsmethodiek*

Als het gaat om de transparantie van gunningscriteria en inhoudelijke eisen, dan moeten deze, net als geschiktheidseisen en selectiecriteria, langs de lat van de Succhi di Frutta-norm worden gelegd, die, zoals opgemerkt, een andere norm is dan die uit het Haviltex-arrest. In aanbestedingsprocedures ligt toepassing van de cao-norm namelijk eerder voor de hand.¹⁰¹ Dit betekent dat eisen (en criteria) die in aanbestedingsdocumenten zijn opgenomen moeten worden gelezen en uitgelegd in het licht van de gehele tekst van de aankondiging, het

programma van eisen en de bijlagen. Uitgegaan moet worden van de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van de aanbestedingsdocumenten.¹⁰²

Hoewel de beoordeling van drie kwaliteitscriteria een subjectief karakter had, wordt geoordeeld dat de beoordelingsmethodiek toch transparant is, omdat deze duidelijk kenbaar was gemaakt in het beschrijvend document, terwijl eventuele bezwaren tegen die beoordelingswijze voor alle inschrijvers gelijkkelijk golden. Het getuigt volgens de rechter ook niet van willekeur of het overgeleverd zijn aan de grillen van een individuele beoordelaar, wanneer de aanbestedende dienst als volgt te werk is gegaan: de individuele scores van de beoordelaars zijn binnen de beoordelingscommissie besproken, waarna de beoordelaars de toegekende scores desgewenst konden aanpassen; vervolgens zijn de scores per kwaliteitscriterium gemiddeld; na toepassing van een wegingsfactor zijn deze scores tezamen met de scores voor de prijscriteria bij elkaar opgeteld; de offerte met de hoogste eindscore is tot slot als emvi aangemerkt.¹⁰³

De aanwezigheid van een foutieve koppeling in een Excel-bestand dat afkomstig is van de aanbesteder, leidt in een andere zaak tot de conclusie dat de inschrijvers op het verkeerde been kunnen zijn gezet, hetgeen strijd oplevert met de beginselen van transparantie, fair play en gelijkheid. Deze situatie zou daarom idealiter tot heraanbesteding moeten leiden. Echter, omdat de prijzen van een van de inschrijvers bekend waren geworden, was dat een gepasseerd station. Het laten herstellen van de omissie in de prijsaanbieding die het gevolg was van die foutieve

99 Hof Den Haag 29 juni 2010, LJN: BN4167.

100 CbB 12 januari 2010, LJN: BM0099.

101 V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 4 februari 2010, LJN:

BM3442; V.zr. Rb. Leeuwarden 30 juni 2010, LJN:

BM9936.

102 V.zr. Rb. Haarlem 29 oktober 2010, LJN: BO4549.

103 V.zr. Rb. Den Bosch 29 november 2010, LJN: BO5244.

koppeling, wordt daarom in dit geval de meest begaanbare en aangewezen weg geacht.¹⁰⁴

De omstandigheid dat bij een laagste inschrijving van € 0,00 op een bepaald subcriterium de overige inschrijvers voor dit subcriterium allemaal nul punten krijgen, betekent niet dat de inschrijvingen niet meer aan elkaar worden gerelateerd, maar dat de relatie getalsmatig slechts tot twee puntenaantallen kan leiden. Omdat er maar twee inschrijvingen in de beoordeling waren betrokken en er slechts vijf punten op dit criterium konden worden verdiend, wordt deze uitkomst niet onaanvaardbaar geacht.¹⁰⁵

Wanneer het aanbestedingsdocument aangeeft dat het minimaal aantal 'kliks' twaalf stuks bedraagt, te verdelen over maand-, kwartaal- en jaarnoteringen, dan kan dit volgens de rechter moeilijk anders worden begrepen, dan dat er in totaal twaalf 'kliks' worden geëist die vervolgens worden verdeeld over maand-, kwartaal- en jaarnoteringen. Het betoog dat er ondubbelzinnig twaalf jaarkliks zouden zijn geëist, slaagt daarom niet.¹⁰⁶

Wanneer bij het subgunningscriterium 'planning' moet worden uitgegaan van het begrip 'dag' zoals omschreven in art. 4 van de modelbasisovereenkomst UAV-gc 2005 (te weten: kalenderdag, tenzij deze valt op een algemeen of ter plaatse van het werk erkende, of door de overheid dan wel bij of krachtens collectieve arbeidsovereenkomst voorgeschreven rust- of feestdag, vakantiedag of andere niet individuele dag), dan volgt daaruit dat zaterdagen en zondagen niet als 'dag' worden meegeteld in het

kader van voornoemd criterium. Daartoe wordt overwogen dat uit art. 8 lid 1 van de door de aanbesteder overgelegde Cao voor de Bouwnijverheid volgt, dat zaterdagen en zondagen niet als werkdag kunnen worden aangemerkt.¹⁰⁷

Daar waar een gunningscriterium ruimte laat voor inschrijvers om, in plaats van het kenmerkend door de aanbesteder gehanteerde absolute kortingspercentage, uit te gaan van een relatief kortingspercentage, levert dit strijd op met de beginselen van aanbestedingsrecht. Desondanks worden de vorderingen van eiseres afgewezen wegens gebrek aan belang.¹⁰⁸

In het kader van een aanbesteding van tankautospuiten kwam de vraag aan de orde of eiseres had voldaan aan een bepaalde minimumeis. Die hield in dat het blusmiddel over een afstand van minimaal 1000 meter kan worden getransporteerd, waarna het blusmiddel nog effectief kan worden ingezet. Daarbij was 'effectief inzetten' aldus ingevuld, dat een worplengte van ten minste 15 meter kan worden gehaald. De rechter komt tot het oordeel dat duidelijk is dat het hier niet om een wens, maar om een transparante eis gaat, waaraan eiseres niet heeft voldaan.¹⁰⁹

In een andere zaak kwam de vraag aan de orde of de aanbestedende dienst op grond van de aanbestedingsstukken verplicht was om een tot de 'End User Selection' (stap 6) toegelaten gegadigde, die niet of niet tijdig vijftien PDA's levert voor de eindgebruikerstest, uit de aanbestedingsprocedure te zetten, en te vervangen door een in stap 5 als vierde geëindigde gegadigde. Deze vraag wordt ontkennend beantwoord.¹¹⁰

104 Hof Den Haag 30 november 2010, LJN: BO6551.

105 Hof Den Haag 19 januari 2010, LJN: BK9808.

106 Vzr. Rb. Den Haag 26 januari 2010, LJN: BL1919.

107 Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 3 februari 2010, LJN:

BL9894. Zie voor een enigszins vergelijkbare zaak

over een soortgelijk onderwerp: Vzr. Rb. Arnhem 1 december 2010, LJN: BP0061.

108 Vzr. Rb. Assen 4 mei 2010, KG ZA 10-73, n.n.g.

109 Vzr. Rb. Leeuwarden 30 juni 2010, LJN: BM9936.

110 Vzr. Rb. Utrecht 23 juli 2010, LJN: BN1747.

Tot slot: in een zaak waarin de aanbestedende dienst een gunningssystematiek hanteerde waarin prijs en kwaliteit even zwaar meewogen, wordt nader ingegaan op de betekenis en transparantie van die specifieke 50/50-weging.¹¹¹

11.4. *(On)gewijzigde toepassing gunningscriteria en eisen en beoordelingsmethodiek*

Zoals opgemerkt brengen de beginselen van aanbestedingsrecht mee dat de (sub)gunningscriteria en inhoudelijke eisen in principe niet mogen worden gewijzigd tijdens de aanbestedingsprocedure. Doet de aanbestedende dienst dat toch, dan zit er niets anders op dan tot intrekking van de aanbestedingsprocedure over te gaan. In verband met een aanbesteding van 2B-diensten verzocht de Europese Commissie het HvJ EU vast te stellen dat de wijziging van het relatieve gewicht van de gunningscriteria, na ontvangst en een eerste individuele beoordeling van de inschrijvingen, een schending oplevert van het beginsel van gelijke behandeling zoals dit voortvloeit uit het VWEU. Het HvJ EU oordeelt onder verwijzing naar zijn arrest inzake EVN en Wienstrom, dat een dergelijke houding inderdaad niet in overeenstemming is met het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting. Het HvJ EU voegt daaraan toe dat niet hoeft te worden aangetoond dat de wijziging van het relatieve gewicht een discriminatoir effect heeft gehad op een van de inschrijvers; het volstaat dat niet kan worden uitgesloten dat een dergelijk effect zich heeft kunnen voordoen op het moment dat de wijziging is doorgevoerd.¹¹²

In een arrest van het Hof Den Haag is een overweging te vinden over de bandbreedte waarbinnen de aanbestedende dienst moet opereren als

het gaat om de toepassing van de aangekondigde gunningscriteria en beoordelingsmethode bij de toetsing van de inschrijvingen. Omdat wij dit op zich een mooie en voor de praktijk nuttige overweging vinden, hebben wij ervoor gekozen om deze hier te citeren.

“(…) stelt het hof voorop dat het COA bij de beoordeling en waardering van de offertes een zekere mate van beleidsvrijheid toekomt, zolang het zich ten minste houdt aan de in het bestek kenbaar gemaakte procedureregels, toetsingscriteria en aandachtsgebieden. Bij de beoordeling gaat het immers niet alleen om de toetsing van de verstrekte feitelijke gegevens, maar ook om de vraag of en hoe door de inschrijver inzichtelijk wordt gemaakt op welke wijze hij op het desbetreffende onderdeel kwaliteit denkt te leveren. Inherent aan de waardering van de inschrijvingen is dan ook dat daartussen een zekere vergelijking op onderdelen zal plaatsvinden en dat de inschrijver die in zijn offerte ervan blijk geeft op een bepaald onderdeel ‘dat beetje extra’ te kunnen leveren hoger zal scoren dan de inschrijver die zich alleen heeft gehouden aan de in het bestek neergelegde (minimum)eisen. Deze aan de aanbesteder voorbehouden vrije beoordelings- en waarderingsruimte kan door de rechter slechts marginaal worden getoetst, nu een ‘volle toetsing’ ertoe zou leiden dat vertrouwelijke en concurrentiegevoelige informatie van andere inschrijvers openbaar moet worden gemaakt, hetgeen de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers kan schaden of afbreuk kan doen aan de eerlijke mededinging. Dat betekent dat, zo Hago al zou voldoen aan alle in het bestek neergelegde gunningscriteria en subgunningscriteria, hetgeen het COA overigens

111 Vzr. Rb. Rotterdam 20 december 2010, LJN: BP1130.

112 HvJ EU 18 november 2010, C-226/09.

op onderdelen gemotiveerd heeft bestreden, dit nog niet meebrengt dat zij daarmee de hoogste scores dient binnen te halen. De criteria laten immers onverlet de vrijheid van de inschrijvers om op onderdelen een betere kwaliteit te bieden. Waar GOM op onderdelen beter heeft gescoord heeft Hago kennelijk 'dat beetje extra' gemist. Het enkele feit dat het COA de inschrijvingen ook op deze 'extra's' heeft beoordeeld of herbeoordeeld en daarmee niet alleen op de aandachtsgebieden zoals die in het bestek zijn opgenomen kan dan ook naar voorlopig oordeel van het hof niet meebrengen dat deze beoordeling met het aanbestedingsrecht in strijd is.¹¹³

Hoewel deze zienswijze op zich positief lijkt voor aanbestedende diensten, gaat met name die laatste overweging tamelijk ver. Immers, ecartering, wijziging en/of aanvulling van de (sub)gunningscriteria lijkt in een dergelijke situatie vrij snel op de loer te liggen. In vonnissen van andere voorzieningenrechtters zijn overigens enigszins vergelijkbare overwegingen te vinden.¹¹⁴

In de meeste zaken wordt de klacht van inschrijvers verworpen dat sprake zou zijn van een wijziging van de spelregels tijdens de wedstrijd.¹¹⁵ In enkele zaken wordt wél geoordeeld dat de aanbestedende dienst de aangekondigde gunnings- en beoordelingssystematiek c.q. in-

houdelijke eisen gewijzigd heeft toegepast.¹¹⁶ In een van die zaken had de aanbestedende dienst, in afwijking van hetgeen was aangekondigd, een proeverij in België uitgevoerd in plaats van in Nederland. Overwogen wordt dat niet is bestreden "dat de eetcultuur, in ieder geval voor wat betreft de lunch, in België wezenlijk verschilt van de eetcultuur in Nederland, zodat er geen eerlijke vergelijking kan plaatsvinden."¹¹⁷

12. Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden

Het hanteren van 'fairtradecriteria' bij de aanbesteding van warme-drankenautomaten moet worden gekwalificeerd als een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde.¹¹⁸ De fairtradecriteria moeten betrekking hebben op de kenmerken of prestaties van de producten of op het productieproces van de producten. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter houden de desbetreffende (sociale) criteria voldoende verband met het productieproces van de te leveren koffie, thee en cacao. Door het garanderen van een minimumprijs wordt immers zeker gesteld dat de productiekosten worden gedekt en door de betaling van een additionele premie en het bieden van voorfinanciering wordt de mogelijkheid geschapen te investeren in het productieproces. Voor dit oordeel vindt de voorzieningenrechter steun in de Mededeling van 5 mei 2009 van de Europese Commissie, waarin het stellen van de voorwaarde dat arbeiders die de opdracht

113 Hof Den Haag 9 februari 2010, LJN: BP5012.

114 Vzr. Rb. Den Haag 27 oktober 2010, LJN:BO2141; Vzr. Rb. Haarlem 15 april 2010 LJN: BM1413.

115 Vzr. Rb. Rotterdam 23 maart 2010, LJN: BM4442; Vzr. Cbb 15 april 2010 LJN: BM1341; Vzr. Rb. Haarlem 15 april 2010 LJN: BM1413; Vzr. Rb. Arnhem 29 april 2010 LJN: BM7409; Vzr. Rb. Alkmaar 17 juni 2010 LJN: BN2856; Vzr. Cbb 1 juli 2010, LJN: BN0301; Vzr. Rb. Den Haag 23 juli 2010, LJN: BN2234; Vzr. Rb. Den Haag 4 oktober 2010, LJN:

BN9814; Vzr. Rb. Den Haag 10 november 2010, LJN: BO4120; Hof Den Bosch 23 november 2010, LJN: BO5839; Vzr. Rb. Amsterdam 21 december 2010, LJN: BP2166; Hof Den Haag 29 juni 2010 LJN: BN4167.

116 Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 4 februari 2010, LJN: BM3442; Vzr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, LJN: BN3247; Vzr. Rb. Arnhem 10 juni 2010 LJN: BM9566; Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 16 juli 2010, LJN: BN2408.

117 Vzr. Rb. Den Haag 30 maart 2010, LJN: BL9937.

118 Vzr. Rb. Alkmaar 18 maart 2010, LJN: BL7898.

uitvoeren een minimumloon ontvangen als voldoende verband houdend met de uitvoering van de opdracht wordt beschouwd.¹¹⁹

Ook in een andere zaak werden fairtrade criteria als bijzondere uitvoeringsvoorwaarden gehanteerd.¹²⁰ In die zaak werd echter door een tweetal inschrijvers hun afwijzing ter discussie gesteld, omdat deze was gebaseerd op het vermoeden van de aanbestedende dienst dat zij in het kader van de uitvoering van de opdracht niet zouden kunnen voldoen aan deze bijzondere uitvoeringsvoorwaarden. De rechter oordeelt dat het vaste jurisprudentie is dat een geldige inschrijving alsnog kan worden uitgesloten wanneer aangenomen moet worden dat de inschrijver na het sluiten van de overeenkomst niet behoorlijk kan nakomen. Daarvan was in deze zaak echter niet gebleken. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter vloeit uit art. 26 Bao slechts de verplichting voort om eventuele bijzondere voorwaarden reeds te vermelden in de aanbestedingsstukken, zodat de inschrijvers op voorhand weten wat er – ná gunning – bij de uitvoering van de opdracht van hen wordt verwacht.¹²¹ Anders dan de Staat stelt, volgt uit het daarin bepaalde niet dat het een aanbestedende dienst ook vrijstaat om voorafgaande aan de gunning en het sluiten van de overeenkomst al te toetsen of een inschrijver aan de bijzondere voorwaarden voldoet. Het betreffen immers bijzondere uitvoeringsvoorwaarden, die niets van doen hebben met selectie- en gunningscriteria.

13. (On)geldigheid c.q. terzijdelegging van verzoeken tot deelneming en inschrijvingen

13.1. (Niet-)besteksconform

Verzoeken tot deelneming c.q. inschrijvingen die niet (geheel) voldoen aan de eisen gesteld in het Bao, ARW 2005, de aankondiging, het bestek, of de nota('s) van inlichtingen, zijn volgens vaste rechtspraak ongeldig. Randvoorwaarde is overigens wel dat die eisen ondubbelzinnig zijn geformuleerd c.q. dat er een duidelijke sanctie is gesteld op het niet (volledig) daaraan voldoen. In dat geval is het bieden van een herstelmogelijkheid niet aan de orde.

In de besproken periode zijn er weer veel uitspraken verschenen waarin het onderwerp (on)geldigheid aan de orde kwam. Deze rechtspraak is, afgezien van de hiervoor geschetste algemene lijnen, naar haar aard erg casuïstisch. Soms leidt de geconstateerde ongeldigheid tot niet-ontvankelijkverklaring, maar meestal tot afwijzing van de vorderingen.

Daarbij redeneren de Rechtbanken Maastricht en Leeuwarden in enkele zaken als volgt: volgens vaste jurisprudentie moet een inschrijving die ongeldig is en derhalve buiten beschouwing moet worden gelaten, worden geacht niet te zijn gedaan, zodat zij geen deel (meer) uitmaakt van het aanbestedingsproces; de desbetreffende inschrijver heeft daarom in beginsel ook geen

119 Mededeling van 5 mei 2009, COM(2009) 215, Bijdragen aan een duurzame ontwikkeling: de rol van Fair Trade en niet-gouvernementele handelsgerelateerde programma's om duurzaamheid te waarborgen.

120 V.zr. Rb. Den Haag 24 juni 2010, LJN: BL7898.

121 Art. 26 Bao luidt: "Een aanbestedende dienst kan bijzondere voorwaarden verbinden aan de uitvoering

van een overheidsopdracht, mits dergelijke voorwaarden met het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap verenigbaar zijn en in de aankondiging of het beschrijvend document vermeld zijn. De voorwaarden waaronder de overheidsopdracht wordt uitgevoerd, kunnen verband houden met sociale of milieuoverwegingen."

belang meer bij zijn vorderingen, om welke reden hij daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard;¹²² tenzij de voorlopig gegunde inschrijver zelf ook een ongeldige inschrijving heeft gedaan en/of heraanbesteding aan de orde kan zijn.¹²³ Deze benadering lijkt ons het meest zuiver. De Rechtbank Den Haag redeneert op vergelijkbare wijze als de Rechtbanken Maastricht en Leeuwarden, maar wijst de vorderingen van de ongeldige inschrijver uiteindelijk af, omdat die inschrijver (in principe) geen belang (meer) heeft bij zijn vorderingen.¹²⁴

Onder meer de volgende 'gebreken' hadden ongeldigheid c.q. terzijdelegging van de inschrijving c.q. uitsluiting van verdere deelname aan de aanbesteding tot gevolg: het niet tijdig op de voorgeschreven wijze indienen van een inschrijving;¹²⁵ ondertekening van de inschrijving door een persoon die niet bevoegd is de inschrijver rechtsgeldig te vertegenwoordigen;¹²⁶ het ontbreken van de

verplichte BIBOB-verklaring;¹²⁷ het in de gunningsfase niet (langer) voldoen aan een eis die in de selectiefase werd gesteld;¹²⁸ het niet voldoen aan eisen inzake financieel-economische draagkracht (omzeteisen e.d.);¹²⁹ het niet voldoen aan eisen inzake technische en beroepsbekwaamheid (o.m. referentie-/ervaringseisen);¹³⁰ het niet voldoen aan andere minimumeisen die verband houden met de geschiktheid van de inschrijver, zoals het niet overleggen van een art. 2:403 BW-verklaring/bankverklaring/inschrijving in het beroeps- of handelsregister die aan bepaalde eisen moet voldoen, het niet bij de inschrijving voegen van een (voorlopig) plan van aanpak op basis waarvan kan worden vastgesteld of de ondernemer gebruik gaat maken van onderaannemers of een combinatie, het niet bij inschrijving overleggen van de vereiste bankverklaring, of het niet tijdig inzenden van de gevraagde onderliggende bewijsstukken;¹³¹ het niet voldoen aan inhoudelijke knock-outcriteria/eisen (niet-besteksconforme inschrijving);¹³² het

122 Vzr. Rb. Leeuwarden 30 juni 2010, LJN: BM9936.

123 Vzr. Rb. Maastricht 4 februari 2010, LJN: BL1970.

124 Vzr. Rb. Den Haag 4 februari 2010, LJN: BL2344; Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2010, LJN: BL6601.

125 GvEA 2 maart 2010, T-70/05.

126 Vzr. Rb. Den Haag 9 juli 2010, LJN: BN1217; Vzr. Rb. Amsterdam 21 januari 2010, LJN: BL2368.

127 Vzr. Rb. Leeuwarden 29 juli 2010, LJN: BN5172.

128 Vzr. Rb. Maastricht 4 februari 2010, LJN: BL1970.

129 Vzr. Rb. Arnhem 29 januari 2010, n.n.g.

130 Vzr. Rb. Den Haag 25 januari 2010, LJN: BL0949; Vzr. Rb. Den Haag 4 februari 2010, LJN: BL2344; Vzr. Rb. Den Haag 8 februari 2010, LJN: BL5006; Vzr. Rb. Haarlem 31 maart 2010, LJN: BM0516; Vzr. Rb. Rotterdam 8 juli 2010, LJN: BN4471; Vzr. Rb. Arnhem 8 juli 2010, LJN: BN2474; Vzr. Rb. Groningen 28 september 2010, LJN: BO5029; Vzr. Rb. Den Haag 4 oktober 2010, LJN: BN9814; Vzr. Rb. Assen 23 december 2010, LJN: BP0116; Vzr. Rb. Den Haag 20 december 2010, LJN: BO9288.

131 Vzr. Rb. Den Haag 4 februari 2010, LJN: BL2344; Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2010, LJN: BL6601; Vzr. Rb. Alkmaar 17 juni 2010, LJN: BN 2856; Vzr. Rb. Haarlem 25 juni 2010, LJN: BN0870; Vzr. Rb. Zutphen 27 oktober 2010, LJN: BO1939.

132 Vzr. Rb. Amsterdam 21 januari 2010, LJN: BL2370; Vzr. Rb. Maastricht 4 februari 2010, LJN: BL1970; Vzr. Rb. Den Haag 10 maart 2010, LJN: BL7114, bekrachtigd in hoger beroep door Hof Den Haag 17 augustus 2010, LJN: BN4177; Vzr. Rb. Den Haag 15 april 2010, LJN: BM1493; Vzr. Rb. Den Haag 31 mei 2010, LJN: BM6801; Vzr. Rb. Den Haag 9 juni 2010, LJN: BM8009; Vzr. Rb. Arnhem 10 juni 2010, LJN: BM9566; Vzr. Rb. Leeuwarden 30 juni 2010, LJN: BM9936; Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 16 juli 2010, LJN: BN2397; Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 16 juli 2010, LJN: BN2408; Vzr. Rb. Dordrecht 29 juli 2010, LJN: BN2844; Vzr. Rb. Haarlem 20 september 2010, LJN: BN9939; Vzr. Rb. Den Haag 27 september 2010, LJN: BN8655; Vzr. Rb. Dordrecht 9 december 2010,

aanbieden van een niet gelijkwaardig alternatief product;¹³³ het indienen van een voorwaardelijke inschrijving;¹³⁴ het doen van een manipulatieve inschrijving.¹³⁵

Wanneer de (on)geldigheid in het kader van een kort geding niet eenvoudig is vast te stellen, omdat daarvoor onafhankelijk onderzoek nodig zou zijn, dan wordt het beroep van de aanbestedende dienst op ongeldigheid verworpen, mits de inschrijver gemotiveerd kan weerspreken dat sprake is van ongeldigheid.¹³⁶

Onder de gegeven, specifieke omstandigheden van het geval leiden onder meer de volgende 'gebreken' c.q. omstandigheden *niet* tot ongeldigheid c.q. terzijdelegging c.q. uitsluiting van verdere deelname: de inschrijver die op basis van de informatie in zijn inschrijving wél aan de eisen inzake financieel-economische draagkracht voldoet, terwijl uit het handelsregister mogelijk het tegendeel kan worden afgeleid;¹³⁷ het indienen van een ontwerp dat niet voldoet aan een eis die géén 'geldigheidseis' is, maar een 'gunningsaspect';¹³⁸ het indienen van een voorlopig ontwerp dat niet voldoet aan bepaalde eisen, omdat het definitieve ontwerp pas aan die eisen moet voldoen;¹³⁹ het niet indienen van het inschrijvingsbiljet in de voorgeschreven enveloppe en niet invullen van het inschrijvingsbiljet conform de eisen van de gunningsleidraad;¹⁴⁰ het bij inschrijving niet overleggen van be-

paalde certificaten, omdat deze pas tijdens de uitvoeringsfase relevant zijn;¹⁴¹ het indienen van een optioneel deel bij de prijsaanbieding dat betrekking heeft op meerjarig onderhoud;¹⁴² het indienen van een heel boekwerk betreffende duurzaamheid binnen het bedrijf, terwijl in bestek staat dat daarvoor maximaal drie A4 mogen worden gebruikt.¹⁴³

Er zijn in de achterliggende periode nog meer uitspraken verschenen over (on)geldigheid. Wij hebben er echter voor gekozen om die uitspraken hier niet te behandelen, omdat zij naar onze mening te casuïstisch zijn, of om andere redenen niet vermeldenswaardig zijn.

13.2. *Herstel fout/omissie wel/niet mogelijk en nadere toelichting/verduidelijking*

In 2010 is er opnieuw veel jurisprudentie verschenen over verduidelijking, omissies en herstel. Ofschoon er wel enige lijn in de jurisprudentie valt te ontwaren, verschijnen er dikwijls afwijkingen van die lijn. Er zijn, hoe kan het ook anders, rekkelijken en preciezen onder de (voorzieningen)rechters. Dit maakt dat het voor aanbestedende diensten in de praktijk helaas erg lastig blijft om met voldoende zekerheid te voorspellen of de rechter akkoord zal gaan met een mogelijkheid tot herstel, aanvulling, of verduidelijking die aan de inschrijvers wordt geboden. Hieronder hebben wij desondanks

LJN: BO6683; Vzr. Rb. Den Haag 29 december 2010, LJN: BP2861; Vzr. Rb. Den Haag 31 december 2010, LJN: BP1994; Vzr. Rb. Den Haag 31 december 2010, LJN: BP1995; Vzr. Rb. Arnhem 29 april 2010 LJN: BM7409.

133 Vzr. Rb. Arnhem 29 april 2010, LJN: BM5524.

134 Vzr. Rb. Den Haag 9 juni 2010, LJN: BM8009; Vzr. Rb. Roermond 16 juli 2010, LJN: BN3446.

135 Vzr. Rb. Breda 6 oktober 2010, LJN: BO0109.

136 Vzr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, LJN: BL5256;

Vzr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, LJN: BN3247.

137 Hof Arnhem 26 januari 2010, n.n.g.

138 Vzr. Rb. Breda 25 februari 2010, LJN: BL5673.

139 Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 22 april 2010, LJN: BM1998.

140 Vzr. Rb. Arnhem 22 maart 2010, LJN: BL9279.

141 Vzr. Rb. Utrecht 31 maart 2010, n.n.g. Dit vonnis is in hoger beroep bekrachtigd door Hof Amsterdam 17 augustus 2010, LJN: BN5585.

142 Hof Leeuwarden 6 april 2010, LJN: BM0044.

143 Vzr. Rb. Groningen 3 december 2010, LJN: BO6300.

geprobeerd om toch enige duiding te geven aan deze zeer casuïstische rechtspraak.

Uitgangspunt is in ieder geval dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling moet uitgaan van de inschrijving zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn is ontvangen. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog aanvult of wijzigt.

Een uitzondering hierop is volgens voorzieningenrechtens denkbaar wanneer sprake is van een eenvoudig te herstellen gebrek c.q. een kennelijke verschrijving/omissie, maar in beginsel slechts in die gevallen waarin het ontstaan daarvan te wijten is aan omstandigheden die in de risicosfeer liggen van de aanbestedende dienst en mits daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan de gelijke kansen van de inschrijvers op gunning van de opdracht.

De Groningse rechtbank stelt daarbij de ratio van elke aanbestedingsprocedure voorop: ondernemers moeten met gelijke kansen kunnen inschrijven, opdat in vrije concurrentie een optimale prijs-kwaliteitverhouding voor de overheid tot stand komt; alle vragen die rijzen dienen volgens deze rechtbank in het licht van deze ratio te worden beantwoord.¹⁴⁴

In geval van een kenbare vergissing dient volgens de Rechtbank Leeuwarden objectief te kunnen worden vastgesteld wat door de inschrijver wél was bedoeld. Volgens haar is van een kennelijke vergissing bijvoorbeeld sprake

wanneer er een onjuiste optelling van bedragen heeft plaatsgevonden, of er in een bedrag een punt of komma verkeerd is geplaatst. Het bieden van een mogelijkheid tot herstel of aanvulling is echter niet toegestaan wanneer de eerlijke concurrentie daardoor zou (kunnen) worden geschaad. In zoverre is terughoudendheid dus geboden.¹⁴⁵

De Rotterdamse rechtbank is verder van oordeel dat de herstelkans van art. 2.14.4 ARW 2005 niet slechts ziet op het ontbreken van de bewijsstukken als bedoeld in art. 2.7 t/m 2.13 ARW 2005, maar ook op gebreken in de eigen verklaring zélf. Art. 2.14.4 ARW 2005 maakt namelijk onderdeel uit van het bepaalde in art. 2.14 ARW 2005, in welk artikel nu juist is opgenomen dat in plaats van de bewijsstukken, een eigen verklaring mag worden overgelegd. Een uitleg dat art. 2.14.4 ARW 2005 alleen ziet op een eenvoudig te herstellen gebrek in de bewijsstukken en niet op een eenvoudig te herstellen gebrek in de eigen verklaring, acht deze rechtbank daarom een te beperkte uitleg van dat artikel.¹⁴⁶

De algemene lijn in de jurisprudentie is vervolgens dat wanneer het niet om kleine tekortkomingen, maar om het niet-voldoen aan inhoudelijke eisen gaat, het bieden van een mogelijkheid tot herstel, aanvulling, of verduidelijking niet is toegestaan. Daarbij kan onder meer aan de volgende situaties worden gedacht: het na de uiterste inschrijftermijn accepteren van een toelichting op de aangeboden prijzen die zou neerkomen op een wijziging daarvan;¹⁴⁷ het na die termijn dusdanig aanvullen of wijzi-

144 V.zr. Rb. Groningen 2 april 2010, KG-ZA 1082, n.n.g.

145 V.zr. Rb. Leeuwarden 17 februari 2010, LJN: BL5209.

In vergelijkbare zin: V.zr. Rb. Rotterdam 30 maart 2010, LJN: BL9458 en Hof Den Haag 30 november

2010, LJN: BO6551.

146 V.zr. Rb. Rotterdam 30 september 2010, LJN: BO2523.

147 Hof Den Haag 19 januari 2010, LJN: BK9808.

gen van een inschrijving dat deze dan wél aan de (inhoudelijke) (knock-out)eisen voldoet;¹⁴⁸ het achteraf overleggen van een toereikende volmacht teneinde een ondertekeningsgebrek te herstellen;¹⁴⁹ het aanvullen van de inschrijving met gegevens ter toelichting op c.q. voldoening aan een geschiktheidseis;¹⁵⁰ het indienen van één enveloppe met daarin twee inschrijfbiljetten met verschillende inschrijfsommen;¹⁵¹ het wijzigen van de gestanddoeningstermijn die in de inschrijving is opgenomen en die afwijkt van de door de aanbesteder voorgeschreven termijn;¹⁵² het ontbreken bij de inschrijving van de vereiste, ingevulde BIBOB-verklaring;¹⁵³ het alsnog overleggen van de vereiste bankverklaring.¹⁵⁴

In een aantal gevallen kwam de rechter daarentegen tot het oordeel dat het bieden van een herstelmogelijkheid wél was toegestaan. Daarbij ging het onder meer om de volgende situaties: de afwezigheid in enveloppe 1 van het vereiste

inschrijfbiljet voor perceel 2 en de onvolledige invulling van dat inschrijfbiljet als het gaat om de vermelding van de juiste data bij de toepasselijke Nota's van Inlichtingen;¹⁵⁵ het herstel van een kennelijke onjuistheid in de prijsaanbieding van een inschrijver die het gevolg is van een foutieve koppeling in een Excel-bestand dat afkomstig is van de aanbesteder;¹⁵⁶ het alsnog op de juiste plaats laten zetten van een komma in een van de aangeboden prijzen;¹⁵⁷ het bieden van de mogelijkheid om alsnog de originele Model K-verklaringen aan te leveren met daarop de gewenste 'natte' handtekening;¹⁵⁸ het alsnog overleggen van omzetgegevens en accountantsverklaringen wanneer die gegevens toch al op een andere manier in het bezit zijn van de aanbestedende dienst;¹⁵⁹ het opnieuw laten invullen van de gunningsmatrix door de inschrijvers omdat een zuivere prijsvergelijking op basis van de oorspronkelijke matrix niet mogelijk is;¹⁶⁰ het alsnog zetten van een handtekening onder

148 Vzr. Rb. Amsterdam 21 januari 2010, LJN: BL2370; Vzr. Rb. Maastricht 4 februari 2010, LJN: BL1970; Vzr. Rb. Alkmaar 17 juni 2010, LJN: BN2856.

149 Vzr. Rb. Amsterdam 21 januari 2010, LJN: BL2368.

150 Vzr. Rb. Arnhem 29 januari 2010, n.n.g.; Vzr. Rb. Den Haag 8 februari 2010, LJN: BL5006; Vzr. Rb. Den Haag 12 november 2010, LJN: BO5151.

151 Vzr. Rb. Leeuwarden 17 februari 2010, LJN: BL5209.

152 Vzr. Rb. Maastricht 25 februari 2010, LJN: BL5678.

153 Vzr. Rb. Leeuwarden 29 juli 2010, LJN: BN5172.

De in het inschrijvingsdocument voorbehouden bevoegdheid om aanvulling/verduidelijking te vragen dient volgens de rechter beperkt te worden uitgelegd en kan naar zijn aard slechts zien op ingediende, en niet op ontbrekende documenten. Van aanvulling/verduidelijking kan slechts sprake zijn als de betrokken inschrijving op zich aan de inschrijfvoorwaarden voldoet ('compleet is'). Voor analoge toepassing van art. 2.14.4 ARW 2005 is in dit geval ook géén ruimte, nu het daarbij slechts gaat om herstel van eenvoudige gebreken. Daarvan is bij het niet voldoen aan

inhoudelijke eisen van het bestek echter géén sprake. Het in een later stadium alsnog overleggen van de BIBOB-verklaring kan tot slot tot oneerlijke concurrentie en ongelijkheid leiden.

154 Vzr. Rb. Haarlem 18 juni 2010, LJN: BN0874.

155 Vzr. Rb. Arnhem 22 maart 2010, LJN: BL9279.

156 Vzr. Rb. Rotterdam 30 maart 2010, LJN: BL9458.

Dit vonnis is in hoger beroep bekrachtigd door Hof Den Haag 30 november 2010, LJN: BO6551.

157 Vzr. Rb. Groningen 2 april 2010, KG-ZA 1082.

158 Vzr. Rb. Haarlem 31 mei 2010, LJN: BN2434. Daarbij was overigens van belang dat de gemeente niet betwistte dat de ingediende Model K-verklaringen daadwerkelijk door bestuurders waren ondertekend die de inschrijver rechtsgeldig vertegenwoordigden. Volgens de voorzieningenrechter gaat het hier om een gebrek van een heel andere orde dan het geheel ontbreken van de vereiste Model K-verklaring bij de inschrijving.

159 Vzr. Rb. Haarlem 22 juli 2010, LJN: BN6663.

160 Vzr. Rb. Den Haag 23 juli 2010, LJN: BN2234.

een ingevulde eigen verklaring;¹⁶¹ de vervanging van een conceptcertificaat door de definitieve (geldige) versie na datum aanbesteding.¹⁶²

13.3. *Model K-eigen verklaring*

Als het gebrek verband houdt met de Model K-verklaring en/of de eigen verklaring van de inschrijvers, dan wordt zo mogelijk nog strikter de hand gehouden aan de spelregels. Het bieden van een herstelmogelijkheid kan in die gevallen meestal niet aan de orde zijn. Het ARW 2005 bepaalt namelijk expliciet dat de inschrijving ongeldig is indien de vereiste Model K-verklaring ontbreekt of niet naar waarheid is ingevuld.¹⁶³ De aanbesteder is op grond van het ARW 2005 overigens niet gehouden om de geldigheid van een inschrijving direct bij het openen van de enveloppen te controleren en ook niet om de inschrijvers direct na het openen van de enveloppen een proces-verbaal van aanbesteding te verstrekken. Daaruit volgt dat de aanbesteder ook niet verplicht is om de geldigheid van een inschrijving direct bij het openen van de enveloppen aan de inschrijvers mee te delen.¹⁶⁴

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van en toelichting op art. 2.25.3 ARW 2005 leidt de Haagse voorzieningenrechter af dat de verplichting om een Model K-verklaring over te leggen bij de inschrijving is bedoeld om misbruik, zoals geconstateerd tijdens de parlementaire enquête bouwfraude, te voorkomen. Daarbij had men met name het oog op het 'hoogste management' van een bedrijf, dat zich zou kunnen/willen beroepen op onwetendheid teneinde zich aan strafrechtelijke vervolging te onttrekken. Dat

brengt volgens de voorzieningenrechter mee dat de onderhavige bepaling in beginsel strikt moet worden nageleefd, alsmede dat onder het 'hoogste management' moeten worden verstaan: de personen van wie het bestuurlijke handelen binnen het bedrijf niet door anderen (met bestuursbevoegdheid) kan worden gecorrigeerd of herroepen. Normaliter zal dat, in geval van een bv of een nv, neerkomen op de statutair bestuurder. In een arrest van het Hof Den Haag is een vergelijkbare overweging te vinden. Dit betekent dat de ondertekening van de Model K-verklaring door een gevolmachtigd lid van het managementteam c.q. een gevolmachtigd directeur ontoereikend is, hetgeen tot ongeldigverklaring van de inschrijving dient te leiden.¹⁶⁵

Acceptatie van de handtekening van een onbevoegde persoon op een Model K-verklaring, die in het kader van een eerdere aanbestedingsprocedure is ingediend, doet er overigens niet aan af dat de aanbesteder het recht toekomt om bij voortschrijdend inzicht in de rechtsgeldigheid van inschrijvingen zijn beslissingen daarop aan te passen. Dat geldt onafhankelijk van de vraag of de eerdere onjuiste beslissingen zijn gebaseerd op weloverwogen beoordeling van gebreken in de Model K-verklaring of niet.¹⁶⁶

Verder brengt de ratio van de Model K-verklaring volgens de Haarlemse voorzieningenrechter met zich dat daarop een 'natte' handtekening moet worden gezet. Bij een kopie van de originele Model K-verklaring zou namelijk minder eenvoudig zijn vast te stellen of die handtekening afkomstig is van een bestuurder die de inschrijver ter zake rechtsgeldig vertegenwoordigt. Echter, omdat de gemeente de eis van een

161 V.zr. Rb. Rotterdam 30 september 2010, LJN: BO2523.

162 V.zr. Rb. Den Haag 12 november 2010, LJN: BO5145.

163 Zie o.m. art. 2.25.3 en 3.27.3 ARW 2005.

164 V.zr. Rb. Amsterdam 9 september 2010, LJN: BN7857.

165 V.zr. Rb. Den Haag 2 juli 2010, LJN: BN0068; Hof Den Haag 29 juni 2010, LJN: BM9596.

166 Hof Den Haag 29 juni 2010, LJN: BM9596.

dergelijke ‘natte’ handtekening in dit geval niet expliciet had gesteld en die eis ook niet expliciet in het ARW 2005 is opgenomen, mocht zij de betreffende inschrijving niet zomaar ongeldig verklaren vanwege het feit dat de originele Model K-verklaringen niet bij de inschrijving waren gevoegd.¹⁶⁷

Wanneer de aanbestedende dienst een nationale, niet-openbare aanbestedingsprocedure in afwijking van het ARW 2005, in drie fasen laat verlopen, dan staat het hem tot slot vrij om te bepalen dat de inschrijvers enkel in fase 2 de vereiste Model K-verklaring behoeven in te dienen. Daarbij was overigens van belang dat de aanbesteder de ratio achter de hiervoor bedoelde afwijking, te weten lastenverlichting voor de inschrijvers, duidelijk in de aanbestedingsstukken tot uitdrukking had gebracht.¹⁶⁸

Het ontbreken van de vereiste BIBOB-verklaring bij de inschrijving dient evenzeer tot ongeldigheid te leiden, omdat dit stuk een essentieel doel dient. Namelijk: dat de aanbestedende dienst te maken krijgt met bonafide ondernemingen.¹⁶⁹ Echter, de bewijsstukken ter onderbouwing van de eigen verklaring van de inschrijver, zoals een insolventieverklaring, behoeven in principe pas na een verzoek daartoe aan de aanbestedende dienst te worden gezonden.¹⁷⁰

13.4. *Abnormaal lage inschrijving*

In verband met art. 56 Bao overweegt de Rotterdamse rechtbank dat de aanbestedende dienst, wanneer voor een bepaalde overheidsopdracht een inschrijving wordt gedaan die in verhouding tot de te verrichten werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt, deze inschrijving

mag afwijzen. De procedure van art. 56 Bao beoogt niet verder te gaan dan het bieden van een bescherming van de aanbestedende dienst die met een zodanig lage inschrijvingsom wordt geconfronteerd dat hij gegronde redenen heeft te vrezen dat de inschrijver in de uitvoeringsfase pogingen zal ondernemen om zijn al dan niet ingecalculeerde verlies goed te maken door te beknibbelen op de uitvoering. De aanbestedende dienst heeft in beginsel een rechtmatig belang bij het ecarteren van een dergelijke inschrijving, maar niet voordat hij de inschrijver in de gelegenheid heeft gesteld de – in zijn ogen – abnormaal lage prijs nader te motiveren. Omgekeerd zal de aanbestedende dienst, bijvoorbeeld aan de hand van een vergelijking met de prijzen die andere inschrijvers hebben geboden, moeten kunnen aantonen dat de geboden prijs abnormaal laag moet worden geacht. Uit hetzelfde vonnis kan worden afgeleid dat het in beginsel zelfs is toegestaan om onder de kostprijs aan te bieden, terwijl het feit dat de aangeboden prijs 86 procent onder het gemiddelde ligt, een indicatie kan zijn dat sprake is van een abnormaal lage aanbieding.¹⁷¹

Weliswaar in de specifieke context van een aanbestedingsprocedure van de Europese Commissie wordt door het GvEA overwogen dat de aanbestedende dienst een hem abnormaal laag voorkomende offerte pas mag afwijzen nadat hij de inschrijver in de gelegenheid heeft gesteld zijn offerte te preciseren of toe te lichten. Derhalve ontstaat de verplichting voor de aanbestedende dienst om “de ernst van een offerte te onderzoeken, wanneer er twijfel bestaat omtrent de betrouwbaarheid daarvan.” Deze regeling heeft volgens het GvEA voornamelijk tot doel te waarborgen dat een inschrijver niet van de

167 Vزر. Rb. Haarlem 31 mei 2010, LJN: BN2434.

168 Vزر. Rb. Arnhem 25 juni 2010, LJN: BN2331.

169 Vزر. Rb. Leeuwarden 29 juli 2010, LJN: BN5172.

170 Vزر. Rb. Alkmaar 17 juni 2010, LJN: BN3043.

171 Vزر. Rb. Rotterdam 11 mei 2010, LJN: BM8657.

procedure wordt uitgesloten zonder dat hij de mogelijkheid heeft gehad de inhoud van zijn abnormaal laag lijkende offerte te rechtvaardigen. De Commissie beschikt over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid ten aanzien van de elementen die zij daarbij in aanmerking moet nemen, terwijl het GvEA zich moet beperken tot de toetsing van de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout, of misbruik van bevoegdheid.¹⁷² Omdat het toepasselijke aanbestedingsreglement op dit punt grote gelijkenis vertoont met art. 56 Bao, lijken de overwegingen van het GvEA ons evenzeer toepasselijk op aanbestedingsprocedures op grond van het Bao.

Uit incidentele, nationale rechtspraak blijkt vervolgens dat (afgewezen) inschrijvers zich ook kunnen beroepen op art. 56 Bao. Daartoe overweegt de Rechtbank Amsterdam dat uitgangspunt is dat de aanbestedende dienst zich bij de aanbestedingsprocedure moet houden aan de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, onder meer inhoudend dat de procedure duidelijk, transparant en non-discriminatoir moet zijn. Daarnaast gelden (in voorkomend geval) ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarmee kan in strijd zijn gehandeld wanneer de aanbestedende dienst overgaat tot gunning aan een onderneming die op irrealistische wijze heeft ingeschreven. Volgens de rechtbank moet immers worden aangenomen

dat een aanbieding niet aanvaardbaar is als op voorhand vaststaat dat die aanbieder na gunning van de opdracht aan de inschrijver die de bewuste aanbieder heeft gedaan, aanstonds zal leiden tot toerekenbaar tekortschieten. De concurrent-inschrijver draagt overigens wél de bewijslast dat sprake is van een abnormale c.q. irrealistische inschrijving. Daarbij zal hij in het algemeen snel in 'bewijsnood' raken, omdat hij geen inzage heeft in de inschrijving van zijn concurrent.¹⁷³ De Rechtbanken Arnhem en Den Haag hanteren een gebruikelijker, strengere maatstaf en overwegen dat andere inschrijvers zich in beginsel niet tegen de gunning kunnen verzetten op grond van de enkele omstandigheid dat de aanbestedende dienst ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat géén sprake is van een abnormaal lage inschrijving. Dit lijdt volgens deze rechtbanken slechts uitzondering wanneer bijzondere omstandigheden worden gesteld waaruit onmiskenbaar volgt dat op basis van de lage inschrijving de opdracht niet tot een goed einde kan worden gebracht.¹⁷⁴

13.5. *Strategische inschrijving*

Strategisch inschrijven, in die zin dat gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die het gunningscriterium en/of de beoordelingssystematiek biedt/bieden, en waarbij bijvoorbeeld wordt geschoven met tarieven om een zo laag mogelijke – zij het niet abnormaal lage – prijs of een zo hoog mogelijke score te verkrijgen, is in beginsel toegestaan.¹⁷⁵ De grens ligt daar

172 GvEA 11 mei 2010, T-121/08.

173 V.zr. Rb. Amsterdam 16 juli 2010, LJN: BN3506.

174 V.zr. Rb. Den Haag 1 maart 2010, LJN: BL6590; V.zr. Rb. Arnhem 10 juni 2010, LJN: BM9566.

175 Hof Den Haag 9 februari 2010, LJN: BP5012; V.zr. Rb.

Arnhem 15 februari 2010, LJN: BL5214; V.zr. Rb. Den Haag 1 maart 2010, LJN: BL6590; V.zr. Rb. Haarlem 22 april 2010, LJN: BN0868; V.zr. Rb. Alkmaar 8 juli 2010, LJN: BN0677; V.zr. Rb. Breda 6 oktober 2010, LJN: BO0109.

waar sprake is van een irreële of manipulatieve inschrijving.¹⁷⁶ Het enkele feit dat het voor de normaal oplettende inschrijver duidelijk moet zijn geweest dat een aanbod van € 0,00 voor een bepaald onderdeel de berekeningsmethodiek zou verstoren (delen door nul is niet mogelijk), betekent echter niet automatisch dat dus sprake is van een manipulatieve inschrijving.¹⁷⁷ Op het hiervoor genoemde uitgangspunt moet verder een uitzondering worden gemaakt wanneer uit de aanbestedingsstukken blijkt dat strategisch inschrijven ontoelaatbaar is, of wanneer blijkt dat de gehanteerde strategische inschrijving afbreuk kan doen aan de kwaliteit van de uitvoering van de aanbestede opdracht.¹⁷⁸ Dat laatste is niet aan de orde, wanneer de werkzaamheden waarvoor een strategisch lage prijs wordt aangeboden slechts een klein deel van de totale opdracht vormen en die prijs wordt gedekt door het totale bedrag dat de inschrijver voor de uitvoering van de hele opdracht heeft aangeboden.¹⁷⁹

13.6. *Manipulatieve inschrijving*

Voorbeelden van niet-toegestane, manipulatieve inschrijvingen zijn: het op onderdelen aanbieden van een prijs van € 0,01, terwijl het voor iedere normaal oplettende inschrijver duidelijk moet zijn geweest dat de systematiek van aanbesteding meebrengt dat per product(groep),

per onderdeel een op zichzelf beschouwd realistische prijs moest worden aangeboden, als gevolg waarvan (onder meer) een behoorlijke vergelijking tussen de inschrijvingen onmogelijk wordt gemaakt en de kans bestaat dat daardoor niet de inschrijving wordt geselecteerd die daadwerkelijk de economisch meest voordelige is,¹⁸⁰ het hanteren van zeer lage tarieven bij een hoge weegfactor en zeer hoge tarieven bij een lage wegingsfactor.¹⁸¹ In veel gevallen echter slaagt het betoog van inschrijvers/aanbestedende diensten dat sprake is van een verboden strategische, irreële, of manipulatieve inschrijving niet.¹⁸²

13.7. *Onaanvaardbare inschrijving*

In een tweetal zaken kwam de vraag aan de orde of een inschrijving onaanvaardbaar hoog was. In de eerste zaak wordt het beroep van de aanbestedende dienst op onaanvaardbaarheid verworpen met als argument dat niet ondenkbaar is dat de inschrijvingsom van de desbetreffende inschrijver hoger is dan die van de andere inschrijvers, omdat eerstgenoemde (geldige) inschrijving van hogere kwaliteit is dan die van de andere inschrijvers, die volgens de rechter namelijk allemaal een ongeldige inschrijving hadden gedaan. Tegelijkertijd wordt overigens overwogen dat de aanbesteder wel degelijk de vrijheid heeft om het werk niet te gunnen aan een inschrijver die een voor haar onaanvaard-

176 Hof Den Haag 9 februari 2010, LJN: BP5012; Hof Den Haag 25 mei 2010 LJN: BM6649; Vzr. Rb. Arnhem 15 februari 2010, LJN: BL5214; Vzr. Rb. Arnhem 11 juni 2010 LJN: BN0353; Vzr. Rb. Den Haag 19 juli 2010, LJN: BN2037; Vzr. Rb. Breda 6 oktober 2010, LJN: BO0109.

177 Vzr. Rb. Arnhem 6 december 2010, LJN: BO9068.

178 Vzr. Rb. Arnhem 15 februari 2010, LJN: BL5214; Vzr. Rb. Den Haag 1 maart 2010, LJN: BL6590; Vzr. Rb. Alkmaar 8 juli 2010, LJN: BN0677.

179 Vzr. Rb. Arnhem 15 februari 2010, LJN: BL5214.

180 Vzr. Rb. Arnhem 11 juni 2010 LJN: BN0353.

181 Vzr. Rb. Breda 6 oktober 2010, LJN: BO0109.

182 Hof Den Haag 9 februari 2010, LJN: BP5012; Vzr. Rb. Arnhem 15 februari 2010, LJN: BL5214; Vzr. Rb. Den Haag 1 maart 2010, LJN: BL6590; Hof Den Haag 25 mei 2010, LJN: BM6649; Vzr. Rb. Alkmaar 8 juli 2010, LJN: BN0677; Vzr. Rb. Den Haag 19 juli 2010, LJN: BN2037; Vzr. Rb. Arnhem 6 december 2010, LJN: BO9068.

baar hoge inschrijving heeft gedaan.¹⁸³ In de tweede zaak slaagt het beroep van de aanbestedende dienst op onaanvaardbaarheid van de aangeboden verrekennprijzen wél. Volgens de rechter is de aanbestede niet gehouden om de inschrijver, naast een marktconformiteitsanalyse van een ingenieursbureau, ook inzage te geven in haar directieraming. Volgens de rechter is het begrijpelijk dat de aanbestede omwille van een 'level playing field' bij toekomstige aanbestedingen niet tot afgifte daarvan wenst over te gaan, aangezien zij de inschrijver daarmee informatie zou verschaffen over de door haar geraamde prijzen voor een groot aantal besteksposten. Met die wetenschap zou de inschrijver bij toekomstige aanbestedingen een onaanvaardbare kennisvoorsprong hebben op zijn concurrenten.¹⁸⁴

14. Rechtsbescherming

14.1. Algemeen

Vragen over de reikwijdte van de (oude) Rechtsbeschermingsrichtlijn (Richtlijn 89/665/EEG) hebben tot een aantal interessante arresten van het HvJ EU geleid.

Eén arrest had betrekking op de Alcatel-termijn en de vraag vanaf wanneer deze termijn gaat lopen (namelijk vanaf de datum waarop de inschrijver/gegadigde kennis had of had moeten hebben van de schending van de aanbestedingsregels).¹⁸⁵

Een tweede arrest betrof de vraag of de Rechtsbeschermingsrichtlijn zich verzet tegen een nationale aansprakelijkheidsregel die is gebaseerd

op een vermoeden van schuld van de aanbestedende dienst. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord.¹⁸⁶ Dat betekent dus dat voor de vraag of een aanbestedende dienst de aanbestedingsregels geschonden heeft niet relevant is of hij aan die schending schuld heeft of niet.

In de derde uitspraak gaat het HvJ EU in op de vraag of de Rechtsbeschermingsrichtlijn een verplichting schept om ook ten gunste van aanbestedende diensten te voorzien in een beroepsmogelijkheid tegen beslissingen van instanties die geen rechterlijke instanties zijn. Het antwoord luidt ontkennend (er is geen verplichting om dergelijke beroepsprocedures ten behoeve van aanbestedende diensten in het leven te roepen, maar het mag wel).¹⁸⁷

Het laatste arrest dat dient te worden vermeld betreft een Nederlandse prejudiciële procedure waarin de Nederlandse rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen aan de orde kwam.¹⁸⁸ De conclusie van het HvJ EU is dat het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming met de nadruk op geschillenbeslechting in kort geding niet in strijd is met de Rechtsbeschermingsrichtlijn.

14.2. Alcatel-termijn

De rechtspraak over de Alcatel-termijn is niet meer zo uitgebreid als een paar jaar geleden. Inschrijvers voeren liever geen discussie over het al dan niet verstreken zijn van deze termijn maar dagvaarden veelal tijdig. De paar vonnissen die wel op dit onderdeel ingaan, betreffen geschillen waar sprake is van een standstill-termijn in de aanbestedingsdocumentatie (en niet

183 V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 16 juli 2010, LJN: BN2408.

184 V.zr. Rb. Haarlem 22 juli 2010, LJN: BN6663.

185 HvJ EU 28 januari 2010, C-406/08.

186 HvJ EU 30 september 2010, C-314/09.

187 HvJ EU 21 oktober 2010, C-570/08.

188 HvJ EU 9 december 2010, C-568/08.

een vervaltermijn),¹⁸⁹ onduidelijke termijnen, onduidelijkheid in de communicatie door de aanbestedende dienst, dan wel feiten en omstandigheden die het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken dat de aanbestedende dienst een beroep doet op de (contractuele) vervaltermijn.¹⁹⁰

Vaak wordt ook in het kader van voortvarend procederen de proactieve houding van de inschrijver, gebaseerd op het Grossmann-arrest, genoemd en wordt gezien of, gegeven de omstandigheden, de inschrijver bezwaar heeft gemaakt in een stadium waarin eventuele onrechtmatigheden nog ongedaan kunnen worden gemaakt.¹⁹¹ In het ene geval wordt de omstandigheid dat de aanbestedende dienst nog geen onomkeerbare stappen heeft gezet relevant geacht in die zin dat eiseres niet te laat is met haar vorderingen¹⁹² en in een ander geval wijzigt die omstandigheid het oordeel van de rechter dat de eisende partij te laat is niet.¹⁹³

De vraag of de Algemene Termijnenwet van toepassing is op een door de aanbestedende dienst opgelegde vervaltermijn is ontkennend beantwoord. Op grond van de Algemene Termijnenwet wordt een in de wet of bij algemene maatregel van bestuur gestelde termijn verlengd indien deze eindigt in het weekend. Een door de aanbestedende dienst (in een brief) bepaalde termijn vloeit niet uit een wet of AMvB voort.¹⁹⁴ Hetzelfde dient naar onze mening te gelden voor een contractuele vervaltermijn die in de aanbestedingsstukken wordt opgenomen.

Zoals gezegd heeft het HvJ EU in een prejudiciële procedure bepaald dat de Alcatel-termijn begint te lopen vanaf de datum waarop de inschrijver kennis had of had moeten hebben van de schending van de aanbestedingsregels.¹⁹⁵ De bepalingen van Nederlandse wet- en regelgeving lopen hiermee in de pas. Een beroep in een concreet geschil op dit arrest van het HvJ EU wordt afgewezen omdat de rechter van oordeel is dat de overeengekomen vervaltermijn is gaan lopen na ontvangst van de afwijzingsbrief en de inschrijver vanaf die datum kennis had of had moeten hebben van de beweerdelijke schending.¹⁹⁶

14.3. *Motiveren gunningsbeslissing (Bao en Wira)*

Vanwege het casuïstische karakter van de vele zaken die in kort geding aan de orde zijn, is een algemene lijn over de verplichting van de aanbestedende dienst om de gunningsbeslissing te motiveren moeilijk te destilleren. Wel lijkt een bestendige lijn in de jurisprudentie te zijn dat, naarmate een aanbestedende dienst tijdens de aanbestedingsprocedure meer in strijd met het gelijkheids- en/of transparantiebeginsel heeft gehandeld, de motiveringsplicht die bij de afwijzings- en gunningsbeslissingen in acht moet worden genomen, toe lijkt te nemen. Die gebreken in transparantie kunnen onder meer liggen in onduidelijke gunningscriteria, het niet noemen van wegingsfactoren, het wijzigen of afwijken van de beoordelingsmethodiek tijdens de aanbestedingsprocedure. Anders gezegd: een ge-

189 V.zr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, LJN: BL5256.

190 V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 4 februari 2010, LJN: BM3442.

191 V.zr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, LJN: BL5256.

192 V.zr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, LJN: BL5256.

193 V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 22 juni 2010 LJN: BN8675.

194 V.zr. Rb. Den Haag 22 februari 2010, LJN: BL5022.

195 HvJ EU 28 januari 2010, C-456/08.

196 V.zr. Rb. Den Haag 22 februari 2010, LJN: BL5022.

brek aan transparantie bij het uitvoeren van de beoordeling (door af te wijken van de kenbaar gemaakte berekeningsmethodiek) of een gebrek in transparantie over de wegingsfactoren van de subgunningscriteria met daarbij onvoldoende inzicht in de wijze van beoordeling lijkt al snel te leiden tot het oordeel dat een motivering in strijd is met het transparantiebeginsel.¹⁹⁷

Een motivering van een gunningsbeslissing mag in een later stadium worden aangevuld, met dien verstande dat de aanbestedende dienst zijn aanvankelijke motivering niet door een volledig nieuwe mag vervangen.¹⁹⁸ Het (nadat een dagvaarding is uitgebracht) alsnog nader motiveren van de beslissing is toegestaan, mits die toelichting geen nieuwe aspecten bevat waardoor de betreffende inschrijver verrast zou kunnen zijn en mits tijdig voor de zitting kenbaar gemaakt.¹⁹⁹

Eveneens toelaatbaar wordt geacht het aanvankelijk motiveren van de terzijdelegging op de grond dat sprake is van een voorwaardelijke inschrijving, en vervolgens het toevoegen van een grond voor ongeldigheid (namelijk het wijzigen van een voorgeschreven format). Geoordeeld wordt dat het buiten beschouwing laten van de tweede grond in strijd zou zijn met het gelijkheidsbeginsel en de betreffende inschrijver voldoende gelegenheid had gekregen om verweer te voeren tegen de latere motivering.²⁰⁰

Het niet tijdig motiveren van de beslissing tot afwijzing kan niet leiden tot de conclusie dat de

gunningsbeslissing onrechtmatig is; wel kan dit formele gebrek consequenties hebben voor de proceskostenveroordeling.²⁰¹

Het noch in de afwijzingsbrief, noch ter zitting in kort geding kunnen verstreken van een voldoende motivering (in die zin dat de redenen waarom minder is gescoord op bepaalde criteria dan de winnende inschrijving worden medegedeeld) leidt ertoe dat de aanbestedende dienst wordt veroordeeld tot het binnen vijf werkdagen na dagtekening van het vonnis doen toekomen van een motivering waarbij wederom een Alcatel-termijn van 15 dagen na motivering moet worden gegeven en de aanbestedende dienst wordt verboden in die tijd tot gunning over te gaan.²⁰²

Een aanbestedende dienst betracht terecht enige terughoudendheid – door niet te zeer in details te treden – in de motivering van en toelichting op scores en het daarbij maken van een vergelijking met andere inschrijvingen nu hij zorgvuldigheid ten aanzien van die andere inschrijvers in acht moet nemen en het hem niet vrijstaat bedrijfsvertrouwelijke gegevens uit andere inschrijvingen te verstrekken.²⁰³

In het kader van een aanbesteding van de opdracht van de ontmanteling van een slibdepot oordeelt de rechter dat de aanbestedende dienst niet de gegevens (c.q. de vergunningen) uit de winnende inschrijving behoeft te verstrekken die bedrijfsvertrouwelijke gegevens, onder meer in verband met prijsafspraken die de

197 V.zr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, L.JN: BL5256;

V.zr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, L.JN: BN3247;

V.zr. Rb. Den Bosch 1 oktober 2010, L.JN: BN9274;

V.zr. Rb. Arnhem 19 november 2010, L.JN: BO5264.

198 V.zr. C.Bb 15 april 2010, L.JN: BM1341; V.zr. C.Bb 1 juli 2010, L.JN: BN0301.

199 V.zr. Rb. Den Haag 27 oktober 2010, L.JN: BO2141.

200 V.zr. Rb. Roermond 16 juli 2010, L.JN: BN3446.

201 V.zr. Rb. Den Haag 10 november 2010, L.JN: BO4120;

V.zr. Rb. Amsterdam 21 december 2010, L.JN: BP2166.

202 V.zr. Rb. Groningen 3 december 2010, L.JN: BO6300.

203 V.zr. Rb. Haarlem 15 april 2010, L.JN: BM1413.

winnende inschrijver met derden had gemaakt, bevatten.²⁰⁴

De motiveringsplicht strekt niet zo ver dat de aanbestedende dienst de inschrijvingsbescheiden van de winnende inschrijver aan de protesterende inschrijver moet afstaan, nu het om potentieel concurrentiegevoelige informatie gaat.²⁰⁵

Aan de plicht om de gronden van de gunningsbeslissing, waaronder de voordelen van de winnende inschrijving, oftewel de 'relevante redenen' in de zin van art. 6 lid 1 Wira mede te delen, is (meer dan) genoegzaam voldaan indien uit het gunningsadvies blijkt op welke gunningscriteria de winnende inschrijving hoger scoorde dan de inschrijver tot wie de gunningsbeslissing gericht is en hoeveel punten per (sub)gunningscriterium behaald zijn door 'winnaar' en 'verliezer'. Het is dan *onverplicht* dat melding wordt gemaakt van de gunningscriteria waarop de 'verliezer' beter scoorde dan de 'winnaar'.²⁰⁶ Overigens acht de rechter het soms wel van belang dat er voor de beoordeling van elk gunningscriterium een aparte beoordelingscommissie in het leven was geroepen waarin onder meer externe deskundigen zitting hadden, zodat een meer terughoudende toetsing door de rechter op zijn plaats is.

Ook in een ander vonnis wordt overwogen dat een aanbestedende dienst inzicht, duidelijkheid en openheid ten aanzien van de winnende inschrijving had mogen geven, zonder dat hij daarbij bedrijfsvertrouwelijke informatie prijsgeeft. Het verdient aanbeveling om de motivering in een zo vroeg mogelijk stadium te geven,

maar als dat in aanloop naar een zitting wordt gedaan kan een aanbestedende dienst daarmee alsnog voldoen aan de motiveringsplicht.²⁰⁷

De mededeling waarin het (prijs)criterium waarop minder is gescoord wordt vermeld en de scores op alle subcriteria van de winnende inschrijver en de 'verliezende' inschrijver worden verschaft, kwalificeert als een gunningsbeslissing als bedoeld in art. 1 sub h juncto art. 6 lid 1 Wira.²⁰⁸

De vraag welke rechtsgevolgen de constatering heeft dat de mededeling van een gunningsbeslissing *niet* voldoet aan art. 6 lid 1 Wira, is beantwoord in die zin dat dit enkel gevolgen heeft voor het ingangstijdstip van de Alcatel termijn en niet de rechtsgeldigheid van de (voorlopige) gunningsbeslissing als zodanig aantast.²⁰⁹

Indien het gunningscriterium 'laagste prijs' is, volstaat het noemen van de inschrijver met de laagste prijs in het kader van een effectieve rechtsbescherming *niet* als motivering. De aanbestedende dienst dient bekend te maken wat deze laagste geoffreerde prijs is.²¹⁰ Niet valt in te zien dat door het noemen van de geoffreerde prijs de rechtmatige commerciële belangen van de winnende inschrijver worden geschaad.

14.4. *Inzage in en openbaarmaking van bescheiden van inschrijvingen*

Voor inschrijvers is het vaak lastig om hun argumenten kracht bij te zetten zonder te beschikken over de inschrijving van de andere inschrijvers, en dan met name die van de winnende inschrijver. In beginsel bestaat er geen plicht voor de

204 V zr. Rb. Den Haag 18 oktober 2010, LJN: BO1462.

205 V zr. Rb. Dordrecht 29 juli 2010, LJN: BN2844.

206 Zie ook V zr. Rb. Utrecht 23 juni 2010, LJN: BM8952.

207 V zr. Rb. Zwolle-Lelystad 2 juni 2010, LJN: BM6522.

208 Hof Amsterdam 2 november 2010, LJN: BO3598.

209 V zr. Rb. Den Haag 23 juli 2010, LJN: BN2234.

210 V zr. Rb. Arnhem 24 november 2010, LJN: BO9051.

aanbestedende dienst en de winnende inschrijver om deze inschrijving te verstrekken, indien deze bedrijfsvertrouwelijke informatie bevat.²¹¹ Voor wat betreft de inschrijvingen is dat naar onze mening per definitie het geval.

Een aanbestedende dienst is wel gehouden inzicht, duidelijkheid en openheid ten aanzien van de winnende inschrijving te geven zonder bedrijfsvertrouwelijke informatie prijs te geven. Als de aanbestedende dienst daarin slaagt en daarmee heeft voldaan aan zijn motiveringsplicht, dan wordt de vordering ex art. 843a Rv afgewezen.²¹²

De vraag of de naam van een referent dermate bedrijfsgevoelige informatie is dat waarborging van de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie prevaleert boven een effectieve rechtsbescherming, met name het recht van verweer van de procespartijen als onderdeel van het recht op een eerlijk proces, wordt in één geschil door de rechter ontkennend beantwoord.²¹³ Daartoe is van belang dat in de desbetreffende markt informatie over eerder uitgevoerde opdrachten in de regel niet concurrentiegevoelig wordt geacht. De aanbestedende dienst wordt bevolen de naam van de derde referent in het geding te brengen.

Anders wordt geoordeeld in een ander kort geding, waarin werd gevorderd de aanbestedende dienst te bevelen de naam van een referent te verstrekken en de voorzieningenrechter oordeelt dat sprake is van concurrentiegevoelige informatie, ook indien het gaat om bestaande klantrelaties van minimaal twee jaar.²¹⁴

In een ander vonnis oordeelt de rechter dat slechts indien gerede twijfel bestaat omtrent de juistheid van de voorlopige gunningsbeslissing op de aanbestedende dienst een zwaardere motiveringsplicht rust die mede kan omvatten het ter inzage geven van bepaalde gegevens van de winnende inschrijver. Indien het gunningscriterium 'laagste prijs' is, dan is het verstrekken van de laagste prijs niet het geven van inzage van door de winnende inschrijver verstrekte gegevens, maar de vereiste bekendmaking van de relevante redenen voor gunning aan de winnende inschrijver. De aanbestedende dienst is derhalve uit oogpunt van een effectieve rechtsbescherming en in het kader van de motiveringsplicht gehouden de geoffreerde prijs van de winnende inschrijver bekend te maken.²¹⁵

14.5. *Wet openbaarheid van bestuur*

De Wet openbaarheid van bestuur (Wob) wijkt als algemene openbaarmakingsregeling slechts voor bijzondere openbaarmakingsregelingen met een uitpuittend karakter die zijn neergelegd in wetten in formele zin. Het Bao is geen wet in formele zin, maar een algemene maatregel van bestuur, zodat de Wob hiervoor niet wijkt. Alleen een implementatieregeling van de aanbestedingsrichtlijn in de vorm van een wet in formele zin kan een openbaarmakingsregeling inhouden die voorrang heeft boven de Wob. Art. 6 van de Richtlijn, dat bepaalt dat de aanbestedende dienst ten aanzien van vertrouwelijkheid de nationale regelgeving in acht dient te nemen, verzet zich niet tegen de toepassing van de Wob.²¹⁶

Nadat de minister vervolgens het betreffende verzoek heeft getoetst aan de Wob in plaats

211 V.zr. Rb. Maastricht 25 februari 2010, LJN: BL5678.

212 V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 2 juni 2010 LJN: BM6522.

213 V.zr. Rb. Rotterdam 22 juni 2010 LJN: BN2470.

214 V.zr. Rb. Den Haag 27 augustus 2010, LJN: BN5931.

215 V.zr. Rb. Arnhem 24 november 2010, LJN: BO9051.

216 AB RvS 14 april 2010, LJN: BM1054.

van aan art. 41 lid 5 Bao worden de betreffende inschrijvingsbescheiden gelegd langs de lat van art. 10 lid 1, aanhef en onder c Wob (samengevat 'bedrijfsinformatie'), en art. 10 lid 2, aanhef en onder e Wob (samengevat 'persoonlijke levenssfeer'). De weigeringsgrond dat sprake is van bedrijfsinformatie is, aldus de AB RvS, terecht toegepast bij informatie over onderaannemers, referenties, de geoffreerde tarieven, stukken van verzekeraars, een toelichting op de organisatie en een plan van aanpak. Op de verklaring omtrent gedrag voor rechtspersonen is de weigeringsgrond van inbreuk op persoonlijke levenssfeer terecht van toepassing verklaard.²¹⁷

14.6. *Voeging, tussenkomst en derdenverzet*

Ten aanzien van tussenkomst zijn er veel verschillende benaderingen te ontwaren bij de diverse voorzieningenrechtters.

Als toewijzing van een van de vorderingen tot gevolg kan hebben dat de gunning aan de interveniënt niet kan plaatshebben en tevens in de aanbestedingsdocumentatie is aangegeven dat de voorlopige winnaar dient te interveniëren indien een andere inschrijver tegen het voornemen tot gunning opkomt, dan is in elk geval sprake van voldoende belang bij tussenkomst.²¹⁸

Onjuist lijkt ons de overweging dat inschrijver weliswaar belang heeft bij de vordering tot tussenkomst, maar geen zelfstandige vordering tegen alle andere partijen heeft geformuleerd,

terwijl dat juist het specifieke kenmerk van de zelfstandige positie van een tussenkomen partij is.²¹⁹ Zulks (het indienen van een zelfstandige vordering tegen de andere – doorgaans twee – partijen) is geen vereiste in art. 217 Rv. Om die reden achten wij eveneens onjuist de overweging dat uit het karakter van de tussenkomst volgt dat de aldus interveniërende derde tegen beide oorspronkelijke partijen gaat procederen en dat de vordering van de tussenkomen partij zich dan ook tot beide oorspronkelijke partijen dient te richten.²²⁰ De rechter in deze zaak komt – omdat de betreffende partij slechts tegen de gedaagde partij een vordering had ingesteld – naar onze mening ten onrechte tot het oordeel dat het incident tot tussenkomst niet op rechtsgeldige wijze aanhangig is gemaakt en staat de verzochte voeging vervolgens wel toe.

Een juister oordeel luidt dat voor toewijzing van de vordering tot tussenkomst niet is vereist dat de betreffende inschrijver een zelfstandige vordering indient,²²¹ maar de maatstaf is dat moet blijken van een belang van de inschrijver om benadeling of verlies van een haar toekomend recht te voorkomen.²²² Onder het begrip 'recht' is te verstaan iedere door het recht toegekende of beschermde aanspraak. Daaraan komt derhalve een ruime betekenis toe.²²³

In een groot aantal vonnissen is de volgende overweging terug te vinden: indien geen verweer gevoerd is tegen de tussenkomst en de inschrijver bovendien een 'rechtstreeks en in rechte te

217 AB RvS 20 oktober 2010, LJN: BO1165.

218 Vzr. Rb. Leeuwarden 17 februari 2010, LJN: BL5209.

219 Vzr. Rb. Breda 25 februari 2010, LJN: BL5673.

220 Vzr. Rb. Leeuwarden 29 juli 2010, LJN: BN5172.

221 Zie bijvoorbeeld ook Vzr. Rb. Arnhem 8 juli 2010, LJN: BN2474.

222 Vzr. Rb. Arnhem 1 december 2010, LJN: BP0061;

Vzr. Rb. Dordrecht 16 december 2010, LJN: BP0722 met een verwijzing naar arrest HR 14 maart 2003, NJ 2003, 313.

223 Vzr. Rb. Alkmaar 18 maart 2010, LJN: BL7898.

erkennen' belang²²⁴ of een 'voldoende' belang²²⁵ of een '(voldoende) zelfstandig' belang²²⁶ of 'reëel' belang²²⁷ heeft om als tussenkommende partij in het geding te komen, dan wordt de vordering toegewezen.

De overweging dat het geding ten gevolge van de tussenkost niet nodeloos wordt vertraagd of nodeloos ingewikkeld wordt, wordt veelal toegevoegd,²²⁸ evenals de overweging dat het verzoek tot tussenkost niet in de weg staat aan de vereiste spoed bij het kort geding en de goede procesorde in het algemeen.²²⁹

Indien zowel tegen de gedaagde partij als tegen de eisende partij een vordering wordt ingesteld, is de zelfstandige positie van de interveniënt een gegeven en is het verzoek tot tussenkost in ieder geval toewijsbaar. Eventuele appelmogelijkheden voor de interveniërende partij zijn niet afhankelijk van de vraag of in eerste instantie sprake was van voeging of tussenkost.²³⁰

Eén geval van derdenverzet heeft zich in de hier besproken periode voorgedaan. Het betrof een procedure waarbij een inschrijver een – door een andere inschrijver aangespannen – kort geding bijwoonde en de uitkomst daarvan afwachtte, vervolgens derdenverzet tegen het desbetreffende vonnis instelde en zelf ook een kortgedingprocedure aanhangig maakte tegen het (nieuwe) besluit van de aanbestedende dienst

tot intrekking van het gunningsvoornemen aan hem en tot heraanbesteding. De voorzieningenrechter overweegt dat een dergelijke strategie als 'minder wenselijk' kan worden beschouwd, maar dat dat niet betekent dat het recht op het voeren van deze juridische procedure haar ontzegd moet worden. Immers, derdenverzet is een wettelijk rechtsmiddel en het was voor de betreffende inschrijver niet duidelijk dat het niet-interveniëren in het eerste kort geding ertoe zou leiden dat hij van dit rechtsmiddel geen gebruik meer kon maken.²³¹ Overigens hebben eerdere, vergelijkbare vonnissen er al toe geleid dat aanbestedende diensten in hun aanbestedingsdocumentatie de bepaling opnemen dat de inschrijver aan wie het voornemen tot gunning is uitgegaan op straffe van verval van recht dient te interveniëren in een door een gedupeerde inschrijver aanhangig gemaakt kort geding.

14.7. *Rechtsverwerking/Grossmann-verweer*

Een met de 'echte' Grossmann-zaak vergelijkbare casus kwam aan bod in een kort geding waarin eiseres niet had ingeschreven. De aanbestedende dienst voerde een niet-ontvankelijkheidsverweer, waarop de voorzieningenrechter overweegt dat het recht om over het verloop van de aanbestedingsprocedure te klagen in beginsel aan inschrijvers is voorbehouden. Dat laat

224 Vzr. Rb. Utrecht 31 maart 2010, n.n.g.; Vzr. Rb. Arnhem 15 april 2010, LJN: BM2142; Vzr. Rb. Arnhem 10 juni 2010, LJN: BM9566; Vzr. Rb. Arnhem 11 juni 2010, LJN: BN0353; Vzr. Rb. Arnhem 19 november 2010, LJN: BO5264.
225 Vzr. Rb. Maastricht 25 februari 2010, LJN: BL5678; Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 2 juni 2010, LJN: BM6522; Vzr. Rb. Alkmaar 17 juni 2010, LJN: BN2856; Vzr. Rb. Alkmaar 17 juni 2010, LJN: BN3043.
226 Vzr. Rb. Den Haag 27 september 2010, LJN: BN8655;

Vzr. Rb. Assen 23 december 2010, LJN: BP0116.
227 Vzr. Rb. Rotterdam 22 juni 2010, LJN: BN2470.
228 Vzr. Rb. Maastricht 25 februari 2010, LJN: BL5678; Vzr. Rb. Haarlem 25 juni 2010, LJN: BN0870.
229 Vzr. Rb. Den Haag 27 september 2010, LJN: BN8655; Vzr. Rb. Den Haag 22 juni 2010, LJN: BN2470.
230 Vzr. Rb. Den Haag 24 september 2010, LJN: BN8674 met een verwijzing in dat vonnis naar het arrest HR 9 april 2010, LJN: BK4547.
231 Vzr. Rb. Den Haag 4 februari 2010, LJN: BL2344.

echter onverlet, aldus de rechter, dat in bepaalde omstandigheden ook niet-inschrijvers kunnen klagen en om een heraanbesteding kunnen vragen, voor zover daartoe een rechtens te respecteren belang aanwezig wordt geacht. Na een uitgebreide bespreking van alle gevoerde correspondentie en besprekingen over en weer (zeer casuïstisch dus) komt de rechter tot de conclusie dat het op de weg van eiseres had gelegen om in een eerder stadium haar bezwaren in daden om te zetten teneinde de aanbestedende dienst te bewegen de aanbesteding te staken.²³²

In een enkel vonnis wordt naar de algemene regels over rechtsverwerking verwezen (maar in verreweg de meeste niet). Dan wordt overwogen:

“Voor het aannemen van rechtsverwerking is enkel tijdsverloop of enkel stilzitten onvoldoende. Vereist is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de aanbestedende dienst het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat inschrijver zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de aanbestedende dienst onredelijk zou worden benadeeld in geval inschrijver zijn aanspraak alsnog geldend zou maken.”²³³

De overige nationale rechtspraak kan als volgt worden samengevat.

Niet gehonoreerd wordt het beroep van de aanbestedende dienst op rechtsverwerking indien: de vordering van *de eisende partij niet gebaseerd is op de aanwezigheid van tegenstrijdigheden of onvolkomenheden* in de gunningsleidraad maar op het in haar ogen onjuist hanteren van een bepaald subgunningscriterium, anders gezegd, op het in strijd handelen door de aanbestedende dienst met door haar zelf gestelde regels.²³⁴ Ook wordt het niet gehonoreerd als de eisende partij van de aanbestedende dienst in een eerder stadium het bericht heeft gekregen dat zij moest wachten totdat een nieuw gunningsvoornemen bekend zou worden gemaakt²³⁵ dan wel de aanleiding om bezwaar te maken pas is ontstaan naar aanleiding van de beslissing door de aanbestedende dienst om voorlopig te gunnen aan een inschrijver die niet aan de minimumeisen voldoet²³⁶ of naar aanleiding van de wijze van beoordeling of motivering.²³⁷

Evenmin gaat het verweer op als de beslissing om een bepaalde combinatie te selecteren plaatsvindt op basis van een uitleg van het begrip ‘concern of daartoe behorende dochterondernemingen’ waarop gegadigden niet bedacht hoefden te zijn²³⁸ of als er sprake is van een uitleg door de aanbestedende dienst van een begrip (in het specifieke geval het begrip ‘beschikbaarheid’) die het begrip feitelijk ontkracht en van zijn betekenis ontdoet²³⁹ of als inschrijver de importantie van een bepaald gunningscriterium, namelijk ‘presentatie’, niet doorzag (wat zij kennelijk niet behoefde te doorzien)²⁴⁰ of

232 Vzr. Rb. Amsterdam 18 februari 2010, LJN: BM1656.

233 Rb. Den Haag 18 augustus 2010, LJN: BN4777; Vzr. Rb. Arnhem 25 oktober 2010, LJN: BO1568; Hof Den Haag 26 oktober 2010, LJN: BO2080; Vzr. Rb. Arnhem 19 november 2010, LJN: BO5264; Vzr. Rb. Den Haag 20 december 2010, LJN: BP2354.

234 Vzr. Rb. Rotterdam 23 maart 2010, LJN: BM4442.

235 Vzr. Rb. Den Haag 25 januari 2010, LJN: BL0949.

236 Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 4 februari 2010, LJN: BM3442.

237 Vzr. Rb. Den Bosch 1 oktober 2010, LJN: BN9274; Vzr. Rb. Groningen 3 december 2010, LJN: BO6300.

238 Vzr. Rb. Utrecht 12 februari 2010, LJN: BL3728.

239 Vzr. Rb. Den Haag 10 september 2010, LJN: BN6416.

240 Vzr. Rb. Arnhem 19 november 2010, LJN: BO5264.

als het gunningscriterium ‘prijfbeoordeling’ achteraf, aan de hand van de inschrijvingen, door middel van een bandbreedte nader wordt uitgewerkt.²⁴¹

Als er vóór de inschrijving vragen zijn gesteld over gunningscriteria en beoordelingssystematiek en daar ook vragen bij zitten van de betreffende inschrijver, dan luidt het oordeel dat deze inschrijver voldoende proactief is geweest, ook al was hij niet aanwezig op de prebid-meeting en heeft hij niet alle vragen die in kort geding ter discussie staan zelf gesteld. Ook in dit geval wordt dus het beroep op rechtsverwerking afgewezen.²⁴²

Wel gehonoreerd wordt het beroep – zij het zonder het begrip ‘rechtsverwerking’ te noemen – indien de subgunningscriteria in afnemende volgorde van belang zijn opgenomen, inschrijvers daarover in de nota van inlichtingen geen vragen hebben gesteld, en dus moet worden aangenomen dat de reden waarom de aanbestedende dienst voor vermelding van gunningscriteria in afnemende volgorde van belangrijkheid heeft gekozen, niet alleen duidelijk was voor de inschrijvers, maar ook dat zij daarmee akkoord gingen.²⁴³

Ook wordt de stelling dat onvoldoende proactief is gehandeld gehonoreerd als de inschrijver stelt dat bepalingen uit het bestek, offerteformulier, aanbestedingsleidraad, gunningsmatrix, gun-

ningscriteria of kostenformule onvoldoende eenduidig of onduidelijk zijn, maar er geen vragen over zijn gesteld of er bezwaar tegen is gemaakt voor de inschrijvingstermijn, terwijl een oproep tot het stellen van vragen of het aan de orde stellen van onduidelijkheden/onvolkomenheden wel in de aanbestedingsdocumentatie staat opgenomen.²⁴⁴

Het verweer van de aanbestedende dienst wordt soms ook gehonoreerd als er in de aanbestedingsdocumentatie geen ‘piepsysteem’ staat opgenomen; dan kan het namelijk toch zijn dat de rechter oordeelt dat een proactieve houding van een inschrijver mag worden verwacht en dat de inschrijver aannemelijk moet maken waarom van hem niet gevergd kon worden om reeds tijdens de aanbestedingsprocedure over een beoordelingscriterium te protesteren.²⁴⁵ Eénmaal wordt zelfs overwogen dat “inschrijvers bekend moeten worden verondersteld met het gegeven dat zij hun rechten kunnen verspelen door niet tijdig rechtsmaatregelen te nemen” en honoreert de rechter op die grond het beroep op rechtsverwerking.²⁴⁶

In het geval een aanbesteding wordt gestaakt, een termijn van 15 dagen wordt gegeven om tegen dat besluit op te komen en vervolgens wordt overgegaan tot de onderhandelingsprocedure, dan moet een inschrijver begrijpen dat hij zijn rechten verliest als hij die termijn laat verlopen en dat hij dan later niet meer kan opkomen te-

241 V.zr. Rb. Rotterdam 20 december 2010, LJN: BP1130.

242 V.zr. Rb. Arnhem 15 april 2010 LJN: BM2142.

243 V.zr. Rb. Rotterdam 16 februari 2010, LJN: BL4031.

244 V.zr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, LJN: BN3247; V.zr. Rb. Den Haag 19 maart 2010, LJN: BM0567; Rb. Leeuwarden 24 maart 2010, LJN: BL9758; V.zr. Rb. Haarlem 22 april 2010, LJN: BN0868; V.zr. Rb. Den Haag 10 juni 2010, LJN: BM8014; V.zr. Rb. Den Haag 17 juni 2010, LJN: BN3768; Hof Den Haag 29

juni 2010. LJN: BN4167; V.zr. Rb. Leeuwarden 30 juni 2010, LJN: BM9936; V.zr. Rb. Den Haag 23 juli 2010, LJN: BN2234; V.zr. Rb. Rotterdam 29 november 2010, LJN: BO6099; V.zr. Rb. Groningen 3 december 2010, LJN: BO6300; V.zr. Rb. Den Haag 20 december 2010, LJN: BP2354.

245 V.zr. Rb. Dordrecht 29 juli 2010, LJN: BN2844.

246 V.zr. Rb. Den Haag 27 augustus 2010, LJN: BN5931.

gen het besluit tot staking van de aanbestedingsprocedure.²⁴⁷ Hetzelfde geldt als een inschrijver aan de aanbestedende dienst per brief mededeelt dat hij na een juridische analyse heeft besloten de aanbestedende dienst niet in rechte te betrekken en vervolgens succes toewent in de verdere samenwerking met de winnende inschrijver. Als zes maanden na eerstgenoemde brief wordt gedagvaard en de aanbestedende dienst inmiddels een overeenkomst met een derde heeft gesloten, dan is sprake van onredelijke benadeling van de aanbestedende dienst.²⁴⁸ Onder andere in deze uitspraak kan de ontwikkeling worden gesignaleerd dat de begrippen 'belangenafweging' en 'rechtsverwerking' vaker in elkaars verlengde komen te liggen.²⁴⁹

Het helpt aanbestedende diensten uiteraard om het Grossmann-verweer te doen slagen als in de aanbestedingsdocumentatie expliciet een bepaling is opgenomen dat ingeval een inschrijver van mening is dat een criterium/eis of besteksbeperking in strijd is met enig aanbestedingsrechtelijk beginsel, hij dit onverwijld moet melden en terstond een kortgedingprocedure dient aan te spannen, zulks op straffe van verval van rechten. In dat geval leidt klagen over bijvoorbeeld een liquiditeitseis tot het oordeel dat deze inschrijver zijn recht om over dit punt na inschrijving alsnog te klagen heeft verwerkt.²⁵⁰ Een apart geval vormde een geschil waarbij alle inschrijvingen ongeldig waren verklaard en de aanbestedende dienst vervolgens de onderhandelingsprocedure in was gegaan in de zin van art. 30 Bao. Een inschrijver die na afsluiting van die onderhandelingsprocedure alsnog opkomt tegen de ongeldigverklaring van zijn eerdere

inschrijving en tegen het volgen van de onderhandelingsprocedure (waaraan zij gewoon heeft deelgenomen) krijgt terecht het Grossmann-verweer tegengeworpen.²⁵¹ De rechter overweegt in dit vonnis bovendien dat in het arrest van de HR d.d. 26 juni 2009²⁵² geen inhoudelijk oordeel wordt gegeven over de reikwijdte van de verplichtingen die het Grossmann-arrest en de Rechtsbeschermingsrichtlijn met zich brengen voor inschrijvers die deelnemen aan een Europese aanbestedingsprocedure.

Een impliciete honorering van het rechtsverwerkingsverweer lag besloten in de volgende zaak. Als er bij de oorspronkelijke beoordeling door de aanbestedende dienst fouten zijn gemaakt, die vervolgens zijn hersteld en daarvan melding is gemaakt aan de inschrijvers, aan wie vervolgens een termijn wordt gegund om een rechtsmiddel in te stellen, dan kan de stelling in een later stadium dat er nog steeds onduidelijkheden over die beoordeling bestaan niet meer baten.²⁵³

14.8. *(Geen) tardief verweer aanbestedende dienst/tardieve stelling inschrijver*

Indien in de afwijzingsbrief inhoudelijk op de beoordelingsresultaten is ingegaan, en vervolgens in een toelichtend gesprek op die afwijzingsbrief²⁵⁴ of zelfs na een herbeoordeling te hebben uitgevoerd alsnog een beroep op ongeldigheid wordt gedaan, dan is dat niet tardief.²⁵⁵

Sterker nog, het staat een aanbestedende dienst vrij om op een eerder geuit gunningsvoornemen

247 Vzr. Rb. Amsterdam 8 april 2010, LJN: BM1229.

248 Vzr. Rb. Arnhem 25 oktober 2010, LJN: BO1568.

249 Zie ook par.14.11. 'Belangenafweging'.

250 Vzr. Rb. Den Haag 12 april 2010, LJN: BM1156.

251 Vzr. Rb. Arnhem 10 juni 2010, LJN: BM9566.

252 HR 26 juni 2009, LJN: BI0467.

253 Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2010, LJN: BL4880.

254 Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2010, LJN: BL6601.

255 Zie ook: Vzr. Rb. Arnhem 29 april 2010 LJN: BM7409 en Vzr. Rb. Leeuwarden 30 juni 2010, LJN: BM9936.

terug te komen, of het nu eigener beweging is of naar aanleiding van reacties van andere inschrijvers. Indien bij nader inzien²⁵⁶ blijkt dat een inschrijving ongeldig is, dient het bij de aanvankelijk winnende inschrijver opgewekte vertrouwen te wijken voor het in het aanbestedingsrecht verankerde beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers.²⁵⁷ Opvallend is dat de Haagse voorzieningenrechter in beide in de vorige noot genoemde vonnissen overweegt dat de winnende inschrijver onvoldoende bijzondere omstandigheden heeft aangevoerd die een afwijking van voornoemd gelijkheidsbeginsel kunnen rechtvaardigen. Die omstandigheden zijn dus kennelijk wel denkbaar!

Dat als uitgangspunt heeft te gelden dat een ongeldige inschrijving tot terzijdelegging van de aanbidding leidt, ook indien dat in een later stadium wordt geconstateerd en wordt aangevoerd, betekent niet dat de inschrijver mag worden verrast met nieuwe bezwaren. Hij moet wel voldoende gelegenheid hebben tot verweer.²⁵⁸ Het pas ter zitting betogen dat de eerder aangevoerde afwijzingsgrond komt te vervallen en aanvoeren dat sprake is van een nieuwe afwijzingsgrond die bovendien niet valide lijkt, zijn omstandigheden waarin de rechter oordeelt dat een beroep op dat nieuwe bezwaar niet kan slagen.²⁵⁹

Indien in een eerdere in 2009 gevoerde, gelijk-luidende aanbestedingsprocedure met gelijk-luidende eisen met een identieke inschrijving geen ongeldigheid is opgeworpen, dan leidt dat niet tot de conclusie dat in de nieuwe aanbestedingsprocedure geen sprake kan zijn van

een ongeldige inschrijving. Op een eerdere, kennelijk minder zorgvuldige beoordeling mogen immers geen verwachtingen worden gebaseerd met betrekking tot zorgvuldigheid in een volgende aanbestedingsprocedure. Indien aan eerdere onzorgvuldigheid rechten zouden kunnen worden ontleend zou dat leiden tot strijd met het beginsel van gelijke behandeling.²⁶⁰

Als een inschrijver pas in de tweede termijn van de mondelinge behandeling met een nieuwe stelling komt (te weten twijfel te hebben over de deskundigheid van de beoordelaars), dan wordt dat in strijd met de goede procesorde geacht, omdat de aanbestedende dienst redelijkerwijs de mogelijkheid wordt onthouden om zich behoorlijk te verweren.²⁶¹

14.9. *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

Een expliciete verwijzing naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die door de gemeente bij haar taakvervulling in acht moet worden genomen is te vinden in een arrest van het Hof Den Haag.²⁶² Deze plicht geldt, aldus het hof, ook als zij een privaat project aan zich trekt in dier voege dat zij de realisatie van het project faciliteert en in dat kader een in haar eigendom zijnd perceel verkoopt. De gemeente had gekozen voor een onderhandse aanbesteding waarbij zij door een voorselectie drie woningcorporaties en drie ontwikkelende aannemers had uitgenodigd. De gemeente dient dan op basis van het algemene beginsel van behoorlijk bestuur dat besluiten zorgvuldig

256 De aanbestedende dienst had zich ruim voor de mondelinge behandeling van het kort geding alsnog op het standpunt gesteld dat de winnende inschrijving ongeldig bleek.

257 V.zr. Rb. Den Haag 25 januari 2010, LJN: BL0949; V.zr. Rb. Den Haag 4 februari 2010, LJN: BL2344.

258 V.zr. Rb. Roermond 16 juli 2010, LJN: BN3446.

259 V.zr. Rb. Den Haag 26 januari 2010, LJN: BL1919.

260 V.zr. Rb. Den Haag 31 december 2010, LJN: BP1994.

261 V.zr. Rb. Den Haag 1 juni 2010, LJN: BM6572.

262 Hof Den Haag 26 oktober 2010, LJN: BO2080.

worden voorbereid de in het aanbestedingsrecht geldende beginselen van gelijke behandeling, objectiviteit en transparantie na te leven. Dat geldt ook bij de selectie van de bedrijven die tot de onderhandse aanbesteding worden toegelaten. De invulling die het hof vervolgens aan de beginselen geeft, is vrij vergaand.

14.10. *Geen belang*

Het is vaste jurisprudentie dat een inschrijver van wie de inschrijving terecht terzijde is gelegd wordt geacht geen partij te zijn in de aanbestedingsprocedure en dus geen belang (meer) heeft bij een vordering tot heraanbesteding. Afwijzing van de vordering dan wel niet-ontvankelijkheid is dan het gevolg.²⁶³

Indien een eisende partij niet zelfstandig, maar als combinant aan de aanbesteding heeft deelgenomen heeft zij geen belang bij de vorderingen, indien deze slechts op eigen naam zijn ingesteld en wordt zij niet-ontvankelijk verklaard.²⁶⁴ In een andere zaak komt de rechter echter tot de – naar onze mening onjuiste – conclusie dat een partij die niet zelfstandig maar als combinant van een combinatie heeft ingeschreven niet het ontbreken van een belang kan worden tegengeworpen als de aanbestedende dienst vanaf het eerste moment bekend was dat de betreffende partij de werkzaamheden in het kader van de opdracht zou uitvoeren.²⁶⁵

Bij een afgeleid belang is geen sprake van een voldoende belang om bezwaren tegen een bepaalde aanbestedingsprocedure in rechte te

laten toetsen. Indien een aantal partijen noch gezamenlijk noch afzonderlijk in staat zijn alleen of zelfstandig in te schrijven op een aanbesteding noch aannemelijk maken dat er een reële mogelijkheid bestond dat zij in samenwerking met potentiële inschrijvers dan wel als onderaannemer zouden meedingen naar de opdracht, dan is er geen voldoende procesbelang. Als de betreffende partijen ten slotte ook niet kunnen aantonen dat zij in de toekomst potentiële inschrijvers zouden worden, dan is de eindconclusie dat er geen sprake is van een voldoende belang.²⁶⁶ Het recht om over het verloop van de aanbestedingsprocedure te klagen is in beginsel aan inschrijvers voorbehouden. Dat laat echter onverlet dat in bepaalde omstandigheden ook niet-inschrijvers kunnen klagen en om een heraanbesteding kunnen vragen voor zover daartoe een rechtens te respecteren belang aanwezig wordt geacht.²⁶⁷

In het geval de opdracht afvalinzameling betreft en twee van de vier eiseressen zich niet bezighouden met de inzameling van afval, maar met andersoortige activiteiten, dan hebben deze twee geen belang bij hun vorderingen (die betrekking hebben op het verwerven van de opdracht) en worden zij niet-ontvankelijk verklaard.²⁶⁸

14.11. *Belangenafweging*

Art. 254 Rv bepaalt dat in alle spoedeisende zaken waarin, *gelet op de belangen van partijen*, een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist, de voorzieningenrechter bevoegd is deze te geven.

263 V.zr. Rb. Den Haag 25 januari 2010, LJN: BL0949; V.zr. Rb. Den Haag 4 februari 2010, LJN: BL2344; V.zr. Rb. Maastricht 4 februari 2010, LJN: BL1970; V.zr. Rb. Den Haag 11 februari 2010, LJN: BL6601; V.zr. Rb. Breda 12 mei 2010 LJN: BM4205; V.zr. Rb. Leeuwarden 30 juni 2010, LJN: BM9936; Hof Den Bosch

23 november 2010, LJN: BO5839.

264 V.zr. Rb. Leeuwarden 29 juli 2010, LJN: BN2970.

265 V.zr. Rb. Amsterdam 8 april 2010, LJN: BM1229.

266 V.zr. Rb. Den Haag 27 oktober 2010, LJN: BO1960.

267 V.zr. Rb. Amsterdam 18 februari 2010, LJN: BM1656.

268 Rb. Leeuwarden 27 januari 2010, LJN: BL0852.

Men kan zich de vraag stellen of bij een schending van het Europese aanbestedingsrecht een belangenafweging wel past.²⁶⁹ Oftewel, zoals de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem, die van oordeel is dat de aanbestedende dienst in strijd met eigen bestekseisen en met schending van gelijkheids- en transparantiebeginsel een inschrijver heeft willen bevoordelen, terecht overweegt: “Bij die stand van zaken is voor een belangenafweging, ten gunste van de aanbestedende dienst, geen plaats, reeds omdat zo’n belangenafweging in dit geval ten koste gaat van een effectieve rechtsbescherming.”²⁷⁰

De belangenafweging, waarbij alle omstandigheden in aanmerking worden genomen, komt soms neer op het (impliciete) oordeel dat sprake is van rechtsverwerking.²⁷¹ Ook hier valt de hiervoor (bij par. 14.7. ‘Rechtsverwerking’) genoemde ontwikkeling op dat de vraag of sprake is van rechtsverwerking meeweegt in het kader van de belangenafweging.

Soms wordt de belangenafweging gehanteerd als apart argument om te kijken of de beslissing als gevolg van die belangenafweging (alsnog) dient om te slaan naar de andere kant.²⁷² Dit lijkt ons onjuist: daar waar de rechter oordeelt dat de aanbestedende dienst niet in strijd met enige regel heeft gehandeld en de juiste beslissing heeft genomen, kan het niet zo zijn dat een belangenafweging alsnog tot de conclusie zou kunnen leiden dat in het voordeel van de inschrijver alsnog een andere beslissing zou moeten worden genomen.

Ook wordt de belangenafweging ingezet als een element dat – naast andere overwegingen – de doorslag geeft om in het voordeel van de partijen te kunnen beslissen: in het voordeel van de aanbestedende dienst²⁷³ of in het voordeel van de inschrijver.²⁷⁴

Een wat vreemde overweging van het Hof Den Haag – want op een vrijbrief voor aanbestedende diensten lijkend om een status quo te creëren – vinden wij de volgende:

“De grieven kunnen, wat er van de inhoudelijke beoordeling ook zij, naar het oordeel van het hof niet leiden tot het daarmee beoogde doel. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat het in het kader van het onderhavige kort geding een afweging dient te maken van de belangen van partijen naar de toestand zoals die zich thans voordoet.”²⁷⁵

Nu de opdracht reeds was gegund en voltooid valt de belangenafweging door voortschrijding van de tijd vanzelf uit in het voordeel van de aanbestedende dienst.

Hetzelfde hof liet in een arrest van eerdere datum de belangenafweging – die in hoger beroep wederom, op basis van de zich dan voordoende omstandigheden, moet worden gemaakt – overigens in het voordeel van de gedupeerde aannemer uitvallen. In die situatie was sprake van een lang tijdsverloop ten aanzien waarvan de aannemer geen verwijt trof, handelen door de gemeente in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en wijziging van de projectplannen van de gemeente. Onder die omstandigheden heeft het

269 Zie S.M. Evers, ‘Grenzen aan de belangenafweging door de – nationale – rechter’, TA 2008, p. 217.

270 V.zr. Rb. Arnhem 10 juni 2010 L.JN: BM9566.

271 V.zr. Rb. Amsterdam 18 februari 2010, L.JN: BM1656.

272 V.zr. Rb. Amsterdam 8 december 2010, L.JN: BO8420.

273 V.zr. Rb. Den Haag 21 mei 2010 L.JN: BM5875.

274 V.zr. Rb. Leeuwarden 29 juli 2010, L.JN: BN5172.

275 Hof Den Haag 2 november 2010, L.JN: BO5060.

belang van de gedupeerde aannemer, aldus het hof, de overhand.²⁷⁶

14.12. *Dwangsom*

Dwangsommen worden niet zelden opgelegd om de aanbestedende dienst tot nakoming te bewegen. Het is raadzaam om niet alleen tegen de hoogte van de dwangsom bezwaar te maken, maar ook tegen het opleggen van de dwangsom als zodanig; indien de dwangsom wordt opgelegd dan luidt het dictum vaak dat deze vatbaar is voor matiging en dat de dwangsom wordt gemaximeerd.²⁷⁷

In sommige gevallen bepaalt de rechter dat een eenmalige (direct opeisbare) dwangsom wordt verbeurd bij overtreding van het opgelegde verbod.²⁷⁸ De hoogte van de opgelegde dwangsommen varieert.

Veelal wordt de gevorderde dwangsom afgevoerd als de aanbestedende dienst ter zitting heeft verklaard een veroordelend vonnis te zullen naleven (hetgeen, zoals de rechter soms overweegt, ook van een overheidsorgaan mag worden verwacht) en niet is gebleken van feiten en omstandigheden op grond waarvan gevreesd moet worden dat hij dat niet zal doen.²⁷⁹

In een kort geding waar geen verweer was gevoerd ten aanzien van de gevorderde dwangsom wijft de rechter fijntjes in dat deze wordt toegewezen, mede omdat de aanbestedende dienst niet heeft uitgesproken dat zij zich als overheidsorganisatie altijd aan vonnissen houdt. Doet zij

dat, aldus de rechter, dan is er ook geen gevolg aan de veroordeling verbonden. Omdat sprake is van een overheidsorgaan wordt de hoogte van de dwangsom wel gematigd.²⁸⁰

14.13. *Wira*

Er is weinig jurisprudentie met betrekking tot art. 8 Wira, op basis waarvan vernietiging van een overeenkomst mogelijk is. Wellicht ook minder dan verwacht, al moet rekening worden gehouden met de omstandigheid dat vernietiging via een bodemprocedure moet worden verkregen en een bodemprocedure een langere doorlooptijd heeft.

Een interessante vraag was aan de orde in een postcontractueel aanbestedingsgeschil. De subsidiaire vordering had betrekking op ontbinding van de overeenkomst tussen aanbestedende dienst en opdrachtnemer. Deze laatste was echter geen procespartij. De rechter overweegt dat art. 8 Wira een aanvullende mogelijkheid opent tot vernietiging van een reeds gesloten aanneemcontract, op vordering van de ondernemer die zich door een gunningsbeslissing benadeeld acht. In de memorie van toelichting bij de Wira staat uitdrukkelijk vermeld, aldus de rechter, dat een op dat artikel gebaseerde vordering mede moet worden ingesteld tegen de wederpartij van de aanbestedende dienst. De voorzieningenrechter dient dus uiterst terughoudend te zijn met het op vordering van een gepasseerde inschrijver uitspreken van een verbod om (verdere) uitvoering te geven aan een overeenkomst of van een gebod om de

276 Hof Den Haag 26 oktober 2010, LJN: BO2080.

277 Zie Vzr. Rb. Den Haag 26 januari 2010, LJN: BL1919; Vzr. Rb. Arnhem 15 februari 2010, LJN: BL5214; Vzr. Rb. Den Haag 30 maart 2010, LJN: BL9937; Vzr. Rb. Groningen 3 december 2010, LJN: BO6300.

278 Vzr. Rb. Haarlem 31 mei 2010, LJN: BN2434; Vzr. Rb. Arnhem 10 juni 2010, LJN: BM9566.

279 Vzr. Rb. Alkmaar 17 juni 2010 LJN: BN3043; Vzr. Rb. Leeuwarden 29 juli 2010, LJN: BN5172; Vzr. Rb. Den Haag 12 november 2010, LJN: BO5145.

280 Vzr. Rb. Assen 23 december 2010, LJN: BP0116.

overeenkomst op te zeggen dan wel te beëindigen op grond van een wettelijke of contractuele bevoegdheid. (De rechter noemt hierbij in het kader van een kort geding uitdrukkelijk niet de term ‘vernietiging.’) Ook, vervolgt de rechter, een belangenafweging tussen partijen noopt tot uiterste terughoudendheid bij het aan gedaagde opleggen van een gebod om de overeenkomst te ontbinden. Het werk is immers al in een gevorderd stadium van uitvoering. Op grond van deze twee omstandigheden concludeert de rechter dat de aanbestedende dienst niet jegens eiseres verplicht is gebruik te maken van de aan haar toekomende ontbindingsbevoegdheid (zelfs als wordt aangenomen dat opdrachtnemer wanprestatie levert).²⁸¹ De aanbestedende dienst wordt hier wel erg welwillend tegemoet getreden.

Het Hof Amsterdam denkt daar anders over, en naar onze mening terecht. Het hof overweegt dat noch uit art. 8 Wira, noch uit de wetgeschiedenis bij de Wira, mede in het licht van art. 2 quinquies Richtlijn 2006/66 (Rechtsbeschermingsrichtlijn), volgt dat de in voornoemd art. 8 lid 1 sub a tot en met c vermelde vernietigingsgronden limitatief zijn, in die zin dat de rechter in andere gevallen niet tot aantasting van de overeenkomst kan overgaan. Art. 8 Wira beoogt slechts in de onder a-c genoemde gevallen de verplichte sanctie van vernietigbaarheid op te leggen. Dit laat onverlet, aldus het hof, dat de Rechtsbeschermingsrichtlijn ook in andere gevallen opdraagt om effectieve rechtsbescherming te bieden. Dit betekent dat indien een overeenkomst al is gesloten, de rechter in kort geding in eerste aanleg en in hoger beroep nog steeds een uitspraak kan doen die neerkomt op een verbod om (verdere) uitvoering te geven aan een overeenkomst hetzij een gebod om de

overeenkomst op te zeggen dan wel te beëindigen op een wettelijke of contractuele grond, als dat noodzakelijk is om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad.²⁸²

Tot welke consequenties het niet voldoen aan art. 6 lid 1 Wira leidt, is een vraag die als volgt beantwoord is: indien de voorlopige gunningsbeslissing niet voldoet aan het bepaalde in art. 6 lid 1 Wira dan kan dit enkel gevolgen hebben voor het ingangstijdstip van de Alcatel-termijn en niet voor de rechtsgeldigheid van de (voorlopige) gunningsbeslissing.²⁸³

In een andere zaak komt de winnende inschrijver in eerste aanleg tussen, maar worden de vorderingen van de klager toegewezen. De tussenkomende partij gaat in appel en maakt in dat appel meteen bezwaar tegen het nieuwe gunningsvoornemen ten gunste van de klager in eerste aanleg. Dat acht het hof niet geoorloofd. De desbetreffende inschrijver had tegen de nieuwe gunningsbeslissing op moeten komen bij de voorzieningenrechter via een tweede kort geding. De schorsende werking die voortvloeit uit art. 7 Wira bij het tijdig aanhangig maken van een verzoek om onmiddellijke voorziening bij voorraad geldt in die situatie ook niet.²⁸⁴

14.14. *Schadevergoeding*

Er zijn niet veel uitspraken waarin een vordering tot schadevergoeding aan de orde kwam. In een hoger beroep kwam een aanbestedende dienst op tegen het oordeel van de rechtbank dat de inschrijver aanspraak kon maken op een schadevergoeding ter grootte van het positief contractsbelang. De desbetreffende aanbestedende dienst stelde dat de rechtbank niet tot

281 V.zr. Rb. Den Haag 21 mei 2010, LJN: BM5875.

282 Hof Amsterdam 17 augustus 2010, LJN: BN5585.

283 V.zr. Rb. Den Haag 23 juli 2010, LJN: BN2234.

284 Hof Amsterdam 2 november 2010, LJN: BO3598.

die beslissing had mogen komen, omdat de inschrijver niet op korte termijn na gunning een vordering in kort geding had ingesteld met als inzet gunning aan hem en dat daarom nu geen aanspraak meer gemaakt kon worden op het positief contractsbelang. Het hof wijst dit argument van de hand. De aanbestedende dienst kwam vervolgens met een nieuwe grief, namelijk dat de inschrijver slechts recht zou hebben op schadevergoeding wegens een gemiste kans en niet op gederfde winst, maar hierop kon geen acht meer worden geslagen, omdat deze grief pas ter gelegenheid van pleidooi naar voren was gebracht.²⁸⁵

Een vordering tot veroordeling van vergoeding van de offertekosten van een inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan wordt afgewezen, aangezien het financiële risico van het doen van een ongeldige inschrijving bij de inschrijver ligt.²⁸⁶

Daar waar eiseressen hebben gedaan wat zij konden doen, namelijk bij de aanbestedende dienst gedurende bijna een jaar informatie inwinnen om duidelijkheid over hun positie te krijgen, waarna zij vervolgens een vordering tot schadevergoeding indienden, oordeelt de rechtbank dat de schade die is geleden en nog zal worden geleden door het niet aanbesteden voor vergoeding in aanmerking komt. Eiseressen stelden ook schade te hebben geleden als gevolg van gederfde winst, gemiste dekking van overheadkosten en gemiste ervaring en referenties voor toekomstige aanbestedingen. Omdat deze schade slechts globaal is omschreven wijst de rechtbank de vordering tot verwijzing naar een schadestaatprocedure toe.²⁸⁷ Als een inschrijver heeft deelgenomen aan een aanbesteding en dan vervolgens de aanbestedende dienst verwijt niet

Europees te hebben aanbesteed, dan heeft hij bij dit verwijt geen belang. Hij heeft immers kunnen deelnemen en dus geen schade geleden als gevolg van de omstandigheid dat deze aanbesteding niet is aangemeld zoals voorgeschreven in de Europese regelgeving, aldus de rechtbank. Een interessant arrest is geweest door het HvJ EU over schending van de aanbestedingsregels en of het recht op schadevergoeding wegens schending van die aanbestedingsregels afhankelijk is van de vraag of een aanbestedende dienst schuld heeft aan die schending.²⁸⁸ Het HvJ EU oordeelt dat het in strijd zou zijn met het recht van inschrijvers om tegen beslissingen in aanbestedingsprocedures doeltreffend en zo snel mogelijk op te kunnen komen om een verwijtbaarheidselement te introduceren. Met andere woorden: het recht op schadevergoeding mag niet afhankelijk worden gesteld van de vraag of de schending van de aanbestedingsregels aan de aanbestedende dienst verwijtbaar is of niet.

15. **Varia**

15.1. **Percelen**

Wanneer een werk of dienst wordt verdeeld in percelen is het de waarde van alle percelen tezamen die bepaalt of de financiële drempelwaarden worden overschreden. Overschrijden deze percelen tezamen de (Europese) drempelwaarden, dan geldt de Richtlijn ten aanzien van al deze percelen. Aanbestedende diensten kunnen van dit uitgangspunt afwijken voor percelen waarvan de geraamde waarde minder dan € 80.000 bedraagt, mits het samengestelde bedrag van de percelen waarvoor is afgeweken niet meer beloopt dan 20 procent van de totale waarde van alle percelen. In één uitspraak komt deze zogenaamde 'percelenregeling' aan de orde.

285 Hof Leeuwarden 6 april 2010 LJN: BM0044.

286 Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 16 juli 2010, LJN: BN2397.

287 Rb. Den Haag 18 augustus 2010, LJN: BN4803.

288 HvJ EU 30 september 2010, C-314/09.

In die zaak stelde de aanbestedende dienst zich op het standpunt dat bepaalde dienstenopdrachten, gelet op de percelenregeling, niet onder de werkingssfeer van de Richtlijn vallen en daarom terecht niet waren aanbesteed. Of dit standpunt juist is, blijft in het midden, aangezien de rechter in deze zaak tot de conclusie komt dat de door de aanbestedende dienst 'uitgezonderde dienstenopdrachten' gelet op het aanwezig geachte grensoverschrijdend belang hoe dan ook aan mededinging blootgesteld hadden moeten worden.²⁸⁹

15.2. *Beoordelingsvrijheid aanbestedende dienst/samenstelling en advies beoordelingscommissie*

In meerdere uitspraken komt het uitgangspunt naar voren dat aanbestedende diensten een aanzienlijke beoordelingsvrijheid toekomt en dat het niet de bedoeling is dat de (voorzieningen) rechter op de stoel van aanbestedende dienst gaat zitten en de beoordeling nog eens overdoet. De toetsing door de rechter is terughoudend en blijft veelal beperkt tot de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid. Het lijkt daarbij vaak te draaien om de vraag of de aanbestedende dienst in redelijkheid tot een bepaald oordeel heeft kunnen komen.²⁹⁰ Deze terughoudende toetsing lijkt zowel voor de

beoordeling in het kader van gunningscriteria als voor de beoordeling in het kader van geschiktheids- en selectiecriteria te gelden. Daarbij speelt het bij de beoordeling in het kader van gunningscriteria een rol dat de rechters dikwijls niet over voldoende kennis beschikken om ofertes inhoudelijk goed te kunnen beoordelen, zodat zij zich niet vrij lijken te achten zelf een beoordeling uit te voeren. Tevens speelt de onafhankelijkheid en de deskundigheid van de beoordelaars een rol. Hoe onafhankelijker en deskundiger deze beoordelaars zijn, des te meer vrijheid zij lijken te hebben bij het op waarde schatten van inschrijvingen.²⁹¹ Daarbij verdient het ter waarborging van de onafhankelijkheid van de beoordelingscommissie de voorkeur dat in ieder geval een of meerdere leden niet aan de aanbestedende dienst zijn verbonden.²⁹²

Bij opdrachten waarbij creativiteit van de inschrijver een rol speelt, lijkt de beoordelingsvrijheid van aanbestedende diensten bijzonder groot, zodat zij zelfs niet vooraf kenbaar behoeven te maken op welke componenten de inschrijvingen worden beoordeeld.²⁹³ Daarnaast is het volledig aan de aanbestedende dienst om te bepalen welke vraag in de markt wordt gezet en op welk moment.²⁹⁴ Eveneens kenmerkend voor de vrijheid die aanbestedende diensten wordt toegekend ligt besloten in het arrest van het Hof Leeuwarden, waarin het hof tot de conclusie komt dat aanbestedende diensten de vrijheid hebben om lopende een aanbestedings-

289 AB RvS 30 juni 2010, LJN: BM9639.

290 Vzr. Rb. Rotterdam 16 februari, LJN: BL4031; Vzr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, LJN: BL5256; Vzr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, LJN: BN3247. Vzr. Rb. Haarlem 15 april 2010, LJN: BM1413; Vzr. CBB 15 april 2010, LJN: BM1341; Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 22 april 2010, LJN: BM1998; Vzr. Rb. Arnhem 29 april 2010, LJN: BM7409; Vzr. Rb. Den Haag 1 juni 2010, LJN: BM6572; Vzr. Rb. Rotterdam 22 juni 2010,

LJN: BN2470; Vzr. CBB 1 juli 2010, LJN: BN0301;

Vzr. Rb. Rotterdam 8 juli 2010, LJN: BN4471; Vzr. Rb. Arnhem 1 december 2010, LJN: BP0061.

291 Zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Haarlem 15 april 2010, LJN: BM1413.

292 Vzr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, LJN: BN3247.

293 Vzr. Rb. Haarlem 2 juli 2010, LJN: BN0873.

294 Vzr. Rb. Den Haag 19 juli 2010, LJN: BN2037.

procedure varianten te accepteren, mits deze varianten (volstrekt) gelijkwaardig zijn.²⁹⁵

De beoordelingsvrijheid van aanbestedende diensten is echter niet onbegrensd. Zo valt uit een arrest van het Hof Arnhem af te leiden dat een aanbestedende dienst bij het beoordelen van offertes in beginsel uit dient te gaan van de door de inschrijvers aangeleverde gegevens. De in aanmerking te nemen gegevens door de aanbestedende dienst in het kader van de te maken beoordeling is dus beperkt.²⁹⁶ Daarnaast is het een aanbestedende dienst niet toegestaan om in de beoordeling af te wijken van de in de aanbestedingsdocumentatie voorgeschreven beoordelingsmethodiek.²⁹⁷ ‘Gunningscriteriumverlatende’²⁹⁸ beoordelingen zijn dan ook niet toegestaan. Evenmin toegestaan zijn die beoordelingen waarin de aanbestedende dienst een volkomen onverwachte uitleg geeft aan geschiktheidseisen.²⁹⁹

15.3. *Belangenverstrengeling/voorkennis*

Van ontoelaatbare belangenverstrengeling/kennisvoorsprong lijkt niet snel sprake te zijn. De maatstaf die wordt aangelegd om te beoordelen of de grenzen van het toelaatbare worden overschreden is of “de mededinging wordt vervalst of uitgeschakeld”.³⁰⁰ Het feit dat een inschrijver eerder vergelijkbare opdrachten heeft uitgevoerd, of reeds vele jaren ‘huisadviseur’ is en uit dien hoofde enige kennisvoorsprong heeft,³⁰¹ levert geen ontoelaatbare belangenverstrengeling dan wel kennisvoorsprong op.

Van een ontoelaatbare kennisvoorsprong/belangenverstrengeling is wel sprake als een inschrijver het (technische) bestek heeft opgesteld en als enige inzicht heeft in de (door hem opgestelde) financiële raming van de opdracht,³⁰² wanneer een inschrijver betrokken is bij de totstandkoming van het bestek en de beoordeling van de inschrijvingen³⁰³ of wanneer de ingeschakelde ‘onafhankelijk expert’ helemaal niet onafhankelijk en onpartijdig blijkt te zijn.³⁰⁴ Een dergelijke belangenverstrengeling of voorkennis moet wel voldoende aannemelijk kunnen worden gemaakt door eiseres. Zonder nadere onderbouwing kan bijvoorbeeld de enkele stelling dat een medewerker van de winnende inschrijver betrokken is bij relevante keuringsrapporten niet leiden tot de conclusie dat sprake is van een ontoelaatbare kennisvoorsprong/belangenverstrengeling.³⁰⁵ Ook zal eiseres dienen aan te tonen dat sprake is van een *relevante* kennisvoorsprong. Wanneer een kennisvoorsprong geen nut heeft in het kader van de aanbestedingsprocedure zal van een ontoelaatbare kennisvoorsprong immers geen sprake zijn.³⁰⁶

15.4. *Begrip ‘concern’*

In twee uitspraken kwam het begrip ‘concern’ ter sprake en hadden de rechters te oordelen over de bepaling in de aanbestedingsdocumentatie dat een onderneming dan wel een concern of daartoe behorende dochterondernemingen slechts eenmaal mochten aanmelden op straffe van uitsluiting van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure. In dat kader kwam de

295 Hof Leeuwarden 28 september 2010, LJN: BN8784.

296 Hof Arnhem 26 januari 2010, n.n.g.

297 Vzr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, LJN: BL5256;

Vzr. Rb. Rotterdam 23 februari 2010, LJN: BN3247.

298 Vzr. CBb 1 juli 2010, LJN: BN0301.

299 Vzr. Rb. Rotterdam 8 juli 2010, LJN: BN4471.

300 Vzr. Rb. Arnhem 29 april 2010, LJN: BM7409.

301 Vzr. Rb. Arnhem 29 april 2010, LJN: BM7409.

302 Vzr. Rb. Amsterdam 8 april 2010, LJN: BM1229.

303 Vzr. Rb. Haarlem 31 mei 2010, LJN: BN2434.

304 Vzr. Rb. Den Haag 30 maart 2010, BL9937.

305 Vzr. Rb. Den Haag 17 juni 2010, LJN: BN3768.

306 GvEA 19 maart 2010, T-50/05.

vraag aan de orde hoe eng of hoe rekkelijk het begrip ‘concern’ moest worden uitgelegd. Waar de voorzieningenrechter in eerste instantie voor de uitleg van dit begrip aansluiting zoekt bij de uitleg van het woord ‘concern’ in het *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal* (Van Dale), zoekt het Hof Amsterdam voor deze uitleg aansluiting bij art. 2:24a en 2:24b van het Burgerlijk Wetboek waarin de term ‘groep’ wordt gehanteerd. Deze term valt volgens het hof in het Nederlands spraakgebruik goeddeels samen met de term ‘concern’.³⁰⁷

15.5. *Raakvlakken met staatssteun*

De relatie tussen (niet-)aanbesteden en staatssteun is dit jaar in totaal drie uitspraken aan de orde geweest. Daarbij was het twee keer dezelfde parkeergarage-exploitant die zijn staatssteunrechtelijke bezwaren te berde bracht. In een zaak bij de Rechtbank Arnhem strandt het bezwaar van deze inschrijver, omdat zijn bezwaar kort gezegd te prematuur is, daar van een (eventuele) vergoeding van de onrendabele top nog geen sprake is. Bovendien heeft de inschrijver onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit kon worden afgeleid dat de mededinging zou worden vervalst en de tussenstaatse handel ongunstig zou worden beïnvloed.³⁰⁸ In een tweede bodemprocedure voor de Rechtbank Den Haag strandt het bezwaar van deze inschrijver, omdat geen sprake is van een voordeel.³⁰⁹ Tot de conclusie dat geen sprake is van een voordeel, komt ook de Rechtbank Leeuwarden.³¹⁰

Wat opvalt aan de ‘parkeergaragezaken’ is dat de overwegingen van de rechters ten aanzien van de staatssteunbezwaren bijzonder summier zijn te

noemen, hetgeen de interpretatie en acceptatie van deze vonnissen bemoeilijkt. Zo is het, gelet op de intenties van de aanbestedende dienst in de Arnhemse zaak niet geheel duidelijk waarom het bezwaar van de parkeergarage-exploitant prematuur is te noemen en lijkt het oordeel van de Rechtbank Den Haag dat geen sprake is van een voordeel mogelijk (te) kort door de bocht, gegeven het feit dat de rechtbank de marktconformiteit van (inmiddels aangepaste) overeengekomen vergoedingen baseert op een overeenkomst die in 2001 naar aanleiding van een onderhandse aanbesteding tot stand is gekomen.

De staatssteunrechtelijke overwegingen van de Rechtbank Leeuwarden dat geen sprake zou zijn van voordeel zijn daarentegen uitgebreider. Interessant aan deze zaak is echter de vraag of er überhaupt wel sprake van staatssteun kan zijn, wanneer de ‘steun’ wordt verleend aan een quasi-inhouse entiteit. Immers, een dergelijke entiteit richt zich in beginsel niet (of slechts zeer marginaal) op de markt, zodat steun aan een dergelijke entiteit de mededinging moeilijk lijkt te kunnen schaden. De vraag of de vergoedingen marktconform zijn, is een vraag die mogelijk achterwege had kunnen blijven, gelet op het feit dat de rechtbank eerder in het vonnis tot het oordeel kwam dat sprake was van een quasi-inhouse constructie en gelet op de overige omstandigheden in het betreffende geschil.

15.6. *Raakvlakken met mededingingsrecht*

In een zaak bij de voorzieningenrechter Amsterdam stelt een inschrijver zich op het standpunt dat een concurrerende inschrijver misbruik van zijn economische machtspositie zou ma-

307 V.zr. Rb. Utrecht 12 februari 2010, LJN: BL3728; Hof Amsterdam 2 november 2010, LJN: BO3946.

308 V.zr. Rb. Arnhem 10 november 2010, LJN: BO4451.

309 Rb. Den Haag 18 augustus 2010, LJN: BN4777.

310 Rb. Leeuwarden 27 januari 2010, LJN: BL0852.

ken door buitensporig lage prijzen te offeren. Dit bezwaar strandt omdat in de procedure (voorlopig) vast komt te staan dat van dergelijke buitensporig lage prijzen geen sprake is. Van misbruik is daarom geen sprake zodat de bezwaren van de inschrijver op dat punt worden afgewezen.³¹¹

15.7. *Variant/alternatief*

Het is een aanbestedende dienst niet toegestaan om na definitieve gunning volstrekt gelijkwaardige producten van de winnende inschrijver te weigeren. De redelijkheid en billijkheid staan aan een dergelijk handelen in de weg. Dit blijkt uit een arrest van het Hof Leeuwarden, waarin de winnende inschrijver na definitieve gunning afwijkende, goedkopere alternatieven aanbood. Omdat deze alternatieven niet volstrekt gelijkwaardig waren, en de aanbestedende dienst om die reden de alternatieven eerder in het kader van de aanbestedingsprocedure al had afgewezen, staat de aanbestedende dienst in zijn recht wanneer hij deze alternatieven na definitieve gunning ook niet accepteert.³¹²

In een vonnis van de voorzieningenrechter te Arnhem kwam de vraag aan de orde of een inschrijver een vergelijkbaar alternatief had aangeboden. Dat bleek niet het geval te zijn. De rechter legt daarbij de inschrijving langs de in het bestek voorgeschreven minimumnorm en komt daarbij tot de conclusie dat geen sprake is van een vergelijkbaar alternatief.³¹³

15.8. *Dwaling*

In een zaak waarin een beroep op dwaling werd toegewezen, oordeelt de rechter dat de aanbestedende dienst de inschrijver niet mag houden aan zijn aanbod, gelet op de onwaarschijnlijk lage prijs. In dit kader is doorslaggevend dat de inschrijver het jaar daarvoor dezelfde opdracht had uitgevoerd voor de duur van één jaar, terwijl het nieuwe aanbod voor de duur van twee jaar voor een vergelijkbare prijs werd aangeboden. Onder die omstandigheden kan een aanbestedende dienst een inschrijver niet houden aan een aanbod en dient hij de inschrijver om opheldering te vragen, alvorens hij tot gunning overgaat.³¹⁴

311 V.zr. Rb. Amsterdam 16 juli 2010, LJN: BN3506.

312 Hof Leeuwarden 28 september 2010, LJN: BN8784.

313 V.zr. Rb. Arnhem 29 april 2010, LJN: BM5524.

314 V.zr. Rb. Zutphen 6 mei 2010, LJN: BM3618.