

Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht, 1 januari – 31 december 2011

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 (Gerecht), de nationale civiele rechter (waaronder de Hoge Raad: HR, de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State: ABRvS, en het College van Beroep voor het bedrijfsleven: CBB) over de periode 1 januari tot en met 31 december 2011, 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 feiten en van

de uitspraken of een algemene inleiding op het desbetreffende onderwerp zal niet worden gegeven.⁴

1. Publiekrechtelijke instelling

Niet alleen afvalinzameling, maar ook afvalverwerking is een behoefte van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard.⁵ Om die reden is overheidsbedrijf HVC (waarvan alle aandelen in handen zijn van gemeenten) een publiekrechtelijke instelling. Tot dat oordeel komt de HR in een arrest waarin het alleenrecht dat door een gemeente aan HVC was verleend, door de private onderneming AVR ter discussie werd gesteld. In dit arrest wordt in de eerste plaats geoordeeld dat ook afvalverwerking een

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 Vzr., rechtbank tot Rb. en gerechtshof tot Hof.

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; Kroniek aanbestedingsjurisprudentie (over de periode januari-december 2008), mr. I.J. van den Berge, mr. M.J. Mutsaers en mr. M. Nusteen, TA 2009, afl. 2, p. 86-120; Kroniek aanbestedingsjurisprudentie

(over de periode januari-december 2009), mr. I.J. van den Berge, mr. M.J. Mutsaers en mr. M. Nusteen, TA 2010, afl. 2, p. 93-131; Kroniek aanbestedingsjurisprudentie (over de periode januari-december 2010), mr. I.J. van den Berge, mr. M.J. Mutsaers, mr. T.G. Zweers-te Raaij, mr. A.B.B. Gelderman, TA 2011, afl. 3, p. 158-209.

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 het Bao indien wordt bedoeld het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Stb. 2005, 408) en over het Bass als wordt bedoeld het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Stb. 2005, 409).

5 HR18 november 2011, LJN: BU4900.

activiteit is waarmee wordt voorzien in een behoefte van algemeen belang. Art. 10.21 Wm (dat ziet op de inzameling) maakt deel uit van titel 10.4 Wm. Deze titel heeft als opschrift 'het beheer van afvalstoffen', terwijl in de definitie van 'beheer van afvalstoffen' ook wordt gerefereerd aan de verwijdering ervan. Hoewel titel 10.4 dus geen afzonderlijke bepaling over het verwijderen van afvalstoffen kent (zoals 10.21 inzake de inzameling) moet dat er dus kennelijk wel in gelezen worden. Om die reden ligt het voor de hand dat het een verantwoordelijkheid is van gemeenten om niet alleen huishoudelijke afvalstoffen op een verantwoorde wijze in te zamelen, maar ook om deze op een verantwoorde wijze te verwerken, hetgeen zou duiden op een behoefte van algemeen belang.

Bovendien betreft zowel de afvalinzameling, alsook de verwerking ervan, een behoefte van algemeen belang, omdat dit diensten zijn ten aanzien waarvan de gemeente een beslissende invloed wil behouden. De stelling van AVR dat de doelstellingen van de gemeente juist beter kunnen worden gerealiseerd in een aanbestedingsprocedure, wordt verworpen. Het feit dat de gemeente in een aanbestedingsprocedure eisen aan de offertes kan stellen, geeft haar niet dezelfde beslissende invloed op de wijze waarop in de behoefte wordt voorzien. In een aanbestedingsprocedure blijft de gemeente immers afhankelijk van hetgeen de marktpartijen op het moment van offereën kunnen en willen aanbieden. Daarnaast is de invloed van de gemeente bij gunning aan een private marktpartij beperkt tot het moment dat de opdracht wordt gegund. Tijdens de uitvoering van de gegunde opdracht kan de gemeente geen op veranderingen gerichte, sturende invloed meer uitoefenen en evenmin kan de gemeente een langetermijnbeleid (laten) ontwikkelen. Dat de gemeente als minderheidsaandeelhouder maar een geringe

invloed kan uitoefenen op de wijze waarop HVC de betrokken activiteiten uitvoert, speelt verder ook geen rol, omdat de belangen van alle aandeelhouders in HVC met betrekking tot de inzameling en verwerking van huishoudelijke afvalstoffen parallel lopen. Dat HVC ten slotte in een markt opereert waarin sterke concurrentie heerst, is in dit geval niet doorslaggevend voor de vraag of het om een behoefte van algemeen belang gaat, die van commerciële of industriële aard is. Hoewel in de rechtspraak besloten ligt dat het bestaan van een situatie van concurrentie daarvoor een aanwijzing is, kan een dergelijke behoefte niet louter op basis van het bestaan van (een zelfs sterke) concurrentie worden afgeleid, zonder nader onderzoek naar de voorwaarden waaronder de betrokken entiteit de desbetreffende activiteiten uitoefent. De omstandigheden dat HVC zonder winst oogmerk handelt, zij niet zelf de mogelijke verliezen draagt die met de betrokken activiteiten gepaard kunnen gaan, de deelnemende gemeenten garant staan voor verliezen van HVC, de eventuele verliezen uit de openbare middelen worden gedekt en de eventuele winsten aan de deelnemende gemeenten worden uitgekeerd, zijn daartoe relevant. Die stand van zaken, namelijk dat HVC ondanks een situatie van concurrentie de betrokken activiteiten niet onder als normaal te beschouwen marktvoorwaarden uitvoert, wijst op een behoefte van algemeen belang van andere dan commerciële of industriële aard.

2. Overheidsopdracht/raamovereenkomst

Als sprake is van een daadwerkelijke opdrachtverstrekking, dan is sprake van een overheidsopdracht in de zin van art. 28 Bao en kan derhalve geen sprake zijn van een raamovereenkomst in de zin van art. 32 Bao.⁶

6 V.zr. Rb. Rotterdam 7 juni 2011, LJN: BR2793.

Een (bovendrempelige) dienstenopdracht is Europees aanbestedingsplichtig, indien de aanbestedende dienst deze aanmerkt als een 2A-dienst. Ten aanzien van de (bovendrempelige) opdracht voor het verrichten van Wmo-vervoer komt de rechter tot de conclusie dat deze vervoersopdracht moet worden beschouwd als 2A-dienst waarop het Bao onverkort van toepassing is; deze is dan ook ten onrechte niet Europees aanbesteed.⁷

Zowel overheidsopdrachten als raamovereenkomsten dienen voldoende te zijn bepaald, hetgeen in de jurisprudentie diverse malen onderwerp van geschil is geweest.⁸ Een raamovereenkomst bevat alleen afspraken voor toekomstige, mogelijk nog te verlenen opdrachten.⁹ Dat het onwaarschijnlijk is dat er niets zal worden afgenomen, maakt niet dat sprake is van een overheidsopdracht. Bij de beoordeling of sprake is van een raamovereenkomst kan verder ook nog worden gelet op de terminologie in de aanbestedingsstukken.¹⁰

Ingevolge art. 32, lid 5, Bao is de maximale looptijd van een raamovereenkomst vier jaar, behalve in uitzonderingsgevallen die deugdelijk gemotiveerd moeten zijn. Doel van deze regeling is te voorkomen dat een raamovereenkomst gedurende een te lange periode de markt afsluit. Een marktdeelnemer wordt hierdoor immers potentieel benadeeld en kan zich daarom beroepen op die wettelijke grens van vier jaar. Effectieve rechtshandhaving van deze termijn vereist dat niet enkel en alleen naar de vaste looptijd van de overeenkomst (namelijk drie jaar) wordt gekeken, maar dat hierbij tevens de (mogelijke)

verlenging van de overeenkomst (van in totaal twee jaar) moet worden betrokken. Een andere uitleg zou deze wettelijke grens betekenis ontnemen. Om die reden wordt een aanbestede raamovereenkomst (met een looptijd van in totaal vijf jaar) in strijd met de wettelijke bepaling van art. 32 Bao geacht.¹¹ Van bijzondere omstandigheden, die een langere looptijd dan vier jaar zouden kunnen rechtvaardigen, is volgens de rechter geen sprake. Dat volgt ook niet uit het belang van de aanbestedende dienst bij een contract dat mogelijk vijf jaar kan duren, omdat hij dan afhankelijk van de prijs van het af te nemen product al dan niet kan beslissen om de looptijd te verlengen. En zelfs niet indien de aanbestedende dienst alleen gebruik maakt van die langere looptijd indien de overeengekomen prijs voor het af te nemen product lager is dan de op dat moment gangbare prijs.

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

Het is vaste jurisprudentie dat de algemene beginselen van aanbestedingsrecht en de precontractuele goede trouw in de weg kunnen staan aan het heraanbesteden van een overheidsopdracht indien geen wezenlijke wijziging in de specificaties van die opdracht wordt doorgevoerd.¹² Het is derhalve onrechtmatig als een aanbestedende dienst na het doorlopen van de aanbestedingsprocedure de overheidsopdracht terugtrekt en vervolgens diezelfde overheidsopdracht opdraagt aan een ander dan degene aan wie gegund had moeten worden, dit ongeacht de vraag of dat in een openbare of een onderhandse procedure gebeurt.¹³ De oorspronkelijke

7 Vzr. Rb. Middelburg 11 november 2011, LJN: BU4046.

8 Vzr. Rb. Leeuwarden 5 oktober 2011, LJN: BT6726 en Vzr. Rb. Rotterdam 7 juni 2011, LJN: BR2793.

9 Vzr. Rb. Rotterdam 7 juni 2011, LJN: BR2793.

10 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 24 mei 2011, LJN: BQ5970.

11 Vzr. Rb. Breda 19 juli 2011, LJN: BR2121.

12 Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 3 februari 2011, LJN:

BP2974; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 20 mei 2011, LJN:

BR4943; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 16 juni 2010, LJN:

BN4842 en Vzr. Rb. Amsterdam 8 december 2010, LJN:

BO8420.

13 Hof 's-Gravenhage 31 mei 2011, LJN: BQ7122.

winnaar zou zich hiertegen dan ook met recht kunnen verzetten.¹⁴ Heraanbesteding is dus wel toegestaan als de later aan een ander gegunde overheidsopdracht wezenlijk gewijzigd is ten opzichte van de eerder aanbestede overheidsopdracht. Of daarvan sprake is, wordt beoordeeld aan de hand van de maatstaven die door het HvJ EU in het *Pressetext*-arrest zijn geformuleerd.¹⁵ Omdat sprake is van een raamovereenkomst (die naar de aard flexibel is), oordeelt de rechter dat het vervallen van een onderdeel dat deel uitmaakt van de opdracht en de verkorting van de looptijd van die opdracht, gelet op de maatstaven in het *Pressetext*-arrest, geen wezenlijke wijzigingen zijn. Bovendien moet het gaan om wezenlijke wijzigingen in de specificaties van de opdracht, zodat een wijziging in de berekening van de laagste prijs in de aanbesteding ook niet als wezenlijk is aan te merken.¹⁶

4. Overheidsopdracht voor werken (gebiedsontwikkeling)

In de vorige kroniek (over het jaar 2010) is de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem van 10 november 2010 besproken.¹⁷ In die uitspraak oordeelde de rechter (in vervolg op zijn vonnis van 25 januari 2010)¹⁸ dat de (herziene) afspraken tussen Nova Gelraie en de gemeente Ede niet als concessieovereenkomst voor openbare werken

kwalificeerden, omdat – kort gezegd – de bouwplicht ontbrak. Van deze uitspraak is P1 in appel gegaan. P1 heeft zich in appel (opnieuw) erop beroepen dat sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht of concessie. Daarbij heeft P1 het standpunt ingenomen dat de – steeds gewijzigde, deels *heimelijke* – wijze waarop de gemeente juridisch vormgeeft aan haar samenwerking met Nova Gelraie, kwalificeert als een *samenstel van kunstgrepen* met als doel het *verbloemen* dat sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht of concessie. Het hof stelt voorop dat de keuze van de gemeente om zich bij het vastleggen van haar afspraken met Nova Gelraie mede te laten leiden door de wens geen aanbestedingsplichtige opdrachten te geven of concessies te verlenen op zichzelf niet in strijd is met het (aanbestedings)recht. De thans concreet voorliggende (voorgenomen) contractuele relatie die de gemeente wil aangaan, moet in dit kader worden beoordeeld. De voorgenomen contractuele relatie tussen de gemeente en Nova Gelraie komt in wezen neer op de uitgifte van grond in (eeuwigdurende) erfpacht tegen een marktconforme canon. Een dergelijke uitgifte valt niet als een overheidsopdracht voor een werk of een concessie voor een werk aan te merken. Dat de beoogde samenwerking tussen de gemeente en Nova Gelraie in het verleden nog anders was vormgegeven, maakt dit niet anders.

14 V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 3 februari 2011, LJN: BP2974 en V.zr. Rb. 's-Gravenhage 20 mei 2011, LJN: BR4943.

15 HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06. Een wijziging is wezenlijk (en dus niet toegestaan) indien a) er wijzigingen worden ingevoerd die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsdocumenten waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen, b) de

opdracht door die wijziging wordt uitgebreid tot werken, leveringen of diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen, of c) het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.

16 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 20 mei 2011, LJN: BR4943.

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

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

Het hof bekrachtigt dan ook het vonnis van de voorzieningenrechter in eerste aanleg.¹⁹

In een andere gebiedsontwikkelingszaak wordt geoordeeld dat een woningbouwproject als overheidsopdracht voor werken heeft te gelden en om die reden Europees aanbestedingsplichtig is.²⁰ De rechter baseert dit oordeel op het Müller-arrest.²¹ In de eerste plaats heeft de gemeente meer eisen gesteld dan in het kader van een bestemmingsplan, of van haar 'normale' publiekrechtelijke taken mag worden verwacht. Zo bemoeit de gemeente zich met de hoeveelheid en het type woningen die de ontwikkelaar dient te bouwen en deels met de situering ervan, alsook met de hoeveelheid parkeerplaatsen voor bewoners, de oppervlakte van de winkels in verschillende deelgebieden en de plaatsing van de lift conform het ontwerpbouwplan van een door de gemeente geselecteerde architect. Ook is in de overeenkomst met de ontwikkelaar opgenomen dat ongeveer twintig woningen mogen worden verhuurd in de vrije huurmarkt en dat de overige woningen mogen worden verkocht met inachtneming van de uitgiftevoorwaarden van de gemeente. Verder zijn er bepalingen in de overeenkomst opgenomen over duurzaam bouwen en een politiekeurmerk. In de tweede plaats wordt geoordeeld dat sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel. Dat volgt uit het feit dat als de verkoopprijs van de woningen hoger zal zijn dan beschreven, de ontwikkelaar over het meerdere 20 procent aan

de gemeente zal betalen voor de grondkosten. In de derde plaats is een bouwplicht aan de ontwikkelaar opgelegd, zodat de verbintenis ook juridisch afdwingbaar is. Tot slot oordeelt de rechter dat de drie onderdelen van het project (bouwrijp maken, vastgoed en garage) tezamen als één project moeten worden beschouwd, aangezien er sprake is van een geheel van bouwwerken met één economische functie, waarbij de aparte delen in technische zin met elkaar zijn verbonden. Omdat de waarde van dit (totale) project ruim boven de Europese drempel uitkomt, had dit project dus Europees moeten worden aanbesteed.

In een zaak bij het HvJ EU gaat het volgens de Europese Commissie kort gezegd om een wettelijke regeling inzake afspraken over grondgebruik, ook wel 'het gunnen van een PAI' genoemd, welke zou kwalificeren als een overheidsopdracht voor werken.²² De aanbestedende dienst selecteert een projectontwikkelaar en stelt een "gedetailleerd structuurplan vast in ruil voor een verbintenis op basis waarvan de grondeigenaars de infrastructuur, en mogelijk ook de gebouwen die nodig zijn voor openbare doeleinden, in het project financieren en uitvoeren." De grondeigenaars betalen de kosten van de 'urbanisatie' aan de projectontwikkelaar door middel van een deel van de bouwrijpe terreinen en/of geld. De Europese Commissie heeft echter onvoldoende kunnen aantonen wat het hoofdvoorwerp van de voorliggende overeenkomst

19 Hof Arnhem 26 april 2011, LJN: BQ3090 en Rb. Arnhem 2 november 2011, LJN: BU3569, waarin de rechtbank nogmaals bevestigt dat de erfpachttuitgifte door de gemeente aan P1 niet als overheidsopdracht voor werken dan wel concessieovereenkomst voor openbare werken kwalificeert.

20 V.zr. Rb. Groningen 10 juni 2011, LJN: BQ8211.

21 HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08. Zie Rb. Arnhem 13 juli 2011, LJN: BR4826 en V.zr. Rb. Alkmaar 20 april 2011, LJN: BQ2032 voor eenzelfde toets, maar dan met

de conclusie dat de gronduitgifte, althans de daaruit voortvloeiende private/commerciële werken niet kwalificeert/kwalificeren als een overheidsopdracht voor werken; in de eerste uitspraak omdat de bezwarende titel ontbreekt en in de tweede uitspraak omdat zowel de bezwarende titel ontbreekt alsook geen sprake is van eisen die verder gaan dan de gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid.

22 HvJ EU 26 mei 2011, C-306/08.

tot gunning van het PAI betreft: werken of diensten. Volgens de lidstaat Spanje verwacht de Europese Commissie het PAI namelijk met het ontwikkelingsproject, terwijl de uitvoering van de openbare werken niet het hoofdvoorwerp van het PAI uitmaakt. Hoofdvoorwerp van het PAI is, aldus de lidstaat Spanje, het uitoefenen van diensten, zoals de financiering en het beheer van de werkzaamheden. Als gevolg van het feit dat de Europese Commissie niet heeft kunnen aantonen dat de hoofddoelstelling van de overeenkomst tot gunning van het PAI binnen de werkingsfeer van overheidsopdrachten voor werken valt, wordt het beroep van de Europese Commissie verworpen.

5. Uitzonderingen op en aanbestedingen buiten Richtlijn/Bao

5.1 *Opdrachten onder drempelwaarde*

Een zaak bij het Gerecht betrof EFRO-subsidies voor de regio Groningen-Drenthe en gedeeltelijke terugvordering daarvan. Het arrest bevat enkele interessante overwegingen over de vraag wanneer sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.²³ In dit arrest gaat het strikt genomen om de vraag of de Commissie een tot Nederland gerichte beschikking voldoende heeft gemotiveerd. In dat kader rijst de vraag of de Commissie voor elke overheidsopdracht die in de betrokken gebieden was vergeven, waarvan de Commissie *in het algemeen* – nu al deze opdrachten in het kader van een bepaald programma waren gegund – overweegt dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, gehouden is om voor elke *specifieke* opdracht aan te geven waarin dat belang precies is gelegen. Het Gerecht overweegt dat de Commissie haar beschikking voldoende heeft gemotiveerd omdat de Commissie ten eerste heeft gesteld

dat in de gevallen waar de bedragen dicht bij de drempelwaarden liggen enige vorm van grensoverschrijdend belang is gelegen in het bedrag zelf. En ten tweede heeft de Commissie aangevoerd dat de betrokken provincies aan Duitsland grenzen en dat om die reden ook contracten met een lage waarde een grensoverschrijdend belang hadden. Dit vindt het Gerecht genoeg; de Commissie behoefde dus niet voor elke specifieke en individuele overheidsopdracht aan te tonen dat concreet een onderneming uit een andere lidstaat bestond met een duidelijk belang bij de opdracht die haar interesse niet kenbaar heeft kunnen maken. Wij zijn van mening dat dit voor de reikwijdte van een bestuursrechtelijke motiveringsplicht weliswaar voldoende motivering kan zijn, maar dat het onverlet laat dat in het kader van een civiel kort geding, waarin immers een belang bij de vordering moet worden aangetoond, wel aannemelijk moet worden gemaakt dat er sprake is van daadwerkelijke interesse door ondernemingen uit andere lidstaten.

Dat een Europese aanbesteding van een opdracht onder de drempelwaarde niet verplicht is, is niets nieuws. In de jurisprudentie wordt thans weer bevestigd dat, indien een aanbestedende dienst er dan toch voor kiest om een vorm van aanbesteding te houden, hij zich daarbij dan dient te gedragen overeenkomstig de algemene beginselen van behoorlijk bestuur; daaronder valt het beginsel van gelijke behandeling.²⁴

5.2 *Concessies voor diensten*

In twee arresten van het HvJ EU wordt mooi uiteengezet welke parameters bepalen of sprake is van een overheidsopdracht voor diensten of van een concessie voor diensten.²⁵ Ten eerste is van belang dat de vraag of sprake is van een concessie voor diensten of een overheidsopdracht voor

23 Gerecht 14 april 2011, T-70/09.

24 Rb. Zutphen 4 mei 2011, LJN: BV0451.

25 HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09 en HvJ EU

10 november 2011, C-348/10.

diensten uitsluitend op basis van het Unierecht moet worden beoordeeld. Nationale definities zijn derhalve niet van belang.

Op basis van het Unierecht overweegt het HvJ EU als volgt. Het verschil tussen beide is gelegen in de tegenprestatie voor dienstverlening. De overheidsopdracht voor diensten behelst een tegenprestatie die door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverrichter wordt betaald, terwijl bij een concessieovereenkomst voor diensten de tegenprestatie voor de dienstverlening bestaat in het recht om de dienst te exploiteren, al dan niet gepaard gaande met een prijs.

De wijze van vergoeding is een van de factoren die bepalend zijn voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten. Verder volgt uit de rechtspraak dat de concessieovereenkomst voor diensten impliceert dat de opdrachtnemer het aan de exploitatie van de betrokken dienst verbonden risico draagt. Als dat exploitatierisico niet wordt overgedragen op de dienstverrichter, dan duidt dat erop dat de bedoelde transactie een overheidsopdracht voor diensten vormt (en dus niet een concessie).

Het exploitatierisico dat in geval van een concessie op de opdrachtnemer rust, kan overigens van begin af aan een erg beperkt risico zijn, maar vereist is dat het op de aanbestedende dienst rustende risico geheel of voor een aanzienlijk deel wordt overgedragen aan de concessiehouder. Het exploitatierisico moet worden opgevat als een risico van blootstelling aan de grillen van de markt dat zijn neerslag kan vinden in het gevaar voor mededinging van andere marktdeelnemers, het gevaar voor wanverhouding tussen vraag en aanbod van diensten, het risico van insolventie van degenen die de verrichte diensten moeten betalen, het risico dat de exploitatiekosten niet

door de inkomsten worden gedekt of het risico van aansprakelijkheid voor schade wegens gebrekkige dienstverlening.

Risico's die zijn verbonden aan een slecht beheer of beoordelingsfouten van de opdrachtnemer zijn echter niet bepalend voor de kwalificatie van een overeenkomst als overheidsopdracht of concessie, nu dergelijke risico's inherent zijn aan elke overeenkomst tot uitvoering van een opdracht.

In een nationale procedure²⁶ wordt ten aanzien van een voorgenomen verhuur door een gemeente van een gedeelte van een multifunctioneel gebouw aan een gezondheidscentrum overwogen dat opdrachten betreffende de verwerving of de huur van onroerende goederen niet onder de Richtlijn vallen en dus niet aan te merken zijn als overheidsopdrachten. Nog daargelaten de vraag of deze overweging juist is (wij menen dat de aangehaalde overweging uit de Richtlijn erop doelt dat de Richtlijn niet van toepassing is als de gemeente zelf huurder is; zie ook art. 15 Bao; bij kale verhuur door een aanbestedende dienst aan een derde zonder dat er verplichtingen worden opgelegd doet zich in onze visie al helemaal niet de vraag voor of sprake is van een overheidsopdracht), overweegt de rechtbank vervolgens terecht dat er ook geen sprake is van een concessieovereenkomst omdat deze dezelfde kenmerken dient te hebben als een overheidsopdracht (met uitzondering van de aard van de tegenprestatie). Tussen partijen was *in confesso* dat het Europese aanbestedingsrecht niet rechtstreeks van toepassing was. Wij menen dat bedoeld wordt dat – gelet op het in geding zijnde huurbedrag – hooguit sprake kon zijn van een onderdrempelige overheidsopdracht of een concessie voor diensten, maar kunnen dat niet uit de feiten afleiden.

26 V.zr. Rb. Utrecht 4 maart 2011, LJN: BP6990.

Het Hof Amsterdam gaat in hoger beroep iets dieper op de kwestie in.²⁷ Het hof overweegt onder verwijzing naar de contracten tussen gemeente en het gezondheidscentrum dat er slechts sprake is van verhuur en dat er geen verdergaande verplichtingen ter zake van beheer en exploitatie zijn opgelegd, en alleen de gebruikelijke eisen ten aanzien van de aard en de invulling van het gebruik van het gehuurde zijn gesteld zoals normaal het geval is bij iedere huurovereenkomst.

Ten overvloede overweegt het hof dan nog – geparafraseerd – dat ook al zou sprake zijn van een (naar wij aannemen onderdrempelige) overheidsopdracht of concessie voor diensten, het VWEU en daarmee de beginselen van non-discriminatie en transparantie slechts van toepassing zijn in geval van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Dat belang acht het hof niet aanwezig.

Een interessante uitspraak betrof ten slotte de afgifte van een exclusieve vergunning op het gebied van de kansspelen.²⁸ Aan deze uitspraak is de beantwoording van een reeks prejudiciële vragen door het HvJ EU voorafgegaan. Het HvJ EU had in zijn arrest²⁹ bepaald dat de afgifte van een dergelijke vergunning niet gelijkstaat aan een concessieovereenkomst voor diensten, maar dat de transparantieverplichting een prealabele voorwaarde vormt voor het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten. Een dergelijke transparantieverplichting dient, aldus het HvJ EU, toepassing te vinden in een systeem waarin autoriteiten van een lidstaat in het kader van de uitoefening van hun overheidsbevoegdheden aan één enkele ondernemer een vergunning verlenen, aange-

zien de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens ondernemingen die in andere lidstaten gevestigd zijn en die geïnteresseerd zouden kunnen zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten.

Een uitzondering op die transparantieverplichting die voortvloeit uit art. 49 EG-Verdrag (oud), art. 56 VWEU, kan gerechtvaardigd worden geacht als de betrokken lidstaat besluit de vergunning te verlenen aan een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de staat of aan een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen.

De Afdeling gaat dat in de onderhavige uitspraak na ten aanzien van De Lotto en SGR en komt tot het oordeel dat beide ondernemingen geen particuliere exploitanten zijn op wier activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen als bedoeld in het voornoemde arrest van het HvJ EU. Er bestond dan ook voor de vergunningverlenende minister geen rechtvaardiging om zonder enige oproep tot mededinging de vergunningen te verlenen dan wel te verlengen.

5.3 *Quasi-inhouse*

In een arrest van de HR is het beroep van een gemeente op de quasi-inhouse-uitzondering gehonoreerd in een zaak waarbij een alleenrecht zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure aan HVC voor de inzameling en verwerking van huishoudelijk afval was verleend.³⁰ De HR oordeelt dat het hof, dat in zijn arrest de Teckal-doctrine noemde,³¹ het bij het rechte eind had. Het hof is van oordeel dat HVC een

27 Hof Amsterdam 4 oktober 2011, LJN: BT8434.

28 ABRvS 23 maart 2011, LJN: BP8768.

29 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08.

30 HR 18 november 2011, LJN: BU4900.

31 Hof 's-Gravenhage 15 december 2009, LJN: BK6928.

overheidsbedrijf is waarop toezicht wordt uitgeoefend door meerdere gemeenten en gemeenschappelijke regelingen, HVC de verwerking van huishoudelijk afval slechts verricht ten behoeve van de in haar deelnemende gemeenten, er geen aanwijzingen zijn dat eventuele andere activiteiten van HVC ten opzichte hiervan veel meer dan marginaal zijn en ten slotte is voldaan aan de eisen van art. 17 en 1, bbb, Bao. Wij begrijpen in dit rijtje die laatste voorwaarde overigens niet; voor de toepasselijkheid van de Teckal-doctrine is immers niet vereist dat ook aan de voorwaarden van art. 17 Bao is voldaan. Immers, art. 17 heeft betrekking op het verstrekken van een alleenrecht en is een uitzondering die naast de quasi-inhouse-uitzondering bestaat.

5.4 *Art. 18 Richtlijn/art. 17 Bao*

Ook de toepasselijkheid van art. 17 Bao (art. 18 Richtlijn) kwam in het voornoemde arrest van de HR aan bod.³² In het bijzonder rees de vraag of het feit dat HVC het huishoudelijk afval niet binnen de grenzen van de gemeente verwerkte relevant was voor de toepasselijkheid van art. 17 Bao nu een uitsluitend recht anders dan in de Richtlijn in art. 1, bbb, Bao wordt gedefinieerd als het recht om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen. De HR overweegt in dat kader terecht dat het met art. 17 Bao overeenstemmende art. 18 Richtlijn niet de eis stelt dat het alleenrecht is verleend voor een bepaald geografisch gebied.

Interessant is overigens te vermelden dat in de nieuwe voorstellen die de Europese Commissie voor de aanbestedingsrichtlijnen heeft gelanceerd de inhoud van art. 18 niet meer

terugkomt. Daarmee vervalt dus mogelijk in de toekomst deze uitzonderingsmogelijkheid. De quasi-inhousejurisprudentie wordt in de nieuwe voorstellen wel gecodificeerd.

5.5 *Art. 14 Richtlijn/art. 13 Bao (geheimverklaarde opdrachten)*

In een bodemprocedure ten overstaan van de Rechtbank 's-Gravenhage wordt overwogen dat geheimverklaring op grond van art. 14 Richtlijn een uitzondering vormt op het transparantiebeginsel. Op zich ligt het dan ook, aldus de rechtbank, in de rede een dergelijke uitzondering niet licht te aanvaarden. Daartegenover staat dat aan de desbetreffende overheidsinstantie een zekere mate van beoordelingsvrijheid toekomt, welke meebrengt dat de rechter in geval van geheimverklaring slechts dient te toetsen of die instantie daartoe bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid heeft kunnen komen. Als een geheimverklaring de bedoelde toetsing doorstaat, staat het transparantiebeginsel buiten spel: omtrent een aangelegenheid die geheim moet blijven kan immers geen transparantie worden betracht.

Bij een werk als gevelreiniging van het Paleis op de Dam geeft het zicht vanaf de steigers en toegang tot diverse ruimtes binnen het Paleis de mogelijkheid om ten detrimente van de privacy c.q. veiligheid van de leden van het Koninklijk Huis gedetailleerd kennis te nemen van beveiligingsinstallaties en cameraposities et cetera. De rechtbank acht deze risico's reëel en komt tot de slotsom dat de minister van Veiligheid en Justitie in redelijkheid tot het besluit kon komen tot geheimverklaring van het gehele buitenproject.³³

32 HR 18 november 2011, LJN: BU4900.

33 Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, LJN: BU1361.

6. Bijzondere aanbestedingsprocedures

6.1 *Gunning via onderhandelingen met voorafgaande bekendmaking* (art. 30 Bao)

In een geval waarin de aanbestedende dienst beide inschrijvers in de gelegenheid had gesteld om hun ongeldige inschrijvingen aan te vullen, werd door de aanbestedende dienst subsidiair een beroep op art. 30 Bao gedaan. De stelling luidde dat deze bepaling de mogelijkheid biedt om – indien er geen of geen geschikte inschrijvingen zijn – over te schakelen op de onderhandelingsprocedure. Hoewel er formeel niet tot die procedure was overgegaan, had de aanbesteder dat impliciet wel gedaan. De voorzieningenrechter overweegt echter dat een beroep op deze bepaling verweerder in dit geval niet kan baten omdat eerst formeel tot een oordeel in de lopende aanbestedingsprocedure moet worden gekomen, voordat voor de onderhandelingsprocedure kan worden gekozen. Inschrijvers moeten zich daarover ook kunnen uitlaten. Dat was hier niet gebeurd, zodat de gunning op basis van de onderhandelingen onrechtmatig was.³⁴ Naar aanleiding van deze uitspraak besliste de aanbestedende dienst beide inschrijvingen terzijde te leggen wegens niet-besteksconformiteit. In het beroep dat daarop volgde,³⁵ oordeelt het CBB dat met de mededeling dat wordt overgegaan tot een procedure van gunning via onderhandelingen met beide inschrijvers in de zin van art. 30 Bao geen rechtsverhouding wordt vastgesteld of gewijzigd en dat de mededeling als zodanig dus geen rechtsgevolg in het leven roept en dus niet als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb kan worden aangemerkt. Het te nemen concessiebesluit is kortom het besluit waartegen geageerd moet worden en in een beroep daar-

tegen wordt de rechtmatigheid en de wijze van totstandkoming van het besluit getoetst.

Vervolgens boog zich ook de civiele rechter over deze zaak. Deze rechter overweegt dat de wijze van inrichting van de onderhandelingsprocedure een voorbereidingshandeling is van het nog te nemen concessiebesluit waartegen geen zelfstandig rechtsmiddel openstond. Dit betekent, aldus de civiele kortgedingrechter, dat de keuze voor de onderhandelingsprocedure en de wijze waarop de onderhandelingen zijn gevoerd pas kan worden getoetst nadat het concessiebesluit is genomen. Deze toets behoort uitsluitend tot de competentie van de bestuursrechter. Niet-ontvankelijkverklaring van de eisende partij in dit kort geding volgt. Dat geldt ook voor een derde onderneming die had verzocht tot de onderhandelingen te worden toegelaten. Ook die moet zich derhalve vervoegen bij de bestuursrechter.³⁶

Ten slotte werd er bij de voorzieningenrechter van het CBB nog geprocedeerd over de vraag of aan de voorwaarden voor het volgen van de onderhandelingsprocedure was voldaan.³⁷ De rechter constateert dat er sprake was van twee onregelmatige inschrijvingen en dat dus de procedure van art. 30 Bao kon worden gevolgd indien de oorspronkelijke voorwaarden van de overheidsopdracht niet wezenlijk worden gewijzigd. Dat was in dit geschil het geval. Aan art. 30, lid 1, aanhef en onder a, was voldaan. De vraag rees vervolgens of de bijzondere regeling van art. 30, lid 2, kon worden gevolgd, in die zin dat kon worden afgezien van een aankondiging van de procedure; ook dat was het geval, aldus de voorzieningenrechter, omdat de ongeldigheden voortvloeiden uit gebreken van materiële en niet van formele aard.

34 Vzr. CBB 3 februari 2011, LJN: BP3045.

35 CBB 15 juli 2011, LJN: BR2187.

36 Vzr. Rb. Utrecht 10 augustus 2011, LJN: BS1411.

37 Vzr. CBB 3 november 2011, LJN: BU3221.

Desalniettemin oordeelt de rechter vervolgens dat de onderhandelingsprocedure níét rechtmatig was omdat slechts sprake was geweest van een herstelronde van reeds ongeldig verklaarde inschrijvingen (uitsluitend ten aanzien van de geconstateerde gebreken; andere onderdelen van de inschrijvingen mochten niet worden aangepast) en dat dat niet kon kwalificeren als een nieuwe volwaardige procedure zoals bedoeld in art. 30 Bao. De rechter baseert dit oordeel onder meer op het in het vierde lid van art. 30 Bao neergelegde gebod van gelijke behandeling van inschrijvers, waarmee het overnemen van resultaten uit een eerdere procedure op gespannen voet kan komen te staan. In het kader van de onderhandelingsprocedure moeten, anders gezegd, nieuwe inschrijvingen worden gedaan en er moet dus opnieuw mededinging plaatsvinden.

6.2 Meervoudige onderhandse procedure

Bij een onderhandse aanbesteding is de aanbestedende dienst in beginsel vrij daarvoor zelf de partijen te selecteren die zij gelegenheid tot inschrijving biedt. Het niet uitnodigen van een partij kan onder omstandigheden echter onrechtmatig zijn indien de aanbestedende dienst van de belangstelling van die partij voor de opdracht op de hoogte was.³⁸

Een aanbestedende dienst moet wel goed aangeven wat hij van marktpartijen wil. De indruk wekken dat een onderhandse aanbestedingsprocedure wordt gevolgd terwijl de bedoeling is een marktconsultatie te houden – hetgeen natuurlijk nogal wat uitmaakt voor de door de

uitgenodigde marktpartijen ingediende offertes – kan onrechtmatig handelen opleveren indien de procedure in een vergevorderd stadium komt en vervolgens door de aanbestedende dienst wordt gestaakt.³⁹ Een aanbestedende dienst mag met andere woorden niet een marktpartij ‘aan het lijntje’ houden door met haar een aanbestedingstraject in te gaan met alle daarvoor geldende (gedrags)regels voor partijen en haar voor te houden dat zij de uiteindelijke opdracht zou krijgen terwijl de aanbestedende dienst vanaf het begin af aan weet dat het traject nimmer tot gunning aan de desbetreffende marktpartij kon leiden, om de eenvoudige reden dat sprake was van een Europees aanbestedingsplichtig werk. Daarvan was de marktpartij kennelijk niet op de hoogte.

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

Zoals bekend vallen overheidsopdrachten voor 2B-diensten weliswaar binnen de werkingsfeer van de aanbestedingsregelgeving, maar geldt er ten aanzien van dit soort opdrachten op grond van art. 21 Richtlijn een sterk verlicht aanbestedingsregime. Dat regime komt erop neer dat aanbestedende diensten bij de aanbesteding van 2B-diensten – strikt genomen – enkel verplicht zijn om de voorschriften inzake technische specificaties (art. 23 Richtlijn) na te leven en de gegunde opdracht bekend te maken (art. 35, lid 4, Richtlijn). Dit betekent volgens het HvJ EU dat de Richtlijn aanbestedende diensten (dus) niet verplicht om art. 47, lid 2 ook toe te passen op overheidsopdrachten voor 2B-diensten.⁴⁰ De algemene beginselen van transparantie en ge-

³⁸ Hof 's-Gravenhage 31 mei 2011, LJN: BQ7122.

³⁹ Rb. Utrecht 24 augustus 2011, LJN: BS1672.

⁴⁰ Art. 47, lid 2, Richtlijn (= art. 48, lid 2, Bao) luidt als volgt: “Een ondernemer kan zich in voorkomend geval en voor een welbepaalde opdracht beroepen op de draagkracht van andere lichamen, ongeacht de

juridische aard van zijn banden met die lichamen. In dat geval moet hij bij de aanbestedende dienst aantonen dat hij werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk middelen van die lichamen, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenis daartoe van deze lichamen.”

lijke behandeling verplichten daartoe evenmin. Volgens het HvJ EU belet de Richtlijn de lidstaten en, eventueel, de aanbestedende diensten echter niet in hun wetgeving respectievelijk in de aanbestedingsdocumenten de toepassing van art. 47, lid 2, Richtlijn voor te schrijven.⁴¹

Het hiervoor genoemde sterk verlichte aanbestedingsregime laat overigens onverlet dat wanneer de aanbestedende dienst er vrijwillig voor kiest om zo'n overheidsopdracht voor 2B-dienstverlening door middel van een onderhandse aanbestedingsprocedure in de markt te zetten, wél de beginselen van transparantie, objectiviteit en gelijke behandeling in acht moeten worden genomen. In verband met de aanbesteding van peuterspeelzaalwerk (een 2B-dienst) door een gemeente worden de aanbestedingsdocumenten daarom aan de norm van het *Succhi di Frutta*-arrest getoetst.⁴² De rechter komt op basis daarvan tot de conclusie dat de aanbestedingsprocedure niet in overeenstemming is met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht. Daarom wordt de gemeente geboden de opdracht opnieuw aan te besteden.⁴³

8. Aanbesteding door private partijen

Het is vaste jurisprudentie dat private partijen, wanneer zij ervoor kiezen aan te besteden, gebonden zijn aan de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, zoals het gelijkheidsbeginsel, transparantiebeginsel, het beginsel van objectiviteit (en het vertrouwensbeginsel).⁴⁴ Dit is zelfs het geval indien een private aanbesteder expliciet opmerkt dat geen sprake is van een aanbesteding in de zin van het Bao.⁴⁵ Wil een private aanbesteder niet aan deze beginselen gebonden

zijn, dan dient de aanbesteder de potentiële inschrijvers vooraf expliciet te waarschuwen dat de beginselen geen opgeld doen, zulks om gerechtvaardigde verwachtingen bij (potentiële) inschrijvers te voorkomen.⁴⁶

Dat aanbestedingsprocedures door private partijen moeten voldoen aan de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, kan geïllustreerd worden aan de hand van arresten van het Hof 's-Gravenhage en het Hof Amsterdam. In de Haagse zaak, waarin zijdelings overigens een interessant competentievraagstuk speelt, ging de private aanbesteder over de schreef door in strijd te handelen met zijn eigen voorschriften en door vooraf geen wegingsfactoren met betrekking tot de (sub)gunningscriteria kenbaar te maken in haar *Tender Documents*.⁴⁷ In de Amsterdamse zaak ging de aanbesteder de mist in door één inschrijver in de gelegenheid te stellen zijn bod na het verstrijken van de inschrijvingstermijn nogmaals aan te passen.⁴⁸

In het licht van de aanbestedingsrechtelijke beginselen is het een private partij niet toegestaan terug te komen op een definitieve c.q. onvoorwaardelijke uitnodiging tot inschrijving, wanneer de aanbestedingsdocumentatie daar geen ruimte voor biedt.⁴⁹ In vrijwillige aanbestedingsprocedures mag bovendien dezelfde proactiviteit van (behoorlijk geïnformeerde en oplettende) inschrijvers worden verwacht, in die zin dat zij opkomen tegen onduidelijkheden en onvolkomenheden in de aanbestedingsstukken in een stadium waarin deze nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Ook lijkt het herstel van (kleine) gebreken langs de gebruikelijke kaders te worden getoetst. In aanbestedingen door

41 HvJ EU 17 maart 2011, C-95/10.

42 HvJ EU 29 april 2004, C-496/99 P.

43 Vزر. Rb. Arnhem 19 januari 2011, LJN: BP1188.

44 Vزر. Rb. Zutphen 21 februari 2011, LJN: BQ1276.

45 Vزر. Rb. Arnhem 8 september 2011, LJN: BT2628.

46 Hof Amsterdam 20 september 2011, LJN: BT1963.

47 Hof 's-Gravenhage 21 juni 2011, LJN: BR0188.

48 Hof Amsterdam 20 september 2011, LJN: BT1963.

49 Vزر. Rb. Zutphen 21 februari 2011, LJN: BQ1276.

private partijen is slechts ruimte voor herstel van (kleine) gebreken in gevallen waarin het ontstaan van het gebrek te wijten is aan omstandigheden die in de risicosfeer van de aanbestedende dienst liggen, bijvoorbeeld doordat de door de aanbestedende dienst vervaardigde aanbestedingsdocumenten onduidelijk dan wel voor meerdere uitleg vatbaar zijn. Daarbij is van belang dat de aanbestedende dienst zich ook de belangen van de overige inschrijvers moet aantrekken en door het bieden van een herstel-mogelijkheid aan één van de inschrijvers al snel in strijd handelt met het gelijkheidsbeginsel.

Vrijwillige aanbestedingsprocedures door private partijen onderscheiden zich wat deze punten betreft niet van Europese aanbestedingsprocedures.⁵⁰

Een ander interessant vonnis in een bodemprocedure betrof de vraag of sprake was van een marktconsultatie of een aanbestedingsprocedure. In deze zaak had de private aanbestedder (onbedoeld) de indruk gewekt dat sprake was van een aanbestedingsprocedure, zodat de 'winnende inschrijver' aanspraak maakte op de opdracht, maar uiteindelijk bedrogen uitkwam. Tot een vergoeding van het positief contractbelang komt het in die zaak echter niet wegens de (contracts)vrijheid van de aanbestedder om de opdracht niet te gunnen. Wel wordt een vordering tot vergoeding van het negatieve contractbelang in dit geval toegewezen (waarna partijen nog zullen twisten over de hoogte daarvan).⁵¹

9. Uitsluitingsgronden

Daargelaten het feit dat (in ieder geval) lidstaten aanvullende (proportionele) uitsluitingsmaatregelen kunnen hanteren, kent het aanbestedingsrecht in beginsel een gesloten stelsel van uitsluitingsgronden. In het licht van dat gesloten stelsel is het dan ook niet toegestaan om als aanbestedende dienst een nieuwe, vooraf niet kenbaar gemaakte, uitsluitingsgrond te introduceren en een inschrijver op grond daarvan uit te sluiten c.q. de inschrijving terzijde te leggen.⁵² De vraag of een aanbestedende dienst (niet-lidstaat) een wél vooraf aangekondigde maar vermeend niet transparante aanvullende uitsluitingsgrond mag hanteren, blijft helaas onbeantwoord.⁵³ Eveneens onbeantwoord blijven de (niet voldoende onderbouwde) 'speculaties' van een van de inschrijvers dat een uitsluitingsgrond van toepassing zou zijn op een andere inschrijver.⁵⁴

Dat een aanbestedende dienst het doen van een ongeldige inschrijving in de aanbestedingsdocumentatie sanctioneert met de term 'uitsluiting', in plaats van 'het als ongeldig terzijde leggen', brengt niet met zich dat sprake is van een niet-toegestane aanvullende uitsluitingsgrond. Een dergelijke onzorgvuldige formulering is de aanbestedende dienst in meerdere gevallen niet fataal.⁵⁵

Ten aanzien van 2B-dienstenopdrachten geldt op grond van art. 21 Bao een sterk verlicht aanbestedingsregime. Volgens dit artikel past een aanbestedende dienst bij het gunnen van

50 Vzr. Rb. Zutphen 21 februari 2011, LJN: BQ1276; Vzr. Rb. Breda 28 september 2011, LJN: BT7168; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 13 oktober 2011, LJN: BU5872; Vzr. Rb. Arnhem 7 december 2011, LJN: BU9748.

51 Rb. Utrecht 24 augustus 2011, LJN: BS1672.

52 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2011, LJN: BP0315,

bevestigd in Hof 's-Gravenhage 12 april 2011, LJN: BQ0942.

53 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 6 juli 2011, LJN: BR2481.

54 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 4 augustus 2011, LJN: BU7224.

55 Vzr. Rb. Arnhem 8 september 2011, LJN: BT2628 en CBB 12 oktober 2011, LJN: BU3233.

een dergelijke overheidsopdracht de art. 23 en 35, twaalfde tot en met zestiende lid toe. Dit betekent dat de in art. 45 van het Bao genoemde regeling ten aanzien van dwingende uitsluitingsgronden niet op 2B-diensten van toepassing is. Ditzelfde geldt voor het al dan niet hanteren van geschiktheidseisen, zoals genoemd in de art. 44 en volgende van het Bao.

Een aanbestedende dienst is bij 2B-dienstenopdrachten niet gehouden om uitsluitingsgronden/geschiktheidseisen te hanteren. Ook lijkt de doorgaans strikte scheiding tussen uitsluitingsgronden/geschiktheidseisen enerzijds en gunningscriteria anderzijds te vervagen indien het 2B-dienstenopdrachten betreffen die worden aanbesteed.⁵⁶

10. Geschiktheidseisen en selectiecriteria

10.1 Algemeen

Uitspraken waaruit een algemene strekking rondom geschiktheidseisen en selectiecriteria valt te destilleren zijn schaars. De jurisprudentie is casuïstisch van aard, in die zin dat het leeuwendeel van de jurisprudentie slechts 'toepasbaar' lijkt voor de specifieke omstandigheden van het geval. Toch zijn er enkele uitspraken, waaruit een meer algemene 'les' te leren valt. Zo blijkt bijvoorbeeld uit een arrest van het Hof 's-Gravenhage dat een aanbestedende dienst, voor wat betreft het al dan niet voldoen aan de gestelde eisen, mag uitgaan van de eerlijkheid/juistheid van de door de inschrijver verstrekte gegevens. Een verificatie van die gegevens om te controleren of daadwerkelijk wordt voldaan aan de eisen, lijkt niet verplicht.⁵⁷

Een andere interessante 'algemene' uitspraak betreft een arrest van het Hof Leeuwarden,

waaruit blijkt dat een beroep op een gefailleerde derde als doorstartende partij (in veel gevallen) niet toegestaan lijkt.⁵⁸

Ten slotte zou in algemene zin kunnen worden gesteld dat een aanbestedende dienst, wanneer hij financiële eisen stelt, moet verduidelijken of deze financiële eisen (voor zover aan de orde) betrekking hebben op een bedrag inclusief of exclusief btw. Achteraf kan deze vraag kennelijk niet meer beantwoord worden, als de aanbestedingsdocumentatie geen richting geeft op dit vlak.⁵⁹

10.2 *Toelaatbaarheid geschiktheidseisen/ selectiecriteria en beoordelingsmethodiek*

Geschiktheidseisen hebben betrekking op de inschrijver. Gunningscriteria op de inschrijving. Hierin dient een strikt onderscheid te worden gemaakt, zo brengt het Gerecht de Europese Commissie in herinnering. Ervaring van inschrijvers mag derhalve niet meewegen in het kader van de gunning, maar kan uitsluitend een rol spelen in het kader van het toetsen van de geschiktheid van een inschrijver.⁶⁰

Referentie-eisen dienen proportioneel te zijn, in die zin dat van gegadigden/inschrijvers niet verwacht mag worden dat zij referenties overleggen die (qua omvang) 100 procent van het aan te besteden project betreffen. Wordt een dergelijke eis wel gesteld, dan is er plaats voor ingrijpen door de rechter.⁶¹

Proportionaliteit speelt ook een rol in een zaak waarin een inschrijver zich wenst te beroepen op de financiële en economische draagkracht en technische en beroepsbekwaamheid van een

56 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 11 februari 2011, LJN: BL4880.

57 Hof 's-Gravenhage 31 mei 2011, LJN: BQ6729.

58 Hof Leeuwarden 31 mei 2011, LJN: BQ7389.

59 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2011, LJN: BQ9876.

60 Gerecht 8 december 2011, T-39/08.

61 V.zr. Rb. Maastricht 11 augustus 2011, LJN: BR7091.

gefaillieerde vennootschap. Dat een aanbestedende dienst het onder omstandigheden niet toelaat dat een doorstartende onderneming zich beroept op die gefaillieerde onderneming, is niet disproportioneel of anderszins in strijd met het aanbestedingsrecht.⁶²

Referentie-eisen dienen te voldoen aan het transparantiebeginsel. Is dat niet het geval dan ligt een heraanbesteding in de rede. Vordert een inschrijver echter geen heraanbesteding, maar beperkt hij zich tot de stelling dat de ingediende referenties voldoen aan de (niet-transparante) eisen, dan worden die referenties aan de hand van de gestelde referentie-eisen getoetst. Deze toets valt uiteindelijk uit in het nadeel van de inschrijver.⁶³

10.3 *Transparantie geschiktheidseisen/ selectiecriteria en beoordelingsmethodiek*

Bij de uitleg van geschiktheidseisen/selectiecriteria en de beoordelingsmethodiek dient acht te worden geslagen op de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van alle aanbestedingsstukken. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin die stukken zijn gesteld. De rechter hanteert daarbij de *Succhi di Frutta*-norm. Daarnaast is er sprake van een marginale toetsing door de rechter. Het is niet de bedoeling dat de voorzieningenrechter op de stoel van de aanbestedende dienst gaat zitten en de beoordeling van de aanbestedende dienst nog eens overdoet. Deze algemene maatstaf wordt telkens toegepast en leidt tot inte-

ressante maar (helaas) ook vaak ‘casuïstische’ jurisprudentie.

Zo is bijvoorbeeld de referentie-eis dat een referentie een ‘soortgelijke’ contractduur moet hebben gehad als het aan te besteden werk, toegestaan,⁶⁴ maar is de eis dat referenties ‘gelijksoortig’ onderzoek moeten betreffen niet toegestaan.⁶⁵ Hoewel zulks tegenstrijdig lijkt, is dat niet zonder meer het geval. Men kijkt in deze gevallen namelijk niet naar de eis *an sich*, maar naar de betekenis/uitleg van de eis in het licht van de aanbestedingsdocumentatie. In het licht van die aanbestedingsdocumentatie was de term ‘soortgelijk’ kennelijk wél uit te leggen, maar de term ‘gelijksoortig’ niet. Dit casuïstische karakter kan aan de hand van veel rechtspraak worden geïllustreerd. Deze rechtspraak komt hieronder aan de orde.

De referentie-eis dat een inschrijver ervaring moet aantonen met het maaien van bermen, taluds, waterkeringen, kan niet zo worden uitgelegd dat de ervaring met het maaien van enkel bermen of taluds of waterkeringen betekent dat al voldaan wordt aan de eis. In het licht van de aanbestedingsdocumentatie moet die eis zo worden uitgelegd dat ervaring moet worden aangetoond met het maaien van bermen, taluds én waterkeringen.⁶⁶

Een aanbestedende dienst mag referenties van ‘gelijke aard (en omvang)’ vergen en deze eis lopende de procedure verduidelijken, mits die verduidelijking passend is in het licht van de aanbestedingsdocumentatie. Van niet-transparante referentie-eisen is in die gevallen geen sprake.⁶⁷

62 Vzr. Rb. Arnhem 17 oktober 2011, LJN: BU3544.

63 Vzr. Rb. Arnhem 27 oktober 2011, LJN: BU7796.

64 Vzr. Rb. Haarlem 16 februari 2011, LJN: BP9887.

65 Hof 's-Hertogenbosch 5 juli 2011, LJN: BR0596.

66 Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 26 april 2011, LJN: BR5221.

67 Vzr. Rb. Almelo 24 januari 2011, LJN: BP1936, bevestigd in hoger beroep: Hof Arnhem 1 november 2011, LJN: BU3262. Zie ook Vzr. Rb. Amsterdam 27 oktober 2011, LJN: BU7796.

Gelet op de nauwe samenhang tussen de Wmo enerzijds en de AWBZ anderzijds, mag een referentie-eis die referenties vergt 'gericht op de Wmo', niet zo worden uitgelegd dat een AWBZ-referentie niet voldoet aan de gestelde eis. Een dergelijke strikte uitleg volgt niet uit de woorden 'gericht op de', aldus de Rechtbank 's-Gravenhage.⁶⁸

De referentie-eis dat ten minste twee installaties van het aangegeven type en grootte 'succesvol' zijn gerealiseerd, kan niet zo worden uitgelegd dat de installaties tijdig moeten zijn opgeleverd. Volgens de rechter kan niet worden volgehouden dat reeds een overschrijding van een opleveringstermijn een referentiewerk als zodanig zou diskwalificeren.⁶⁹

Wanneer in het kader van een financiële geschiktheidseis wordt aangegeven dat bij de bepaling van de solvabiliteitsratio moet worden uitgegaan van het 'eigen vermogen', mag een inschrijver die eis niet zo uitleggen dat een achtergestelde lening mag worden gerekend tot het eigen vermogen. In die situatie wordt de term 'eigen vermogen' door de rechter uitgelegd in het licht van art. 2:373 van het BW.⁷⁰

Wanneer een aanbestedende dienst aangeeft dat in de prijzen per eenheid alle directe en indirecte kosten, inclusief algemene kosten en winst moeten zijn begrepen en een inschrijver vervolgens met een eenheid van € 1 inschrijft, mag de inschrijving als ongeldig terzijde worden gelegd. Een uitleg dat een eenheidsprijs van € 1 toegestaan zou zijn, is niet logisch in het licht van de aanbestedingsdocumentatie.⁷¹

In een zaak voor de Rechtbank Maastricht was aan de orde hoe de door de aanbestedende dienst gestelde referentie-eis moest worden uitgelegd. Daar waar partijen het erover eens waren dat een referentie-eis ongeveer 60 procent van het aan te besteden project mag betreffen, verschilden partijen van mening over de vraag of de gestelde referentie-eis zich beperkt tot deze 60 procent. De rechter komt in het licht van bewoordingen van de eis en de aanbestedingsdocumentatie tot de conclusie dat dat niet het geval is, en dat de eis in onderhavig geval eerder 100 procent van het aan te besteden werk betreft. Deze eis voldoet daarom niet aan het proportionaliteitsbeginsel.⁷²

De referentie-eis dat de inschrijver in de laatste vijf jaar ten minste drie vergelijkbare werken uitgevoerd moet hebben op het gebied van grond-, weg- en waterbouw met een gefactureerd bedrag van ten minste € 700.000, stond ter discussie in een andere zaak. Daarin was aan de orde of het bedrag van € 700.000 inclusief of exclusief btw is. Door vooraf geen helderheid op dit punt te verschaffen en het desbetreffende selectie criterium na inschrijvingstermijn nader uit te leggen, handelt de aanbestedende dienst in strijd met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, hetgeen noopt tot een heraanbesteding (voor zover de aanbestedende dienst het object nog wenst aan te besteden).⁷³

Strijd met het transparantiebeginsel wordt ook aangenomen in een aanbestedingsprocedure door enkele zorgverzekeraars, waarin de zorgverzekeraars zich, volgens de rechter, een discretionaire bevoegdheid toe-eigenen voor wat betreft het oordeel of een inschrijver aan

68 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 3 maart 2011, LJN: BP6556.

69 Hof Leeuwarden 31 mei 2011, LJN: BQ7389.

70 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2011, LJN: BQ9876.

71 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 3 maart 2011, LJN: BP9888.

72 V.zr. Rb. Maastricht 11 augustus 2011, LJN: BR7091.

73 V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 21 augustus 2011, LJN: BU4429.

de gestelde eisen voldoet. Een dergelijke discretionaire bevoegdheid is niet op zijn plaats, aangezien niet duidelijk is welke criteria een rol spelen in die 'subjectieve beoordeling'. Een dergelijke subjectieve beoordelingsvrijheid voldoet niet aan het transparantiebeginsel.⁷⁴

In de reeds genoemde zaak waarin een inschrijver zich wenst te beroepen op de financiële en economische draagkracht en technische en beroepsbekwaamheid van een gefailleerde vennootschap, speelde de vraag welk doel de gestelde geschiktheidseisen dienen. In dat kader overweegt de rechter dat het doel van financiële geschiktheidseisen is om financieel zo solide mogelijke contractpartners te selecteren. Een beroep op de financiële en economische draagkracht van een gefailleerde vennootschap verhoudt zich niet goed met deze wens voor financiële stabiliteit. Ook is een beroep op de technische en beroepsbekwaamheid van een gefailleerde onderneming niet zomaar toegestaan. Een dergelijk beroep is slechts mogelijk indien de gehele onderneming is overgenomen door de doorgestarte partij. Alleen dan blijven de uitgevoerde projecten representatief, aldus de voorzieningenrechter.⁷⁵

Ondanks het feit dat aanbestedingsdocumentatie kan doen vermoeden dat een beroep op de kennis en ervaring van derden, om te voldoen aan de gestelde eisen/selectiecriteria, niet is toegestaan, dient een inschrijver toch te begrijpen dat het inschrijvers te allen tijde is toegestaan zich te beroepen op derden, mits deze inschrijver daadwerkelijk over de kennis en ervaring van deze derden kan beschikken.⁷⁶

In een zaak voor de Rechtbank 's-Gravenhage ging het om de volgende referentie-eis: "wer-

ken op het gebied van groot onderhoud (...) met een gefactureerd bedrag van € 5.000.000,-. Die werken dienen te voldoen aan (...) minimaal 5000 ton verwerkt asfalt." Wanneer een inschrijver vervolgens referenties indient die voldoen aan het gevraagde gefactureerde bedrag en voldoen aan de gevraagde hoeveelheid verwerkt asfalt, maakt dat volgens de rechter niet dat die referenties voldoen aan de gestelde eis. Die referenties voldoen volgens de rechter slechts aan de gestelde referentie-eis, wanneer de referenties tevens als 'groot onderhoud' zijn aan te merken. In dit kader wordt stilgestaan bij de vraag wat onder het niet gedefinieerde begrip 'groot onderhoud' moet worden verstaan en of de ingediende referentiewerken als zodanig zijn te kwalificeren. Daarbij komt de rechter – mede aan de hand van de tevredenheidsverklaringen bij de referenties – tot de conclusie dat de ingediende werken geen 'groot onderhoud' betreffen.⁷⁷

De uitleg van referentie-eisen stond eveneens centraal in een andere zaak. Daarin stelde een inschrijver zich op het standpunt dat de voorlopig gegunde inschrijver niet zou voldoen aan de gestelde referentie-eisen. De vorderingen van deze inschrijver worden afgewezen op basis van een begrijpelijke taalkundige uitleg van de referentie-eisen.⁷⁸

In een bodemprocedure komt de rechter tot de conclusie dat de inschrijver niet aan de gestelde geschiktheidseisen voldoet, omdat de derde waarop de inschrijver een beroep doet, niet beschikt over de vergunning die betrekking heeft op de door de inschrijver toe te passen, geëigende technieken. Dit terwijl het de inschrijver op grond van de aanbestedingsdocumentatie

74 Vzr. Rb. Arnhem 8 september 2011, LJN: BT2628.

75 Vzr. Rb. Arnhem 17 oktober 2011, LJN: BU3544.

76 Vzr. Rb. Rotterdam 15 november 2011, LJN: BU5119.

77 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 28 november 2011, LJN:

BU7205.

78 Vzr. Rb. Roermond 7 december 2011, LJN: BU7179.

duidelijk had moeten zijn dat de vergunning hierop betrekking moest hebben.⁷⁹

Wanneer een aanbestedende dienst bepaalde solvabiliteitseisen stelt aan inschrijvers, dan dienen inschrijvers hier in beginsel zelfstandig aan te voldoen. In dat geval ligt het niet voor de hand om ook de cijfers van de holding van de desbetreffende inschrijver te betrekken in de berekening van de solvabiliteit (tenzij dit uiteraard expliciet wordt vermeld).⁸⁰

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

In een zaak bij de Rechtbank Amsterdam kwam de aanbestedende dienst er naar aanleiding van een klacht van een van de inschrijvers achter dat de referenties van de voorlopig gegunde partij niet voldeden aan de gestelde eisen. Het is een aanbestedende dienst in dat geval toegestaan om de referenties nogmaals te beoordelen en terug te komen op een eerder geuit gunningsvoornemen, wanneer uit die herbeoordeling blijkt dat er ten onrechte (voorlopig) is gegund.⁸¹

Het is een aanbestedende dienst niet toegestaan een selectie criterium na inschrijvingstermijn nader uit te leggen, terwijl die uitleg niet zonder meer voor de hand ligt. Door dat te doen handelt de aanbestedende dienst in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, hetgeen noopt tot een heraanbesteding.⁸² Een aanbestedende dienst mag referentie-eisen daarentegen wel lopende de procedure verduidelijken, mits die verduidelijking passend is in

het licht van de aanbestedingsdocumentatie. Van niet-transparante referentie-eisen of van een gewijzigde toepassing daarvan, is dan geen sprake.⁸³

10.5 *Beroep op derden/onderaannemers*

Zoals reeds is aangegeven vallen overheidsopdrachten voor 2B-diensten weliswaar binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsregelgeving, maar geldt er ten aanzien van dit soort opdrachten een sterk verlicht aanbestedingsregime. Aanbestedende diensten dienen bij het gunnen van een dergelijke overheidsopdracht slechts de art. 23 en 35, twaalfde tot en met zestiende lid toe te passen. Een aanbestedende dienst is (dus) niet verplicht om art. 47, lid 2, Richtlijn (art. 48, lid 2, Bao) ook toe te passen op overheidsopdrachten voor 2B-diensten. De algemene beginselen van transparantie en gelijke behandeling verplichten daartoe evenmin. Dit betekent concreet dat een aanbestedende dienst bij het aanbesteden van 2B-dienstenopdrachten kan bepalen dat een beroep op een derde/onderaannemer niet is toegestaan.⁸⁴

Op grond van vaste jurisprudentie en regelgeving is het gegadigden/inschrijvers toegestaan een beroep te doen op derden om zo te kunnen voldoen aan de gestelde eisen. Wel dient een gegadigde/inschrijver aan te tonen dat hij werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen van die derde. Van deze regels dienen gegadigden/inschrijvers inmiddels kennelijk zo doordrongen te zijn, dat aan anders suggererende passages in

79 Rb. 's-Hertogenbosch 30 november 2011, LJN: BU6464.

80 Vزر. Rb. Utrecht 16 december 2011, LJN: BU8401.

81 Vزر. Rb. Amsterdam 29 maart 2011, LJN: BQ3352.

82 Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 21 augustus 2011, LJN: BU4429.

83 Vزر. Rb. Almelo 24 januari 2011, LJN: BP1936, bevestigd in hoger beroep: Hof Arnhem 1 november 2011, LJN: BU3262. Zie ook Vزر. Rb. Amsterdam 27 oktober 2011, LJN: BU7796.

84 HvJ EU 17 maart 2011, zaak C-95/10.

aanbestedingsdocumentatie geen verwachtingen (meer) mogen worden ontleend.⁸⁵

Indien ondernemingen zich als samenwerkingsverband in de zin van art. 48, lid 3, Bao aanmelden, dan volgt reeds uit die gezamenlijke aanmelding dat zij (gezamenlijk) kunnen beschikken over hun voor de uitvoering van de opdracht vereiste middelen. Uit art. 48, noch uit de Richtlijn vloeit voort dat de ondernemingen in die omstandigheden ook nog over en weer dienen te verklaren dat hun middelen ter beschikking worden gesteld aan de andere combinant en/of de combinatie.⁸⁶

Het is inschrijvers niet toegestaan om zich na inschrijving alsnog te beroepen op derden, wanneer in de aanbestedingsdocumentatie is bepaald dat inschrijvers uiterlijk bij inschrijving een beroep op derden kunnen doen.⁸⁷

11. Gunningscriteria, eisen en beoordelingsmethodiek

11.1 Algemeen

In diverse uitspraken die dit jaar zijn verschenen wordt geoordeeld dat een aanbestedende dienst een grote mate van keuzevrijheid heeft bij het vaststellen van de toe te passen gunningscriteria, mits deze voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht.⁸⁸ Een gunningscriterium dat ziet op de wijze waarop een inschrijver

uitvoering geeft aan zijn werkzaamheden (het bieden van waarborgen dat de planning wordt gehaald) heeft bij uitstek betrekking op de kwaliteit van de door de inschrijver te leveren diensten en houdt dan ook voldoende verband met het voorwerp van de opdracht.⁸⁹ In een andere uitspraak wordt geoordeeld dat, nu ervoor is gekozen om een samenwerking op het gebied van schoonmaakdiensten ('partnership') aan te besteden, gunningscriteria die aansluiten op de afname van opleidingsdiensten en het adviseren van de aanbestedende dienst omtrent de te verzorgen opleidingen voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht.⁹⁰

Het is vaste jurisprudentie dat in een aanbestedingsprocedure geschiktheidseisen en gunningscriteria niet met elkaar mogen worden vermengd.⁹¹ Geschiktheidseisen dienen immers om de kwaliteiten van de inschrijver te beoordelen, terwijl gunningscriteria ertoe dienen om de kwaliteit van de inschrijving te beoordelen. Dat een inschrijver wordt verzocht zijn visie te geven op de wijze waarop hij de opdracht denkt uit te voeren, heeft betrekking op de door zijn te leveren diensten en dus op de inschrijving zelf.⁹² Het toekennen van punten voor de wijze waarop inschrijvers werkprocessen ten behoeve van de opdracht willen inzetten, levert evenmin een ongeoorloofde vermenging op. Dat inschrijvers in dat kader beschrijven volgens welke systematiek hun kwaliteitssystemen (ISO-normen) zijn opgezet, maakt dit niet anders.⁹³

85 Vzr. Rb. Rotterdam 15 november 2011, LJN: BU5119.

86 Hof Arnhem 8 maart 2011, LJN: BQ3085.

87 Vzr. Rb. Almelo 24 januari 2011, LJN: BP1936, bevestigd in hoger beroep: Hof Arnhem 1 november 2011, LJN: BU3262.

88 Vzr. Rb. Amsterdam 4 februari 2011, LJN: BQ3356, Vzr. Rb. Amsterdam 24 maart 2011, LJN: BQ3358, Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 15 april 2011, LJN: BQ2066, Vzr. CBB 31 mei 2011, LJN: BQ7228, Vzr. Rb. Amsterdam

18 augustus 2011, LJN: BR6264, Vzr. Rb. Alkmaar 24 november 2011, LJN: BU5824.

89 Vzr. Rb. Amsterdam 4 februari 2011, LJN: BQ3356.

90 Vzr. Rb. Amsterdam 24 maart 2011, LJN: BQ3358.

91 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 27 januari 2011, LJN: BP3122, Vzr. Rb. Amsterdam 18 augustus 2011, LJN: BR6264, Gerecht 13 september 2011, T-8/09.

92 Vzr. Rb. Amsterdam 1 februari 2011, LJN: BP5160.

93 Vzr. Rb. Amsterdam 4 februari 2011, LJN: BQ3356.

Als in een aanbestedingsprocedure als gunningscriterium de laagste prijs is gehanteerd, dan geldt als uitgangspunt dat de aanbestedende dienst geen, althans een zeer beperkte, beoordelingsvrijheid heeft. Indien hij wil gunnen is hij gehouden de laagste prijsaanbieding te aanvaarden, behoudens de mogelijkheid om inschrijvingen die als abnormaal laag worden gekwalificeerd af te wijzen.⁹⁴

Bij het gunningscriterium de economisch meest voordelige inschrijving is de vergelijking van inschrijvingen een wezenlijk kenmerk van de aanbestedingsprocedure. Een onderlinge vergelijking was ook aan de orde in een aanbesteding waarbij uit het bestek niet viel af te leiden dat de inschrijvingen los van elkaar hadden moeten worden beoordeeld en niet dus niet ten opzichte van de winnende inschrijver, hetgeen door de rechter wordt omschreven als een absolute beoordeling. De rechter oordeelt dat uit het feit dat een plan van aanpak maximaal scoort als dat volgens de beoordelingscommissie de beste borging biedt van de kwaliteitseisen en de beste communicatie garandeert, volgt dat vooraf voldoende duidelijk was dat sprake zou zijn van een onderlinge vergelijking van de inschrijvingen.⁹⁵

11.2 *Toelaatbaarheid gunningscriteria, eisen en beoordelingsmethodiek*

Als uit het bestek blijkt dat in de beoordelingssystematiek de mogelijkheid van inschrijven met een negatieve eindscore (hetgeen een evident fictief karakter heeft) ligt besloten dan valt niet in te zien dat de omstandigheid dat die eindscore ook negatief mag zijn, van wezenlijke invloed is op de deugdelijkheid van de beoordelingssystematiek. Pas aan het einde van de looptijd van

de raamovereenkomsten zal kunnen worden vastgesteld of de aanbestedende dienst de per saldo voor hem voordeligste aanbieding heeft gehonoreerd. De aanbestedende dienst heeft daarop zelf invloed, doordat hij kan bepalen hoe de te verrichten concrete werkzaamheden in opdrachten zullen worden omgezet. Dit betekent echter niet dat de aanbestedende dienst gehouden zou zijn andere gunningscriteria te hanteren dan hij heeft gedaan.⁹⁶

Dat een aanbestedende dienst voor de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving alle prijscategorieën die ten grondslag liggen aan de totaalprijs even zwaar heeft laten meetellen, acht de voorzieningenrechter niet onrechtmatig. Mede gelet op de omstandigheid dat een raamovereenkomst is aanbesteed, waarbij pas aan het einde van de looptijd de werkelijke prijs van de geleverde prestatie kan worden vastgesteld, is dit niet in strijd met art. 54 Bao.⁹⁷

De toe te passen beoordelingsmethodiek dient zo objectief en transparant mogelijk te zijn. Bij de beoordeling van kwalitatieve criteria is volgens de rechter aan enige subjectiviteit echter niet te ontkomen, hetgeen dient te worden ondervangen door (i) de criteria zodanig te formuleren dat het voor een kandidaat-inschrijver voldoende duidelijk is waaraan hij moet voldoen en (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem te beoordelen. De rechter acht binnen dit kader de inbreng van de significantiefactor (afhankelijk van de significantie van het verschil tussen inschrijvingen werd besloten of een hogere score dan 1 als ondergrens werd aangehouden) niet toegestaan. Dit maakt het beoordelingssysteem *diffuus* en vergroot de kans op subjectiviteit.⁹⁸

94 V.zr. Rb. Rotterdam 10 mei 2011, LJN: BQ7374.

95 V.zr. Rb. Leeuwarden 6 juli 2011, LJN: BR2162.

96 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 21 maart 2011, LJN: BU6124.

97 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 13 mei 2011, LJN: BR4938.

98 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 29 maart 2011, LJN: BQ0351.

Een door de inschrijver te houden presentatie is slechts dan als gunningscriterium toelaatbaar als de presentatie voldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht. Dat inschrijvers in het kader van de presentatie worden beoordeeld op basis van “voorgestelde oplossingen, aansluiting op de doelgroep, toepasbaarheid in de praktijk en beantwoording van vragen in algemene zin” wordt door de rechter toelaatbaar geacht, omdat inschrijvers daarmee mondeling inzicht dienen te verschaffen in de wijze waarop zij de opdracht zullen uitvoeren.⁹⁹ Tot dat oordeel komt de rechter ook in een zaak waarin het gaat om de aanbesteding van advisering over de inzet van leermiddelen en de levering van leermiddelen. Relevant wordt geacht dat de presentatie een toelichting vormt op onderdelen van de schriftelijke offerte. De rechter vindt het in die zaak verder toelaatbaar dat uitsluitend inschrijvers die nog voor gunning in aanmerking komen aan de presentatie mogen meedoen.¹⁰⁰ In weer een andere zaak oordeelt de rechter dat in geval van een mondelinge presentatie het een aanbestedende dienst vrijstaat om de wijze van presenteren, waar het bijvoorbeeld gaat om overtuigingskracht en proactief handelen, te waarderen. Relevant wordt geacht dat het voor een inschrijver duidelijk was of had kunnen zijn dat hij in zijn rol van adviseur van de aanbestedende dienst de inhoud van een advies ook goed voor het voetlicht dient te brengen.¹⁰¹

Omdat het niet is toegestaan om geschiktheidseisen en gunningscriteria met elkaar te vermengen, wordt een gunningscriterium op basis waarvan punten worden toegekend aan het beschikken over ISO 9001 en ISO 14001 ontoelaatbaar geacht.¹⁰² Dat geldt ook voor een gunningscriterium dat punten toekent aan

referentieprojecten.¹⁰³

In een aanbestedingsprocedure hanteerde de aanbestedende dienst een berekeningsmethode met betrekking tot malusbedragen (waarin de kwaliteitsscores werden omgezet). Het hof acht dat gunningscriterium proportioneel en dus toelaatbaar als een inschrijver die minder kwaliteit levert wel voldoende ruimte heeft om door een betere prijs een reële kans op gunning te behouden. Bovendien acht het hof het in deze zaak, waarin het ging om een veiling, toelaatbaar dat de aanbestedende dienst de malusbedragen pas na de inschrijvingen aan alle inschrijvers bekend zou maken, nu deze gang van zaken uit het bestek blijkt. Het hof oordeelt dat het niet in strijd is met het aanbestedingsrecht om dergelijke malusbedragen per inschrijver pas na de inschrijvingen bekend te maken, omdat deze bedragen juist aan de hand van de inschrijvingen (dus pas na de inschrijvingen) berekend werden. De aanbestedende dienst had in die zaak wel van tevoren aan alle inschrijvers bekendgemaakt dat 4300 punten konden worden behaald en dat de prijs-kwaliteitverhouding 40/60 zou zijn.¹⁰⁴

Als een inschrijver niet weet hoe hij het maximale aantal of minder punten kan scoren, dan is dat volgens de rechter een ontoelaatbare beoordelingsmethodiek. De beoordelingsvrijheid van een aanbestedende dienst mag er namelijk niet toe leiden dat inschrijvers zo weinig inzicht hebben in de puntentoekenning, zoals in deze zaak het geval is, dat zij hun kansen op gunning onvoldoende kunnen inschatten en er ook geen goede controle achteraf kan plaatsvinden. Bij gebreke van duidelijke criteria op basis waarvan punten worden toegekend voor de beantwoording van de vragen is ook niet in te zien hoe

99 Vzr. Rb. Amsterdam 1 april 2011, LJN: BQ3350.

100 Vzr. Rb. Rotterdam 7 juni 2011, LJN: BR2793.

101 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 19 juli 2011, BR2483, LJN: BR2483.

102 Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 15 april 2011, LJN: BQ2066.

103 Vzr. Rb. Amsterdam 18 augustus 2011, LJN: BR6264.

104 Hof 's-Gravenhage 17 mei 2011, LJN: BQ5659.

een objectieve en transparante vergelijking van de diverse inschrijvingen mogelijk is. De beoordeling heeft dan iets willekeurigs, aldus de voorzieningenrechter.¹⁰⁵

11.3 *Transparantie gunningscriteria, eisen en beoordelingsmethodiek*

Het transparantiebeginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Deze *Succhi di Frutta*-norm wordt in heel veel uitspraken ten grondslag gelegd aan de beoordeling of de in de aanbestedingsdocumenten gehanteerde eisen, gunningscriteria en beoordelingsmethodieken voor inschrijvers voldoende transparant zijn geweest.¹⁰⁶

Zo ook in een uitspraak waarin de rechter diende te beoordelen of onduidelijkheid kon bestaan over het moment van indiening van de inschrijving. In dat kader acht de rechter het van belang dat aanbestedingsstukken en de daarin genoemde eisen dienen te worden

gelezen in het licht van de gehele tekst van de aankondiging van opdracht, het bestek en de daarbij behorende bijlagen. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin die aankondiging van opdracht, het bestek en de daarbij behorende bijlagen zijn gesteld, ook wel de CAO-norm genoemd.¹⁰⁷ Op grond hiervan oordeelt de rechter dat voornoemde onduidelijkheid, die voortvloeit uit de aankondiging, wordt weggenomen door deze in samenhang met de bepalingen in het bestek te lezen.¹⁰⁸

Als in het aanbestedingsdocument geen formule is opgenomen waaruit blijkt hoe de score van inschrijvers die niet de laagste prijs hebben geboden wordt bepaald, dan is dat in strijd met het transparantiebeginsel.¹⁰⁹

Hoewel geen formule is gegeven voor de puntenaftrek die is gekoppeld aan de afwijking ten opzichte van de laagste prijs, acht de rechter het voldoende transparant als kenbaar is gemaakt dat het maximale aantal punten wordt toegekend aan de inschrijver met de laagste prijs, terwijl uit een rekenvoorbeeld, dat in een bijlage bij de aanbestedingsdocumenten is opgenomen, kan worden afgeleid dat de andere inschrijvers, afhankelijk van het verschil tussen de door hen aangeboden prijs en de laagste prijs, minder punten krijgen toegekend. Onder die omstandigheden mag van een inschrijver als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver worden verwacht dat hij begrijpt

105 V.zr. Rb. Arnhem 15 juli 2011, LJN: BR4958.

106 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 19 januari 2011, LJN: BP3133, V.zr. Rb. 's-Gravenhage 19 januari 2011, LJN: BP3128, V.zr. Rb. Amsterdam 1 februari 2011, LJN: BP5160, V.zr. Rb. 's-Gravenhage 8 april 2011, LJN: BU7209, V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 12 juli 2011, LJN: BU5197, V.zr. Rb. 's-Gravenhage 6 september 2011, LJN: BU5995, V.zr. Rb. Breda 28 september 2011, LJN: BT7168, V.zr. Rb. Leeuwarden 5 oktober

2011, BT6726, V.zr. Rb. 's-Gravenhage 13 oktober 2011, LJN: BU5872, V.zr. Rb. 's-Gravenhage 25 oktober 2011, LJN: BU6031, V.zr. Rb. 's-Gravenhage 22 november 2011, LJN: BU6035, V.zr. Rb. Alkmaar 24 november 2011, LJN: BU5824.

107 V.zr. Rb. Utrecht 26 augustus 2011, LJN: BR5927.

108 V.zr. Rb. Arnhem 27 juli 2011, LJN: BR4770.

109 V.zr. Rb. Arnhem 19 januari 2011, LJN: BP1188.

hoe het criterium ‘prijs’ wordt beoordeeld. De voorzieningenrechter neemt daarbij in aanmerking dat de klagende inschrijver voorafgaand aan de inschrijving op dit punt geen vragen heeft gesteld.¹¹⁰

Van een behoorlijke geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver mag worden verwacht dat hij begrijpt dat als gunning van de opdracht afhangt van een beoordeling van rapportages en plannen van de aanbieders, dat de aanbestedende dienst een zekere mate van beoordelingsvrijheid heeft binnen de vooraf bekendgemaakte spelregels. Dat betekent dat de inschrijver een kwalitatief goede en onderscheidende inschrijving moet indienen, die in de concurrentiestrijd een kans op gunning maakt. In dat licht had de inschrijver dan ook moeten begrijpen dat een maximale score niet aan de orde is als hij slechts alle kenbaar gemaakte wensen met betrekking tot het betreffende subgunningscriterium had betrokken in zijn managementrapportage. Als alle inschrijvers dat zouden doen, dan zouden ze in die zin allemaal de maximale score moeten krijgen omdat zij de benoemde wensen hebben opgenomen in hun rapportages en plannen en dan zou er geen winnaar zijn, aldus de voorzieningenrechter.¹¹¹

In een uitspraak waarin partijen met betrekking tot het gunningscriterium ‘social return’ twisten over de vraag wat moet worden verstaan onder “het plaatsen van werkzoekenden c.q. het aanbieden van werkplekken in het kader van de opdracht”, stelt de voorzieningenrechter voorop dat deze formulering ruimte in uitleg laat. Namelijk zowel voor de uitleg van de afgewezen inschrijver (dat het slechts is toegestaan om werkplekken aan te bieden bij de uitvoering van de onderhavige opdracht)

als de uitleg van de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver (dat het is toegestaan om ook werkplekken aan te bieden die op deze opdracht en de uitvoering van andere opdrachten betrekking heeft). Door het opnemen van verwijzingen naar twee websites, waarin het begrip social return met zoveel woorden is beperkt tot werkzoekenden die worden ingezet voor de betreffende opdracht, moet worden vastgesteld dat een *goed geïnformeerde en zorgvuldige inschrijver* die verwijzingen als die invulling heeft mogen opvatten.¹¹²

In een aanbesteding van multifunctionals (apparaten waarmee kan worden gekopieerd, geprint, gescand en gefaxt) behoefde een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver er naar het oordeel van het hof niet op bedacht te zijn dat de eisen inzake het nieten mogelijkerwijs niet op alle formaten papier betrekking hadden. Het had immers voor de hand gelegen dat, als deze eisen slechts voor één formaat waren bedoeld, dat uitdrukkelijk in het bestek was bepaald, zoals dat bij een aantal andere eisen wel het geval was. Dat de bedoeling van de aanbestedende dienst bij de uitleg van de betreffende eisen wellicht anders is geweest, kan aan dit alles niets afdoen, omdat die bedoeling niet uit het bestek blijkt en de consequenties daarvan voor risico van de aanbestedende dienst moeten komen.¹¹³

Subgunningscriteria, wegingsfactoren en andere informatie die de voorbereiding van de aanbiedingen kunnen beïnvloeden, dienen vooraf bekend te worden gemaakt. In dat kader is het niet toegestaan om dergelijke informatie voorafgaand te deponeren bij een notaris ten einde de objectiviteit te waarborgen. Dat leidt immers niet tot de vereiste transparantie, omdat

110 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 25 oktober 2011, LJN: BU6031.

111 V.zr. Rb. Arnhem 22 november 2011, LJN: BU9752.

112 V.zr. Rb. Amsterdam 5 december 2011, LJN: BV0510.

113 Hof 's-Gravenhage 20 december 2011, LJN: BU9048.

inschrijvers dan niet in staat zijn bij het opstellen van hun biedingen rekening te houden met het beoordelingskader.¹¹⁴

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is het voldoende transparant als de aanbestedende dienst in elke vraag die hij in het kader van het gunningscriterium stelt, heeft beschreven wat zijn wensen zijn, waarbij hij waar nodig heeft aangegeven wat zijn voorkeur verdient dan wel waar hij grote waarde aan hecht. De aanbestedende dienst geeft daarmee afdoende inzicht in wat beter door hem zal worden gewaardeerd en wat niet. Juist omdat het in deze aanbesteding ging om een nieuwe manier van aanbesteden van lesmateriaal – althans wat het abonnementsmodel betreft – met aspecten waarin de inschrijvers zich van elkaar kunnen onderscheiden, behoefde van de aanbestedende dienst niet te worden verwacht dat hij de criteria nader inkleurt, in die zin dat hij op alle punten exact en zeer gedetailleerd aangeeft wat nodig is om een maximale score te behalen. Die creativiteit wordt juist aan de markt gelaten. Daar hoort ook bij dat een inschrijver ruimte krijgt om criteria op eigen wijze in te vullen, zodat hij geprikkeld wordt om inventief in te schrijven. Bovendien kan een inschrijver dan zelf kenbaar maken welke aspecten van de opdracht volgens hem relevant zijn voor de aanbestedende dienst.¹¹⁵

Ook in een andere zaak oordeelt de rechter dat van een aanbestedende dienst niet kan worden verwacht dat hij exact omschrijft hoe hij wenst dat de inschrijver een bepaald kwaliteitscriterium invult om een maximale score te halen. Daarmee wordt elke concurrentie in inventiviteit uit de markt gehaald, aldus ook deze voorzieningenrechter. Het transparantiebeginsel strekt niet zo ver dat de inschrijvers op de hoogte moeten worden gesteld van de wijze waarop per (sub)gunningscriterium de verschillende

mogelijke antwoorden zullen worden gewaardeerd. Uit art. 54, lid 2, Bao volgt dat voldoende is om inschrijvers op de hoogte te brengen van de minimaal en maximaal toe te kennen punten per (sub)gunningscriterium.¹¹⁶

In weer een andere uitspraak wordt geoordeeld dat een aanbestedende dienst in het kader van gunningscriterium “borgen van de opleverdatum” open vragen mag stellen, teneinde het aan de creativiteit van de inschrijvers over te laten om te beschrijven hoe zij denken de opleverdatum zo goed mogelijk te borgen. Met het opsommen van vijf elementen die in dat kader door een inschrijver dienden te worden behandeld, heeft de aanbestedende dienst aan zijn transparantieverplichtingen voldaan, aldus de rechter.¹¹⁷

Een aanbestedende dienst heeft een grote mate van keuzevrijheid bij het vaststellen van en toepassen van gunningscriteria. Die vrijheid vindt zijn beperking in het feit dat alle redelijk geïnformeerde en normaal oplettende zorgvuldige inschrijvers in staat moeten zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren. Als een aanbestedende dienst inschrijvers heeft gevraagd om aan te geven welke bijdrage zij – bij de uitvoering van hun werkzaamheden – aan algemeen maatschappelijk geaccepteerde duurzaamheidsprincipes (zoals CO₂-uitstoot) kunnen leveren, dan is onvoldoende dat hij op de vele vragen die over dit gunningscriterium zijn gesteld slechts heeft geantwoord dat een grotere bijdrage aan alle vormen van duurzaamheidsprincipes meer punten oplevert en dat de beoordeling daarvan door een beoordelingscommissie zal worden uitgevoerd. Dit criterium is te onduidelijk geformuleerd, omdat de aanbestedende dienst niet had vermeld wat hij hier zelf onder verstond. Bovendien waren de beoordelaars, ieder vanuit

114 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 1 juni 2011, LJN: BR1911.

115 V.zr. Rb. Rotterdam 7 juni 2011, LJN: BR2793.

116 V.zr. Rb. Leeuwarden 6 juli 2011, LJN: BR2162.

117 V.zr. Rb. Amsterdam 4 februari 2011, LJN: BQ3356.

hun eigen professionaliteit, vrij om een score op het onderdeel CO₂-uitstoot toe te kennen. Daar komt bij dat er meerdere antwoorden mogelijk waren om de maximale score te behalen. Vooraf was echter niet bekendgemaakt wie in de beoordelingscommissie zat en op welk terrein de leden deskundig waren. Het gunningscriterium CO₂-uitstoot is dan ook naar het oordeel van de rechter voorafgaand aan de inschrijving onvoldoende transparant.¹¹⁸

Als niet duidelijk is of eisen in het aanbestedingsdocument al dan niet als minimumeisen (met uitsluiting tot gevolg) kwalificeren, dan is dat in strijd met het transparantiebeginsel.¹¹⁹

Normaal gesproken wordt in een aanbestedingsprocedure de kwaliteit van de inschrijving getoetst aan de hand van gunningscriteria en moet daarnaast met een prijs worden ingeschreven. Aan de prijs worden dan punten toegekend. In de aanbestedingsprocedure die in deze zaak aan de orde was werd de prijs gecombineerd met een tijdscomponent. Hoewel de combinatie van tijd en prijs bijzonder was, is de voorzieningenrechter van oordeel dat dit volgt uit de aanbestedingsdocumenten. De aanbestedende dienst hoeft vervolgens niet kenbaar te maken dat inschrijvingen met meer uren beter zouden worden beoordeeld, omdat voldoende duidelijk was vermeld dat tijd en kosten een rol zouden spelen bij de beoordeling. Daarbij is van belang dat er geen bezwaren zijn geuit tegen of nadere vragen zijn gesteld over deze wijze van beoordelen. De afgewezen inschrijver heeft bovendien zijn begroting dienovereenkomstig ingericht en ingediend.¹²⁰

Als de inschrijving van de winnaar alsnog ongeldig wordt verklaard, dan is het de aanbestedende dienst toegestaan de toegekende scores aan de overgebleven geldige inschrijvingen te herschikken, indien dat op transparante wijze uit het aanbestedingsdocument volgt. Als de herschikking derhalve betekent dat de oorspronkelijke nummer twee dan niet de winnende inschrijving heeft gedaan, dan is dat het logische gevolg van de vooraf aangekondigde en dus transparante beoordelingsmethodiek. Het cijfer werd toegekend aan de hand van de relatieve positie ten opzichte van waarderingen van andere inschrijvers. Waar de oorspronkelijke nummer drie in eerste instantie nog een tussenliggende score had behaald (en de oorspronkelijke, alsnog ongeldig verklaarde, winnaar de maximale score), had hij nu de maximale score behaald en dus (alsnog) de winnende inschrijving gedaan.¹²¹

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

Het is vaste jurisprudentie dat het tussentijds wijzigen van gunningscriteria en wegingsfactoren op grond van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie niet is toegestaan.¹²² Het ecarteren van een subgunningscriterium is dan ook ontoelaatbaar, omdat het terzijde schuiven van een subgunningscriterium feitelijk neerkomt op een wijziging van de gunningscriteria gedurende de aanbestedingsprocedure. De rechter komt tot het oordeel dat in deze zaak geen sprake is van een uitzondering, die een afwijking van deze hoofdregel rechtvaardigt. Zo'n uitzondering kan daarin zijn gelegen als voor alle inschrijvers duidelijk is geweest dat sprake was van een onjuist gunningscriterium

118 V.zr. Rb. Amsterdam 18 augustus 2011, LJN: BR6264.

119 V.zr. Rb. Arnhem 8 september 2011, LJN: BT2628.

120 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 2 september 2011,

LJN: BR6960.

121 V.zr. Rb. Utrecht 16 september 2011, LJN: BT1835.

122 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 1 juni 2011, LJN: BR1911.

en zij daarom bij het opstellen van de inschrijvingen feitelijk geen rekening met dit criterium hebben gehouden.¹²³

Als in de offerteaanvraag een rekenvoorbeeld is opgenomen waaruit duidelijk, precies en ondubbelzinnig blijkt dat tussentijds wordt afgerond, dan is het de aanbestedende dienst niet toegestaan om met vier decimalen achter de komma te blijven rekenen. Ook oordeelt de rechter dat het niet is toegestaan om af te wijken van de vooraf aangekondigde wijze van beoordeling door de beoordelingscommissie. Dat betekent dat het niet is toegestaan om individuele scores van de beoordelaars te middelen als in de offerteaanvraag is opgenomen dat zij eerst afzonderlijk een punt per te beoordelen aspect zouden toekennen en dat zij na overleg tot een gezamenlijk (heel in plaats van een gemiddeld) punt zouden komen.¹²⁴

Indien na de inschrijvingsdatum wordt uitgegaan van een lichtere eis ter zake van de nietcapaciteit van multifunctionals (apparaten waarmee kan worden gekopieerd, geprint, gescand en gefaxt), dan bestaat de mogelijkheid dat geïnteresseerde ondernemingen niet hebben ingeschreven, omdat hun multifunctionals niet aan de desbetreffende eis (zoals deze kon worden begrepen) konden voldoen. Dat geen van de drie inschrijvers volledig aan de desbetreffende eis kan voldoen is niet van belang, omdat niet is gebleken dat de markt van multifunctionals alleen zou bestaan uit deze drie marktpartijen.¹²⁵

Rijkswaterstaat had in een inlichtingenbijeenkomst voor potentiële inschrijvers aan de hand van een powerpointpresentatie een toelichting gegeven op de methode 'gunnen op waarde'. Het woordje 'nieuw' op twee sheets van die presen-

tatie had volgens Rijkswaterstaat betrekking op deze beoordelingsmethode. Doordat 'gunnen op waarde' een nieuwe aanbestedingsmethode was, werd volgens Rijkswaterstaat het woordje 'nieuw' in de presentatie verklaard. Op verzoek van inschrijvers was de powerpointpresentatie gepubliceerd op www.aanbestedingskalender.nl, zonder onderdeel uit te maken van de aanbestedingsdocumenten. Als dit verzoek niet was gedaan, dan was de presentatie niet aan de inschrijvers verstrekt. De voorzieningenrechter vindt het vervolgens niet logisch dat Rijkswaterstaat enkel op basis van deze powerpointpresentatie (en het woordje 'nieuw' daarin) aan de potentiële inschrijvers een nieuwe beoordelingsmethode bekend zou hebben gemaakt. De rechter oordeelt dan ook dat niet aannemelijk is geworden, dat de beoordelingsmethode tijdens de aanbestedingsprocedure is gewijzigd.¹²⁶

12. Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden

Bij het antwoord op de vraag op welke wijze besteksbepalingen moeten worden uitgelegd en toegepast – als selectie-eisen dan wel als uitvoeringseisen – moet allereerst de norm uit het *Succhi di Frutta*-arrest in ogenschouw worden genomen. Daarnaast dient eveneens acht te worden geslagen op de bewoordingen van de desbetreffende besteksbepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van alle relevante aanbestedingsstukken. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin die stukken zijn gesteld. Bij de uitleg kan onder meer worden gekeken naar de elders in de aanbestedingsstukken gebruikte formuleringen. In dat licht wordt vervolgens geoordeeld dat een tweetal besteksbepalingen betrekking heeft op de uitvoering van de opdracht, zodat inschrij-

123 Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 15 april 2011, LJN: BQ2066.

124 Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 16 mei 2011, LJN: BQ5070.

125 Hof 's-Gravenhage 20 december 2011, LJN: BU9048.

126 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 20 december 2011, LJN: BU9100.

vers eerst op het moment van aanvang van de opdracht aan de eisen vervat in die bepalingen moeten voldoen. De inschrijving van appellante is daarom ten onrechte terzijde gesteld.¹²⁷

Wanneer de aanbesteding ziet op koffie die moet voldoen aan een aantal bijzondere voorwaarden – ‘sociale criteria’ waarmee de ‘duurzaamheid’ van de te leveren producten dient te worden gegarandeerd – dan valt niet in te zien waarom die voorwaarden nog niet in acht zouden moeten worden genomen bij de smaaktest die onderdeel uitmaakt van die aanbestedingsprocedure. De omstandigheid dat dit niet uitdrukkelijk is opgenomen in de aanbestedingsstukken, doet daar niet aan af. Het feit dat de leverancier de voorwaarde dat de door haar te leveren koffie voldoet aan de sociale criteria tijdens de uitvoering van de opdracht op andere wijze zal gaan aantonen (‘Fair Trade’) dan waarop zij dat deed bij de smaaktest (‘Utz’ aangevuld met nadere bewijsmiddelen), staat verder niet in de weg aan het sluiten van de overeenkomst. Immers, het gaat hier enkel om een verandering in de wijze waarop wordt bewezen dat is voldaan aan de sociale criteria en niet ook om een wijziging van de kwaliteit van de ingrediënten en/of het assortiment.¹²⁸

13. (On)geldigheid c.q. terzijdelegging van 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.¹²⁹ 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 herstelkans niet aan de orde.

Het voorgaande geldt niet alleen voor (Europese) aanbestedingsprocedures van ‘officiële’ aanbestedende diensten, maar in principe ook voor vrijwillig gekozen offerteprocedures van private aanbesteders.¹³⁰

In de besproken periode is er opnieuw veel rechtspraak verschenen waarin het onderwerp (on)geldigheid aan de orde kwam. Deze jurisprudentie is, afgezien van de hiervoor geschetste algemene lijn, naar haar aard erg casuïstisch. Meestal leidt de geconstateerde ongeldigheid tot afwijzing van de vorderingen, maar soms tot niet-ontvankelijkverklaring. In verband met dat laatste redeneert de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Maastricht als volgt: de inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan, heeft geen belang meer bij zijn vorderingen, zodat hij daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Dat kan volgens deze rechtbank anders zijn, wanneer bijvoorbeeld (een inschrijver erover klaagt dat de gestelde eisen ontoelaatbaar zijn en om die reden) een heraanbesteding moet worden gevolgd, of indien de inschrijving van de beoogde winnaar eveneens ongeldig is.¹³¹ Ook de rechtbanken Den Bosch en Haarlem, evenals het Hof ’s-Gravenhage, komen tot het

127 Hof Arnhem 8 februari 2011, LJN: BQ1539.

128 V.zr. Rb. ’s-Gravenhage 16 maart 2011, LJN: BP7884.
In vergelijkbare zin: V.zr. Rb. Amsterdam 24 juni 2011, LJN: BR2781.

129 CbB 15 juli 2011, LJN: BR2187; Gerecht 13 september 2011, T-8/09.

130 V.zr. Rb. Arnhem 7 december 2011, LJN: BU9748.

Anders: V.zr. Rb. ’s-Gravenhage 13 oktober 2011, LJN: BU5872.

131 V.zr. Rb. Maastricht 31 januari 2011, LJN: BQ5828.

Vgl. ook V.zr. Rb. ’s-Gravenhage 14 september 2011, LJN: BT6715; V.zr. Rb. Alkmaar 24 november 2011, LJN: BU5824.

oordeel dat ongeldige inschrijvers zich, gelet op de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling, altijd nog moeten kunnen verzetten tegen de gunning aan een inschrijver die eveneens ongeldig heeft ingeschreven.¹³² In bestuursrechtelijke procedures ligt dat echter anders, omdat daardoor buiten de buitengrens van de voorliggende rechtsstrijd zou (kunnen) worden getreden.¹³³

Een laatste, vaste lijn in de jurisprudentie is dat eventueel bij een inschrijver opgewekt vertrouwen dat hij een geldige inschrijving heeft gedaan, dient te wijken voor toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Dit betekent dat de aanbestedende dienst zich er ook op een later moment nog op moet kunnen beroepen dat een inschrijving bij nader inzien ongeldig is, mits hij dat beroep tijdig doet, zodat de desbetreffende inschrijver zich daar deugdelijk op kan voorbereiden.¹³⁴

Onder meer de volgende 'gebreken', die verband houden met de geschiktheidsbeoordeling van de inschrijvers, hadden ongeldigheid c.q. terzijdelegging c.q. uitsluiting van verdere deelname aan de aanbesteding tot gevolg: het niet voldoen aan een minimale eis op het gebied van solvabiliteit;¹³⁵ het niet tijdig indienen van de vereiste bewijsstukken die verband houden met de minimumeisen inzake economische en financiële draagkracht (een door een re-

gisteraccountant ondertekende verklaring betreffende omzet);¹³⁶ het niet voldoen aan de minimumeis dat door de inschrijver een door een registeraccountant of een bevoegde accountant-administratieconsulent gewaarmerkte verklaring in de Nederlandse taal moet worden overgelegd waarin de solvabiliteit over de jaren 2008 en 2009 expliciet wordt aangegeven;¹³⁷ het niet voldoen aan de geschiktheidseis dat de inschrijver in de afgelopen vijf jaar minimaal twee projecten van 'gelijke aard' moet hebben uitgevoerd, waarbij het begrip 'gelijke aard' na de inschrijvingstermijn door de aanbestedende dienst is uitgelegd;¹³⁸ het niet (tijdig) aantonen dat de in te schakelen onderaannemer aan een bepaalde ervaringseis voldoet;¹³⁹ het niet voldoen aan de referentie-eisen;¹⁴⁰ het doen van een beroep op de ervaring van een gefailleerde derde, wiens activiteiten niet zijn voortgezet of overgenomen door de partij die zijn kennis en kunde ter beschikking van de inschrijver heeft gesteld;¹⁴¹ het niet voldoen aan de geschiktheidseis dat de op te geven referentieprojecten van vergelijkbare aard en omvang moeten zijn als het aan te besteden werk;¹⁴² het niet voldoen aan de eis dat het referentieproject qua omvang (aantallen gewerkte uren) gelijkwaardig moet zijn aan de opdracht die wordt aanbesteed;¹⁴³ het ter zake van een omzeteis doen van een beroep op de omzethistorie van een gefailleerde onderneming, terwijl zo'n beroep ter zake van een eis betreffende de technische en beroeps-

132 V.zr. Rb. Haarlem 16 februari 2011, LJN: BP9887. Vgl. ook Hof 's-Gravenhage 5 april 2011, LJN: BQ1626 en V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 15 april 2011, LJN: BQ2066.

133 Cbb 3 februari 2011, LJN: BP3045; Cbb 15 juli 2011, LJN: BR2190; Cbb 15 juli 2011, LJN: BR2187.

134 V.zr. Rb. Maastricht 31 januari 2011, LJN: BQ5828; V.zr. Rb. Alkmaar 24 november 2011, LJN: BU5824.

135 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2011, LJN: BQ9876.

136 V.zr. Rb. Amsterdam 17 januari 2011, LJN: BP5154.

137 V.zr. Rb. Maastricht 31 januari 2011, LJN: BQ5828.

138 V.zr. Rb. Almelo 24 januari 2011, LJN: BP1936.

139 V.zr. Rb. Leeuwarden 26 januari 2011, LJN: BP3601.

140 V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 26 april 2011, LJN: BR5221; V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 11 juli 2011, LJN: BT6546; V.zr. Rb. Amsterdam 27 oktober 2011, LJN: BU7796.

141 Hof Leeuwarden 31 mei 2011, LJN: BQ7389. Vgl. ook V.zr. Rb. Arnhem 17 oktober 2011, LJN: BU3544.

142 V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 17 februari 2011, LJN: BR5616.

143 V.zr. Rb. Haarlem 16 februari 2011, LJN: BP9887.

bekwaamheid van de inschrijver wél denkbaar is, mits op zijn minst de gehele onderneming is overgenomen, hetgeen in deze zaak echter niet het geval was, hetgeen daarom alsnog tot ongeldigheid leidde.¹⁴⁴

Onder meer de volgende ‘gebreken’, die verband houden met de ‘materiële/inhoudelijke’ eisen waaraan moest worden voldaan,¹⁴⁵ hadden ongeldigheid c.q. terzijdelegging c.q. uitsluiting van verdere deelname aan de aanbesteding tot gevolg: het niet voldoen aan een performance-eis;¹⁴⁶ het gebruik van twee verschillende inkooprijzen in dezelfde berekening zonder dat de aanbestedingsdocumenten daarvoor ruimte laten;¹⁴⁷ het bij de inschrijving indienen van een concept-leasecontract dat niet aan alle bestekseisen voldoet;¹⁴⁸ het niet voldoen aan eisen inzake energieopwekking;¹⁴⁹ het aanbieden van een brug met een grotere doorbuiging dan toegestaan;¹⁵⁰ het indienen van een tijdschema waarin niet de volledige uitvoeringsduur wordt weergegeven;¹⁵¹ het niet op juiste wijze berekenen van het energetisch rendement van een energiecentrale;¹⁵² het aanbieden van (knik) voertuigen die niet over het minimaal vereiste motorvermogen beschikken;¹⁵³ het ontbreken van de gevraagde plannen bij de inschrijving;¹⁵⁴ het indienen van een inschrijving die niet voldoet aan de Zorgbrede Governance Code;¹⁵⁵ het niet aantonen dat het aangeboden product

zal integreren met het bestaande platform;¹⁵⁶ het niet voldoen aan de eis dat zich aan boord van de te leveren ‘Rigid Hull Inflatable Boats’ een ‘quick-releasehaak’ moet bevinden;¹⁵⁷ het voor een bepaalde post niet aanbieden van het gevraagde beheertarief;¹⁵⁸ het aanbieden van prijzen per eenheid waarin niet, zoals geëist, alle kosten zijn verdisconteerd, welke kosten de inschrijver ten onrechte (deels) heeft overgeheveld naar de detailbegrotingen voor het meerjarig vast onderhoud;¹⁵⁹ het in strijd met art. 01.01.03 lid 2 Standaard 2005 schuiven over besteksposten met kosten die voor het tot stand brengen van een resultaatsverplichting nodig zijn;¹⁶⁰ het niet beschikken over een vergunning die naar het oordeel van het bevoegd gezag toereikend is voor het verwerken van bepaalde afvalstromen;¹⁶¹ het op papier aanbieden van een besteksconform product, dat tijdens de daaropvolgende demonstratie toch niet volledig aan die eisen blijkt te voldoen;¹⁶² tijdens een smaaktest aanbieden van koffie die niet over de vereiste duurzaamheidscertificering beschikt, waarover de in de uitvoeringsfase te leveren koffie (ook) moet beschikken.¹⁶³

Tot slot leidden ook nog de volgende, soms min of meer ‘formele gebreken’ tot ongeldigheid c.q. terzijdelegging c.q. uitsluiting van verdere deelname aan de aanbesteding: het indienen van een enveloppe met twee verschillende inschrijvings-

144 Vزر. Rb. Arnhem 17 oktober 2011, LJN: BU3544.

145 Vزر. Rb. ’s-Gravenhage 25 augustus, LJN: BU6428.

146 Vزر. Rb. ’s-Gravenhage 18 februari 2011, LJN: BP5747.

147 Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 16 februari, n.n.g.

148 CbB 3 februari 2011, LJN: BP3045; CbB 15 juli 2011, LJN: BR2190; CbB 15 juli 2011, LJN: BR2187.

149 Vزر. Rb. ’s-Hertogenbosch 3 februari 2011, LJN: BP2974.

150 Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 11 april 2011, LJN: BR4554.

151 Vزر. Rb. Amsterdam 7 juli 2011, LJN: BR3084.

152 Vزر. Rb. ’s-Hertogenbosch 12 juli 2011, LJN: BR1264.

153 Vزر. Rb. Arnhem 20 juli 2011, LJN: BR4960.

154 Vزر. Rb. ’s-Gravenhage 25 augustus, LJN: BU6422.

155 Vزر. Rb. Breda 28 september 2011, LJN: BT7168.

156 Vزر. Rb. ’s-Gravenhage 10 november 2011, LJN: BU4197.

157 Vزر. Rb. ’s-Gravenhage 4 oktober 2011, LJN: BU3377.

158 Vزر. Rb. Leeuwarden 5 oktober 2011, BT6726.

159 Vزر. Rb. ’s-Gravenhage 3 maart 2011, LJN: BP9888.

160 Vزر. Rb. Dordrecht 30 juni 2011, LJN: BQ9811.

161 Vزر. Rb. Breda 2 februari 2011, LJN: BP2926.

162 Hof ’s-Gravenhage 5 april 2011, LJN: BQ1626.

163 Vزر. Rb. Amsterdam 24 juni 2011, LJN: BR2781.

biljetten;¹⁶⁴ het in strijd met een in de aanbestedingsstukken voorkomend voorschrift indienen van een inschrijfstaat die niet uitsluitend in de binnenste (gesloten) enveloppe is gestopt, maar ook in de buitenste enveloppe;¹⁶⁵ het indienen van een ‘papieren’ inschrijving, terwijl uitsluitend elektronisch kon/mocht worden ingeschreven;¹⁶⁶ het doen van een inschrijving waarin de prijzen voor twee varianten per abuis zijn omgewisseld;¹⁶⁷ het doen van een inschrijving onder voorwaarden;¹⁶⁸ het niet voldoen aan de eis dat alle door de inschrijver opgevoerde kosten in de all-in prijs/m² moeten zijn opgenomen en het aanbieden van een alternatieve boeteclausule die niet van vergelijkbare zwaarte is;¹⁶⁹ het invullen van een negatieve waarde in een cel, terwijl daaraan de sanctie van ongeldigheid is verbonden;¹⁷⁰ het achteraf uitleggen van de inschrijving op een manier die in strijd is met de geëiste afrekeningsystematiek.¹⁷¹

Onder de gegeven, specifieke omstandigheden van het geval leidden onder meer de volgende ‘gebreken’ c.q. omstandigheden níét tot ongeldigheid c.q. terzijdelegging c.q. uitsluiting van verdere deelname: de ondertekening van de inschrijving door een gevolmachtigde, ten aanzien

van wie in het kader van het kort geding niet zonder meer kon worden vastgesteld dat diens bevoegdheid op het moment van inschrijving ontbrak;¹⁷² het niet invullen van 24 gele vlakken in een tabblad;¹⁷³ het niet (volledig) voldoen aan het programma van eisen, omdat dit niet tot ongeldigheid van de inschrijving zou leiden, maar slechts tot toekenning van een lagere score;¹⁷⁴ het in de aanbestedingsfase mogelijk nog niet kunnen voldoen aan een uitvoeringseis;¹⁷⁵ het ontbreken van een vijftal documenten zonder ‘informatiefunctie’;¹⁷⁶ het ontbreken van een handtekening van een van de combinanten op het aanmeldingsformulier van de combinatie en het niet overleggen van een terbeschikkingstellingsovereenkomst zoals bedoeld in art. 48, lid 2 jo 3, Bao;¹⁷⁷ het wijzigen van de uitvoeringstermijn in het projectplan en geen rekening houden met het gesloten dijkseizoen;¹⁷⁸ het niet voldoen aan een eis waarvan de naleving pas bij aflevering zou worden gecontroleerd en het niet overleggen van bepaalde certificaten omdat in de aanbesteding kon worden volstaan met het afleggen van een eigen verklaring;¹⁷⁹ de opmerking in de aanbiedingsbrief dat de bezwaren van de inschrijver van toepassing bleven, ook al diende zij een aanbieding in;¹⁸⁰ de voorgedrukte

164 Vzr. Rb. Haarlem 18 februari 2011, LJN: BQ4103.

165 Vzr. Rb. ’s-Gravenhage 1 februari 2011, LJN: BP2873.

166 Vzr. Rb. Assen 4 februari 2011, LJN: BR4278.

167 Vzr. Rb. ’s-Gravenhage 29 maart 2011, LJN: BQ2354.

Dit vonnis is in hoger beroep vernietigd, zie Hof ’s-Gravenhage 28 juni 2011, LJN: BR2478. Anders dan de voorzieningenrechter is het hof van oordeel dat de hier aan de orde zijnde vergissing de inschrijving van de desbetreffende inschrijver niet ongeldig maakt.

168 Vzr. Rb. ’s-Hertogenbosch 15 april 2011, LJN:

BQ2066.

169 Hof ’s-Hertogenbosch 5 juli 2011, LJN: BR0596.

170 Vzr. Rb. ’s-Gravenhage 25 augustus 2011, LJN:

BU6426.

171 Vzr. Rb. Utrecht 26 augustus 2011, LJN: BR5927.

Zie voor het vervolg: Vzr. Rb. Utrecht 16 september 2011, LJN: BT1835.

172 Vzr. Rb. Arnhem 19 januari 2011, LJN: BP1188.

173 Vzr. Rb. Amsterdam 25 januari 2011, LJN: BP2351

174 Vzr. Rb. ’s-Gravenhage 18 februari 2011, LJN: BP6676.

175 Vzr. Rb. Dordrecht 10 februari 2011, LJN: BP3669.

Zie voor een enigszins vergelijkbare zaak, waarin het ging om een minimumeis betreffende een zogenaamde CAO-verklaring: Hof ’s-Hertogenbosch 22 november 2011, LJN: BU6397.

176 Vzr. Rb. Amsterdam 1 februari 2011, LJN: BP5160.

177 Hof Arnhem 8 maart 2011, LJN: BQ3085.

178 Vzr. Rb. Rotterdam 10 mei 2011, LJN: BQ7374.

179 Hof ’s-Gravenhage 31 mei 2011, LJN: BQ6729.

180 Vzr. Rb. Rotterdam 7 juni 2011, LJN: BR2793.

verwijzing op het standaard briefpapier van de inschrijver naar haar algemene voorwaarden;¹⁸¹ wanneer in het aanbestedingsdocument niet méér is bepaald dan dat de referenties gelijksoortig onderzoek moeten betreffen, dan kan het betoog van de aanbestedende dienst niet slagen dat de referentieopdrachten naar aard en omvang vergelijkbaar moeten zijn;¹⁸² de enkele verwijzing naar producten die op het internet worden getoond, is onvoldoende onderbouwing van de stelling dat die producten niet voldoen aan de gestelde eisen;¹⁸³ het aanbieden van computerhardware die naast een zogenaamd PCIe-slot is uitgerust met een extra PCI-slot van welk (sub)type dan ook, omdat een extra slot van het (sub)type PCI niet was vereist;¹⁸⁴ het indienen van de inschrijving direct voorafgaande aan het moment waarop de aanbesteding plaatsvindt, welk tijdstip in het bestek werd genoemd, in plaats van op een eerder tijdstip, dat in de aankondiging werd genoemd;¹⁸⁵ een inschatting van de te verrichten werkzaamheden kan niet worden gelijkgesteld aan een aanname, zodat geen sprake is van een voorwaardelijke inschrijving;¹⁸⁶ het tijdens een proefopstelling tonen van ander meubilair dan dat op papier is aangeboden;¹⁸⁷ het niet althans onvoldoende aannemelijk kunnen maken dat de aangeboden monitor fictief is, niet bestaat of anderszins niet voldoet aan de gestelde de eisen;¹⁸⁸ het invullen en meezenden van de oorspronkelijke inschrijfstaat, terwijl bij nota van inlichtingen

een gewijzigde inschrijfstaat was verstrekt;¹⁸⁹ het niet indienen van een inschrijvingsstaat in een aparte, gesloten envelop in de envelop met het inschrijvingsbiljet.¹⁹⁰

Er zijn in de achterliggende periode nog meer uitspraken verschenen die direct dan wel indirect over (on)geldigheid gingen. 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.¹⁹¹

13.2 *Herstel fout/omissie wel/niet mogelijk*

Net als in voorgaande jaren is er in 2011 veel jurisprudentie verschenen over verduidelijking, omissies en herstel. Deze rechtspraak is naar haar aard behoorlijk casuïstisch, zodat het voor aanbestedende diensten in de praktijk helaas lastig blijft om met voldoende zekerheid te voorspellen of de rechter akkoord zal gaan met het bieden van een mogelijkheid tot herstel, aanvulling, of verduidelijking aan de inschrijvers. Hieronder hebben wij niettemin opnieuw geprobeerd om enkele algemene lijnen uit deze jurisprudentie te destilleren.

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.¹⁹² De

181 Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 13 december 2011, LJN: BU7691.

182 Hof 's-Hertogenbosch 5 juli 2011, LJN: BR0596.

183 Vزر. Rb. 's-Gravenhage 6 juli 2011, LJN: BR2481.

184 Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 12 juli 2011, LJN: BU5197.

185 Vزر. Rb. Arnhem 27 juli 2011, LJN: BR4770.

186 Vزر. Rb. 's-Gravenhage 29 juli 2011, LJN: BR4136.
Vgl. ook: Vزر. Rb. Utrecht 16 december 2012, LJN: BU8401.

187 Vزر. Rb. 's-Gravenhage 4 augustus 2011, LJN: BU7224.

188 Vزر. Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, LJN: BT6715.

189 Vزر. Rb. 's-Gravenhage 22 november 2011, LJN: BU6035.

190 Vزر. Rb. Arnhem 21 december 2011, LJN: BV0966.

191 Zie bijvoorbeeld Vزر. Rb. Arnhem 19 januari 2011, LJN: BP1188; Hof 's-Gravenhage 15 februari 2011, LJN: BP4715.

192 Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 26 april 2011, LJN: BQ5650; Vزر. Rb. 's-Gravenhage 10 november 2011, LJN: BU4197.

beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich in principe tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog aanvult of wijzigt.

In uitzonderingssituaties kan echter het zorgvuldigheidsbeginsel prevaleren boven het gelijkheidsbeginsel en kan de aanbestedende dienst een inschrijver in de gelegenheid stellen ontbrekende informatie (in reeds aangeleverde gegevens) alsnog aan te leveren.¹⁹³ Het CBB hanteert daarbij de volgende randvoorwaarden:

“Uit de op 14 juni 1993 gezamenlijk door de Raad en de Europese Commissie opgestelde verklaring (PB EG 1994, L 111), gebaseerd op art. 7, lid 4, van de Richtlijn 93/37/EEG (Richtlijn Werken), kan worden afgeleid dat een aanbestedende dienst bevoegd is inschrijvers in de gelegenheid te stellen om hun aanbieding nader toe te lichten of deze aan te vullen. Uit de uitspraken HvJEG 22 januari 1993, C-243/89 (Storebaelt) en HvJEG 25 april 1996, C-87/94 (Waalse Bussen) volgt dat wijziging van gedane inschrijvingen niet is toegestaan, aangezien dat strijdig zou zijn met het beginsel van gelijke behandeling en afbreuk zou doen aan de doorzichtigheid van de procedure. Van een verduidelijking of aanvulling van de inhoud van de offerte kan alleen sprake zijn indien de aanbieding op zich aan de criteria gesteld in de aanbestedingsstukken voldoet.”¹⁹⁴

De hiervoor genoemde uitzondering geldt overigens niet alleen voor ontbrekende informatie die verband houdt met de selectiecriteria, maar ook voor die verband houdt met de gunningscriteria.¹⁹⁵

Een uitzondering op het hiervoor genoemde algemene uitgangspunt is volgens voorzieningenrechtvaarders bovendien 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 Haagse rechtbank lijkt daarbij de strengste toets aan te leggen:

“Vooropstaat dat ingevolge vaste rechtspraak (kleine) gebreken in een inschrijving kunnen worden hersteld indien dat de kansen van de andere inschrijvers niet beïnvloedt. Door het bieden van een herstelkans aan één van de inschrijvers handelt een aanbestedende dienst immers al snel in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Herstel kan worden toegestaan in gevallen waarin boven elke twijfel is verheven dat sprake is van een kennelijke verschrijving, maar waarin vervolgens ook objectief kan worden vastgesteld wat door de inschrijver wel was bedoeld. Bij de beantwoording van de vraag of de inschrijver vervolgens die gelegenheid tot herstel moet worden geboden, kan van belang zijn of de fout (mede) te wijten is aan omstandigheden die liggen in de risicosfeer van de aanbestedende dienst.”¹⁹⁶

Een enigszins opmerkelijk arrest is overigens dat van het Hof 's-Gravenhage. Daarin wordt op zich terecht geoordeeld dat een bestek strijdig is met het Europeesrechtelijke beginsel van gelijke behandeling, wanneer dat de aanbestedende

193 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 8 april 2011, LJN: BU7209. In enigszins vergelijkbare zin: V.zr. Rb. Leeuwarden 25 mei 2011, LJN: BQ6120.

194 CBB 15 juli 2011, LJN: BR2187; CBB 15 juli 2011, LJN: BR2187. In enigszins vergelijkbare zin: V.zr. Rb.

Leeuwarden 25 mei 2011, LJN: BQ6120.

195 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 15 juli 2011, LJN: BR 4116.

196 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 25 augustus 2011, LJN: BU6426.

dienst de mogelijkheid biedt om (alleen) de beoogde winnaar zijn aanbieding te laten aanpassen, terwijl hij die kans niet aan de andere inschrijvers behoeft te geven. Onduidelijk is of het hof daarmee bedoelt te zeggen dat wanneer het bestek die mogelijkheid ook ten aanzien van de andere inschrijvers zou bieden, dit niet in strijd zou zijn met voornoemd beginsel. Zo ja, dan lijkt ons dat geen juist oordeel, omdat dit al snel tot willekeur zou kunnen leiden.¹⁹⁷

De algemene lijn in de jurisprudentie is vervolgens nog steeds 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 níét is toegestaan. Daarbij kan onder meer aan de volgende situaties worden gedacht: het alsnog overleggen van de vereiste eigen verklaring waarin vragen omtrent geschiktheid en betrouwbaarheid van de inschrijving zijn opgenomen;¹⁹⁸ het overleggen van nieuw, ander bewijsmateriaal dat aan de omzeteis wordt voldaan;¹⁹⁹ het alsnog overleggen van de vereiste gewaarmerkte verklaring van een registeraccountant of een bevoegde accountant-administratieconsulent, waarin de solvabiliteit over de jaren 2008 en 2009 expliciet is aangegeven;²⁰⁰ het alsnog overleggen van inhoudelijke informatie over een opgegeven referentiewerk;²⁰¹ het alsnog overleggen van een kopie van een zogenaamd TX-keurmerk;²⁰² het alsnog aanvullen van de inschrijving met de

inhoudelijke informatie die op grond van de minimumeisen in de vraagspecificatie had moeten worden overgelegd;²⁰³ het alsnog overleggen van enkele overeenkomsten die noodzakelijk zijn voor een goed begrip van de gevraagde transparante conceptleaseovereenkomst;²⁰⁴ het bevestigen en in aanmerking laten nemen van die bevestiging door de aanbestedende dienst dat een bepaalde waarde in een ingevuld tabblad als een nulwaarde moet worden gelezen;²⁰⁵ het herstellen van een niet-kennelijke verschrijving die tot ongeldigheid leidt wegens strijd met het programma van eisen;²⁰⁶ het alsnog buiten beschouwing laten van een bijlage die tegenstrijdige informatie bevat over de te leveren prestatie;²⁰⁷ het omrekenen van het aangeboden jaartarief naar het gevraagde maandelijks tarief door eerstgenoemd tarief te delen door twaalf;²⁰⁸ het ecarteren van één van de twee inschrijfbiljetten, die de inschrijver per abuis had ingediend.²⁰⁹

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: het duidelijker aantonen dat de vereiste solvabiliteitsratio's zijn behaald;²¹⁰ het alsnog overleggen van een (uitgebreide), al dan niet goedgekeurde, jaarrekening inclusief winst- en verliesrekening.²¹¹ Het alsnog inzenden van de jaarrekening over 2009 die is voorzien van een ondertekende verklaring van een registerac-

197 Hof 's-Gravenhage, 6 december 2011, LJN: BU7159.

198 Vزر. Rb. Leeuwarden 25 mei 2011, LJN: BQ6120.

199 Vزر. Rb. Alkmaar 24 november 2011, LJN: BU5824.

200 Vزر. Rb. Maastricht 31 januari 2011, LJN: BQ5828.

201 Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 26 april 2011, LJN: BQ5650;

Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 26 april 2011, LJN: BR5221.

202 Vزر. Rb. 's-Gravenhage 15 juli 2011, LJN: BR 4116.

203 Vزر. Rb. 's-Gravenhage 8 april 2011, LJN: BU7209.

204 CbB 15 juli 2011, LJN: BR2187.

205 Vزر. Rb. 's-Gravenhage 25 augustus 2011, LJN:

BU6426.

206 Vزر. Rb. 's-Gravenhage 4 oktober 2011, LJN: BU3377.

207 Vزر. Rb. 's-Gravenhage 10 november 2011, LJN:

BU4197.

208 Vزر. Rb. 's-Gravenhage 1 december 2011, LJN:

BU6716.

209 Vزر. Rb. Haarlem 18 februari 2011, LJN: BQ4103.

210 Vزر. Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2011, LJN: BQ9876.

211 Vزر. Rb. Arnhem 7 december 2011, LJN: BU9748.

countant;²¹² het per abuis omwisselen van de prijzen voor een tweetal varianten.²¹³

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, zoals bekend, meestal niet aan de orde zijn.

Zo leidde het ontbreken van de geëiste Model K-verklaring tot ongeldigheid van de inschrijving, ook al kon in het kader van het kort geding niet met zekerheid worden vastgesteld dat die verklaring daadwerkelijk ontbrak. Daarbij werd ook het betoog van de desbetreffende inschrijver verworpen dat van de geldigheid van haar inschrijving zou moeten worden uitgegaan, omdat het proces-verbaal van aanbesteding er melding van maakte dat haar inschrijving aan de vereisten voldeed en dat er geen sprake was van onregelmatigheden.²¹⁴

Een ondertekeningsgebrek in de Model K-verklaring behoort eveneens in beginsel tot ongeldigheid, althans terzijdelegging van de inschrijving te leiden. In een opmerkelijke uitspraak lijkt in dat verband op grond van art. 2.25.3 ARW 2005 te worden geoordeeld dat de ondertekening van de Model K-verklaring door een bestuurder die de inschrijver rechtsgeldig

vertegenwoordigt voldoende is, ook al is die persoon geen statutair bestuurder.²¹⁵ Als dat werkelijk is wat deze voorzieningenrechter bedoelt, dan kan worden geconstateerd dat dit oordeel op gespannen voet staat met veelvuldige eerdere rechtspraak, waarin onder verwijzing naar de toelichting op het ARW 2005 is bevestigd dat de Model K-verklaring door het 'hoogste management' van de onderneming moet worden ondertekend, dat bij bv's en nv's doorgaans door de statutair bestuurder(s) wordt gevormd.²¹⁶

Tot slot wordt ontoelaatbaar geoordeeld dat een inschrijver de vereiste Eigen Verklaring, waarin vragen omtrent geschiktheid en betrouwbaarheid van de inschrijving zijn opgenomen, alsnog overlegt.²¹⁷

13.4 *Abnormaal lage inschrijving* (*art. 56 Bao en art. 2.27.1 ARW 2005*)

Volgens de Utrechtse voorzieningenrechter is sprake van een abnormaal lage aanbieding:

“(…) wanneer de aanbestedende dienst wordt geconfronteerd met een zodanige lage inschrijvingsom dat hij gegronde reden heeft te vrezen dat de inschrijver een fout heeft gemaakt of een irreële prijs heeft geboden, op grond waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de inschrijver zijn inschrijving niet zal waarmaken en/of in de uitvoeringsfase pogingen zal on-

212 V.zr. Rb. Amsterdam 17 januari 2011, LJN: BP5154.

213 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 29 maart 2011, LJN: BQ2354.

Dit vonnis is in hoger beroep vernietigd, zie: Hof 's-Gravenhage 28 juni 2011, LJN: BR2478. Zowel de voorzieningenrechter als het hof laat overigens in het midden of de aanbestedende dienst de desbetreffende inschrijver in de gelegenheid had moeten stellen de hier aan de orde zijnde vergissing te herstellen, omdat de aanbestedende dienst die gelegenheid niet heeft geboden en de inschrijver daar ook niet om heeft

gevraagd. Beide instanties lijken niettemin van oordeel dat deze vergissing zich in principe wél voor herstel zou hebben geleend.

214 V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 1 april 2011, LJN: BR5851.

215 V.zr. Rb. Alkmaar 21 april 2011, LJN: BQ6481.

216 Zie bijvoorbeeld V.zr. Rb. 's-Gravenhage 2 juli 2010, LJN: BN0068; Hof 's-Gravenhage 29 juni 2010, LJN: BM9596. Deze rechtspraak hebben wij in onze Kroniek 2010 besproken.

217 V.zr. Rb. Leeuwarden 25 mei 2011, LJN: BQ6120.

dernemen om zijn al dan niet ingecalculerde verlies op enige wijze goed te maken.”

Onder die omstandigheid heeft de aanbestedende dienst in beginsel een rechtmatig belang bij toepassing van art. 56 Bao, welke procedure tot het ecarteren van een dergelijke inschrijving kan leiden.²¹⁸ Over de uitleg en toepassing van die bepaling is vervolgens een mooie, algemene overweging opgenomen in een arrest van het Hof Arnhem, welke wij om die reden letterlijk citeren:

“Vooropstaat dat art. 56 BAO de aanbestedende dienst (in dit geval DAR) de mogelijkheid biedt om extra informatie te vragen als er sprake is van een abnormaal lage aanbidding. Zo bepaalt lid 1 van art. 56 BAO: ‘Wanneer voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot de te verrichten werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijken, verzoekt de aanbestedende dienst, voordat hij deze inschrijvingen kan afwijzen, schriftelijk om de door hem nodig geachte verduidelijkingen over de samenstelling van de desbetreffende inschrijving’. Van een verplichting tot nader onderzoek bij een zeer lage inschrijving is naar het oordeel van het hof geen sprake. Art. 56 BAO strekt enerzijds ter bescherming van de aanbestedende dienst die de mogelijkheid heeft een abnormaal lage aanbidding af te wijzen en anderzijds de betrokken inschrijver die in de gelegenheid moet worden gesteld zijn inschrijving toe te lichten. Andere inschrijvers, zoals Aratech, kunnen zich in beginsel niet verzet-

ten tegen een voorgenomen gunning omdat de aanbidding abnormaal laag zou zijn. Als de aanbestedende dienst genoeg neemt met de ontvangen inlichting(en) staat in beginsel niets aan gunning in de weg.”

Het hof oordeelt vervolgens dat de grieven van appellante reeds op voorgaande overweging afstuiten. De aanbestedende dienst had namelijk wel degelijk inlichtingen ingewonnen bij de inschrijver die de abnormaal lage aanbidding zou hebben gedaan, om zich ervan te vergewissen dat die inschrijver de overeenkomst zou kunnen nakomen. Die inlichtingen hadden de aanbestedende dienst echter geen aanleiding gegeven om de inschrijving af te wijzen.²¹⁹ Ook de Alkmaarse voorzieningenrechter is van oordeel dat andere inschrijvers zich niet op art. 56 Bao c.q. art. 2.27.1 ARW 2005 kunnen beroepen teneinde de inschrijving van een concurrent-inschrijver te laten ecarteren.²²⁰ De Amsterdamse, Haagse en Utrechtse voorzieningenrechter denken daar echter kennelijk (incidenteel?) anders over.²²¹

Tot zover enkele meer algemene lijnen. Dan volgen nu enkele voorbeelden van zaken waaruit blijkt hoe rechters in concrete situaties met het onderwerp abnormaal lage inschrijving zijn omgegaan.

In enkele zaken wordt geoordeeld dat eiseres er niet in is geslaagd om aannemelijk te maken dat haar concurrent een abnormaal lage c.q.

218 V.zr. Rb. Utrecht 16 december 2011, L.JN: BU8401.

In diezelfde zin: V.zr. Rb. 's-Gravenhage 29 juli 2011, L.JN: BR4136.

219 Hof Arnhem 8 februari 2011, L.JN: BQ1539.

220 V.zr. Rb. Alkmaar 31 maart 2011, L.JN: BP9754 en V.zr. Rb. Alkmaar 21 april 2011, L.JN: BQ6481.

221 V.zr. Rb. Amsterdam 24 maart 2011, L.JN: BQ3358;

V.zr. Rb. 's-Gravenhage 28 maart 2011, L.JN: BQ2329;

V.zr. Rb. 's-Gravenhage 28 maart 2011, L.JN: BP9335;

V.zr. Rb. 's-Gravenhage 13 mei 2011, L.JN: BR4938;

V.zr. Rb. 's-Gravenhage 12 juli 2011, L.JN: BU7217;

V.zr. Rb. Utrecht 16 december 2011, L.JN: BU8401.

irreële c.q. onrealistische inschrijving heeft gedaan.²²²

In een andere zaak wordt het betoog van eiseres verworpen dat haar concurrent een ongeldige inschrijving zou hebben gedaan omdat deze ‘ongekend laag’ zou zijn, in die zin dat haar concurrent bereid zou zijn om voor het verkrijgen van de bevoegdheid om reclaimedisplays in de gemeente te exploiteren een ongekend hoog bedrag te betalen.²²³ In weer een andere zaak wordt overwogen dat wanneer de laagste prijs als gunningscriterium wordt gehanteerd, de aanbestedende dienst geen, althans een zeer beperkte beoordelingsvrijheid heeft. Indien hij wil gunnen, dan is hij gehouden de laagste prijsaanbieding te aanvaarden, behoudens de mogelijkheid om inschrijvingen die als abnormaal laag kunnen worden gekwalificeerd, af te wijzen. In casu had de aanbestedende dienst zich echter te laat beroepen op het feit dat de inschrijving van eiseres abnormaal laag zou zijn, zodat die stelling buiten beschouwing wordt gelaten. In een overweging ten overvloede wordt echter opgemerkt dat de aanbestedende dienst niet heeft aangetoond dat sprake is van een abnormaal lage aanbieding.²²⁴ In nog een andere zaak strandt het beroep van de aanbestedende dienst op art. 56 Bao reeds op het feit dat hij de in die bepaling beschreven procedure niet heeft toegepast.²²⁵ Verder wordt in een arrest van het Hof Leeuwarden geoordeeld dat de aanbestedende dienst terecht kon oordelen dat in wezen sprake was van een inschrijving met een abnormaal

lage prijs, omdat eiseres de systematiek van de aanbesteding in haar inschrijving had verlaten.²²⁶ Uit een vonnis van de Arnhemse voorzieningenrechter blijkt tot slot dat art. 56 Bao ook kan worden toegepast in aanbestedingen van private partijen. Geoordeeld wordt dat het in het kader van dat kort geding te ver voert om op dat moment al te beslissen dat de aanbesteder (Menzis) zich niet op het standpunt mag stellen dat het tarief waarmee eiseres had ingeschreven, abnormaal laag dan wel irreëel zou zijn. Menzis moest de inschrijving van eiseres namelijk eerst nog inhoudelijk beoordelen, hetgeen zij tot dan toe nog niet had gedaan omdat zij deze eerst als ongeldig terzijde had gelegd.²²⁷

13.5 *Strategische inschrijving*

Strategisch inschrijven, in die zin dat gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die het gunningscriterium en/of de beoordelingssystematiek bied(t)(en), 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, tenzij de aanbestedende dienst dit op duidelijke en concrete wijze verbiedt.²²⁸ De grens ligt daar waar sprake is van een irreële of manipulatieve inschrijving (zie hierna).²²⁹ Of zoals het Hof 's-Gravenhage het formuleert: strategisch inschrijven mag niet leiden tot een ongeloofwaardig en daarmee ontoelaatbaar eindresultaat.²³⁰ Het voorgaande

222 Vzr. Rb. Amsterdam 24 maart 2011, LJN: BQ3358;

Vzr. Rb. 's-Gravenhage 28 maart 2011, LJN: BQ2329;

Vzr. Rb. 's-Gravenhage 28 maart 2011, LJN: BP9335.

223 Hof 's-Gravenhage 10 mei 2011, LJN: BQ7143.

224 Vzr. Rb. Rotterdam 10 mei 2011, LJN: BQ7374.

225 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 29 juli 2011, LJN: BR4136. In vergelijkbare zin: Vzr. Rb. Utrecht 16 december 2011, LJN: BU8401. Tegelijkertijd wordt echter overwogen dat het beroep op art. 56 Bao ook overigens niet zou kunnen slagen.

226 Hof Leeuwarden 23 augustus 2011, LJN: BR5606.

227 Vzr. Rb. Arnhem 7 december 2011, LJN: BU9748.

228 Vzr. Rb. Amsterdam 1 april 2011, LJN: BQ3350; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 6 juli 2011, LJN: BR2481.

229 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 23 februari 2011, LJN: BP7444; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 24 mei 2011, LJN: BQ5970; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 29 juli 2011, LJN: BR4136; Vzr. Rb. Utrecht 16 december 2011, LJN: BU8401.

230 Hof 's-Gravenhage 9 februari 2011, LJN: BP5012.

laat tot slot onverlet dat (toegestane) strategische inschrijvingen natuurlijk ook gewoon aan de (overige) eisen van het bestek moeten voldoen.²³¹

Tot zo ver enkele meer algemene opmerkingen. Dan volgen nu enkele voorbeelden van zaken waaruit blijkt hoe rechters in concrete situaties met het onderwerp strategisch inschrijven zijn omgegaan.

Daar waar een aanbestedende dienst inschrijvers met de door hem gekozen aanbestedingssysteematiek vraagt om strategisch in te schrijven, kan hij dit de inschrijvers die dat vervolgens ook doen niet verwijten. Daarbij was overigens wel van belang dat de strategische aanbieding (waarbij een prijs van € 0,01 op het onderdeel vergaderservices werd aangeboden) binnen de aangekondigde spelregels was gedaan.²³²

In een andere zaak wordt de aanbestedende dienst tot herbeoordeling van de inschrijvingen conform de aangekondigde gunningssystematiek veroordeeld, welke systematiek erop was gericht om strategisch inschrijven tegen te gaan. Er zat namelijk een prijsverschil van meer dan 10 procent tussen de betrokken aanbiedingen, terwijl de desbetreffende inschrijvers qua omvang, structuur en marktdynamiek gelijk waren en de aanbestedende dienst ook niet goed kon motiveren waarom volgens hem géén sprake zou zijn van een strategische inschrijving.²³³

In de laatste zaak wordt geoordeeld dat de klagende inschrijver niet aannemelijk heeft weten te maken dat zijn concurrent een in de zin van de aanbestedingsdocumenten verboden

strategische c.q. niet marktconforme inschrijving heeft gedaan. Daarbij wordt opgemerkt dat het enkele feit dat de klagende inschrijver zichzelf kennelijk als maatstaf neemt om te bepalen of andere gegadigden te hoge of te lage tarieven hebben aangeboden, of een enkel vermoeden, onvoldoende is om de desbetreffende inschrijving te kunnen diskwalificeren. Daarbij was overigens van belang dat die laatste inschrijver een verklaring had overgelegd dat hij kostendekkend en niet onder de kostprijs heeft ingeschreven.²³⁴

13.6 *Manipulatieve inschrijving*

Hoewel strategisch inschrijven in principe dus is toegestaan, is manipulatief biedgedrag daarentegen niet geoorloofd. Daarvan kan sprake zijn wanneer bepaalde aannames in een gunningssystematiek, zoals het waarheidsgetrouw opgave doen van feiten of het aanbieden van realistische prijzen, door de inschrijver op een zodanige wijze worden miskend dat er sprake is van manipulatie van de beoordelingssystematiek en het beoogde doel van de aanbestedende dienst daardoor wordt gefrustreerd.²³⁵ Manipulatief biedgedrag kan overigens niet tot een gebod tot heraanbesteding leiden, maar ‘slechts’ tot ongeldigheid althans het terzijde leggen van de manipulatieve inschrijving.²³⁶

Van een manipulatieve inschrijving is, gelet op het voorgaande, dus niet noodzakelijkerwijs sprake wanneer de door een inschrijver behaalde negatieve eindscore besloten ligt in het aangekondigde beoordelingssysteem.²³⁷ Van een manipulatieve inschrijving is ook géén sprake, wanneer de inschrijver zijn (zeer)

231 V.zr. Rb. Utrecht 26 augustus 2011, L.JN: BR5972.

232 V.zr. Rb. Amsterdam 25 januari 2011, L.JN: BP2351.

233 V.zr. Rb. Amsterdam 1 april 2011, L.JN: BQ3350.

234 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 6 juli 2011, L.JN: BR2481.

235 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 23 februari 2011, L.JN:

BP7444. Vgl. ook (min of meer impliciet): V.zr. Rb.

Dordrecht 30 juni 2011, L.JN: BQ9811.

236 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 24 mei 2011, L.JN: BQ5970.

237 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 21 maart 2011, L.JN: BU6124.

scherpe prijzen kan verklaren door bepaalde synergievoordelen die hij toevallig kan behalen, omdat hij in de omgeving van de plaats waar het aanbestede werk moet worden uitgevoerd al bepaalde andere werken uitvoert.²³⁸ In een andere uitspraak wordt geoordeeld dat eiseres er niet in is geslaagd om aannemelijk te maken dat de voorlopig gegunde partij een irreële en manipulatieve aanbieding heeft gedaan, nu die partij heeft aangevoerd dat hij niet onder de kostprijs heeft ingeschreven, maar dat wel een scherpe prijs mogelijk was vanwege een kostenefficiënte uitvoering en het genoeg nemen met een bescheiden marge.²³⁹ Het enkele feit dat een bedrag van € 0,00 of € 0,01 geen realistische prijs is voor een vaste aanneemsom van een bedrijfsrestaurant, maakt die inschrijving ook niet op voorhand manipulatief. Daarbij was overigens wel van belang dat het deze inschrijver op grond van de aanbestedingsstukken vrijstond deze keuze te maken, dat de aanbestedende dienst daarin niet had bepaald dat de geofreerde kosten marktconform moesten zijn en dat de aangeboden totaalprijs wél reëel leek te zijn. In deze zaak was dus in feite sprake van een geoorloofde strategische inschrijving.²⁴⁰ In weer een andere zaak wordt geoordeeld dat manipulatief inschrijven niet mogelijk is, omdat in de aanbestedingsstukken is bepaald dat de aangeboden prijzen en tarieven als een absoluut maximum gelden.²⁴¹ In de laatste zaak is eveneens het min of meer impliciete oordeel te vinden dat de winnende inschrijver géén manipulatieve inschrijving heeft gedaan, omdat hij zijn exploitatietarief binnen de toegestane

marges van de aanbestedingsdocumenten had aangeboden.²⁴²

Kortom, in alle hier besproken zaken uit 2011 werd het beroep verworpen dat sprake zou zijn van een manipulatieve inschrijving.

14. Rechtsbescherming

14.1 Algemeen

In een arrest van het HvJ EU is bevestigd dat art. 2, quinquies, lid 1, sub b, van de Rechtsbeschermingsrichtlijn 92/13, zoals in Nederland geïmplementeerd in art. 8 WIRA, geen terugwerkende kracht heeft. De bepaling is dus niet van toepassing op overeenkomsten die voor 20 december 2009 zijn gesloten.²⁴³

Een algemene overweging waarmee de praktijk mogelijk rekening dient te gaan houden betreft een overweging van de Haagse voorzieningenrechter die stelt:

“De voorzieningenrechter hanteert daarom de regel dat in aanbestedingsgeschillen waarover al in kort geding is geoordeeld, de beslissing uit een reeds tussen dezelfde partijen geweest (niet in hogere instantie vernietigd) vonnis of arrest in het volgende geding bindend zijn, tenzij de eerdere uitspraak klaarblijkelijk op een misslag berust of zich voor die uitspraak feiten of omstandigheden hebben voorgedaan die pas nadien aan het licht zijn gekomen, en, zo die eerder bekend waren geweest, tot een andere uitspraak zouden hebben kunnen leiden.”²⁴⁴

238 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 10 februari 2011, LJN: BP5764.

239 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 28 maart 2011, LJN: BQ2329; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 28 maart 2011, LJN: BP9335.

240 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 23 februari 2011, LJN: BP7444. Vgl. ook Vzr. Rb. 's-Gravenhage 29 juli

2011, LJN: BR4136.

241 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 22 april 2011, LJN: BQ2457.

242 Vzr. Rb. Utrecht 16 december 2011, LJN: BU8401.

243 HvJ EU 10 november 2011, C-348/10.

244 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 28 september 2011, LJN: BT2856.

14.2 *Motiveren gunningsbeslissing (WIRA)*

De motivering die moet worden gegeven bij het terzijde leggen van een inschrijving leidt in de praktijk tot weinig vragen. Indien sprake is van een ongeldigheid op formele gronden (stukken niet ingediend bijvoorbeeld) wordt die ongeldigheid aan de betreffende inschrijver medegedeeld en is daarmee aan de motiveringsplicht voldaan.²⁴⁵

De motivering van een afwijzingsbeslissing in het kader van een selectie is ook meestal relatief makkelijk te geven, in die zin dat scoren op selectiecriteria vaak gepaard gaat met een puntentoekenning, waarbij veelal een absolute beoordeling plaatsvindt en niet zozeer een relatieve beoordeling waarbij de aanvragen tot deelname met elkaar vergeleken worden. Het verschaffen van de puntenscore zal veelal voldoende zijn om aan de motiveringsplicht te voldoen.²⁴⁶ Overigens bevat de WIRA op het terrein van afwijzing in het kader van de selectie geen expliciete motiveringsplicht. Art. 5, lid 2, rept slechts over 'informatie over de afwijzing van het verzoek' (tot deelname) maar geeft niet aan hoe ver de informatieplicht reikt. Alleen ten aanzien van de gunningsbeslissing wordt bepaald dat deze de relevante redenen voor die beslissing dient te bevatten en de termijn die in acht wordt genomen voordat de overeenkomst wordt gesloten.

Een veelgestelde vraag in de praktijk luidt hoe ver de motiveringsplicht zich strekt ten aanzien van de in de afwijzingsbrieven (in het kader van de gunningsfase) op te nemen elementen. In het bijzonder gaat het er dan om hoe uitgebreid de

kenmerken en voordelen van de winnende inschrijving moeten worden weergegeven. Indien de motivering niet voldoende is, gaat de Alcatel-termijn niet lopen (art. 6 WIRA).²⁴⁷ Echter, er zijn weinig bezwaarmakende partijen die een discussie durven aangaan over de vraag of de gunningsbeslissing voldoende gemotiveerd is; zij lopen veelal geen risico, dagvaarden binnen 15 dagen en proberen in de tussentijd nog meer informatie van de aanbestedende dienst los te krijgen.

Soepel is het oordeel van de ene rechter die overweegt dat een gegeven motivering mag worden aangevuld met dien verstande dat de aanbestedende dienst zijn aanvankelijke motivering niet door een volledig nieuwe mag vervangen.²⁴⁸ Anders oordeelt het Hof 's-Gravenhage, dat overweegt dat art. 6 WIRA meebrengt dat het een aanbestedende dienst in beginsel niet geoorloofd is om na de in art. 6 bedoelde mededeling alsnog te komen met andere relevante redenen voor de gunningsbeslissing.²⁴⁹ Wij menen dat het hof moet worden gevolgd in de overweging dat de relevante redenen moeten worden genoemd. Op die relevante redenen kan een nadere toelichting worden gegeven (waarbij naar onze mening dus ook materieel sprake kan zijn van een aanvulling), echter van een andere (lees: nieuwe) reden mag geen sprake zijn.²⁵⁰ Dit laat in onze visie onverlet dat het rechtmatig is indien er wordt teruggekomen op een inhoudelijke afwijzing (met relevante redenen voor die afwijzing, gebaseerd op de gunningscriteria) in die zin dat er bij nader inzien sprake is van een ongeldigheid en die alsnog wordt tegengeworpen.

Overigens is de sanctie op later aanvullen dan

245 V zr. Rb. Breda 30 maart 2011, L JN: BP9751.

246 Zie bijvoorbeeld V zr. Rb. Arnhem 23 juni 2011, L JN: BR0127.

247 V zr. Rb. 's-Gravenhage 29 juli 2011, L JN: BR4136 en V zr. Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 2011, L JN: BT6717.

248 V zr. Rb. Breda 30 maart 2011, L JN: BP9751.

249 Hof 's-Gravenhage 12 april 2011, L JN: BQ0942.

250 V zr. Rb. 's-Gravenhage 19 juli 2011, L JN: BR2483 en V zr. Rb. 's-Gravenhage 25 oktober 2011, L JN: BU6031.

wel nieuwe redenen noemen beperkt; immers, alleen de 15 dagentermijn is niet gaan lopen (maar die discussie wordt in de praktijk nauwelijks aan de rechter voorgelegd, zie hiervoor).

Veel aanbestedende diensten vragen zich af of het toezenden van de scores per inschrijver afgezet tegen de scores van de winnende inschrijver voldoende is. Wij menen van niet; immers, daarmee zijn de kenmerken en voordelen van de winnende inschrijving in de zin van art. 6 WIRA nog niet weergegeven.

Het toesturen van een scoretabel in geval van een beoordeling op prijs is op zichzelf voldoende duidelijk. Maar bij beoordeling op ook kwaliteitsaspecten kan niet worden volstaan met het overleggen van een scoretabel als motivering. Een verliezende inschrijver moet immers op basis van de motivering kunnen begrijpen waarom de winnende inschrijving boven zijn inschrijving is verkozen. Uitgangspunt daarbij is dat de motivering de door de beoordelaar toegekende score moet kunnen dragen.²⁵¹ Aan de motiveringsplicht is voldaan als uit de gunningsbeslissing kan worden opgemaakt op welk onderdeel of welke onderdelen de verliezer het tegen de winnaar heeft afgelegd.²⁵² De motiveringsplicht gaat niet zo ver dat als sprake is van 600 scores – waardoor een motivering meer dan 70 pagina's zou beslaan – per score een motivering moet worden verstrekt. De rechter ziet daarin echter geen belemmering om een score per hoofdstuk te verstrekken. Wij menen uit het vonnis te kunnen afleiden dat in het desbetreffende geval sprake was van tien hoofdstukken. De rechter is van oordeel dat niet behoeft te worden toegelicht hoe de beoordelingscommissie

tot de toekenning van de punten is gekomen en waarom eiseres niet de maximale score op een specifiek onderdeel heeft gehaald. Zo ver strekt de vereiste mededeling van de relevante redenen van art. 6 WIRA volgens deze rechter niet.²⁵³

Of de motiveringsplicht ook een verplichting inhoudt tot het geven van inzage in de offerte van de winnende inschrijver, wordt soms in het midden gelaten²⁵⁴ en meestal expliciet ontkennend beantwoord.²⁵⁵ Slechts indien gereede twijfel bestaat omtrent de juistheid van de voorlopige gunningsbeslissing rust op de aanbestedende dienst een zwaardere motiveringsplicht die mede kan omvatten het ter inzage geven van bepaalde gegevens van de winnende inschrijving.²⁵⁶

In een aanbesteding met als gunningscriterium 'laagste prijs' is het kenbaar maken van de directieraming en de prijzen van de andere inschrijvers niet verplicht, ook niet als de discussie zich toespitst op de vraag of strategisch of abnormaal laag is ingeschreven. Er is alsdan voldaan aan de motiveringsplicht als de aanbestedende dienst de door de winnaar geoffreerde prijs mededeelt.²⁵⁷

De motiveringsplicht gaat niet zo ver dat de aanbestedende dienst over de winnende inschrijving moet melden met wie de inschrijver voornemens is zaken te doen en wat de vergunning van die derde inhoudt. Evenmin moet worden kenbaar gemaakt hoe de verwerkingsmethoden van de winnende inschrijver eruitzien.²⁵⁸ Ook gaat de motiveringsplicht niet zover dat de aanbestedende dienst op basis van speculaties gehouden is op verlangen van de ene inschrijver

251 V.zr. Rb. Amsterdam 18 augustus 2011, LJN: BR6264.

252 V.zr. Rb. Breda 30 maart 2011, LJN: BP9751.

253 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 1 juni 2011, LJN: BR1911.

254 V.zr. Rb. Amsterdam 4 februari 2011, LJN: BQ3356.

255 V.zr. Rb. Breda 30 maart 2011, LJN: BP9751.

256 V.zr. Rb. Arnhem 11 februari 2011, LJN: BP6095.

257 V.zr. Rb. Arnhem 11 februari 2011, LJN: BP6095 en
V.zr. Rb. 's-Gravenhage 6 juli 2011, LJN: BR2481

258 Hof 's-Gravenhage 15 februari 2011, LJN: BP4715.

de beoordeling van de inschrijvingen van de andere, hoger geëindigde inschrijvers in detail met de afgewezen inschrijver te bespreken.²⁵⁹

Het feit dat een beoordelingscommissie zich over de beoordeling van de inschrijvingen heeft gebogen, is meestal een pre voor de aanbestedende dienst. Voorwaarde is dan natuurlijk wel dat deze beoordelingscommissie niet op andere aspecten gaat beoordelen dan die vooraf als gunningscriteria bekend waren gemaakt. Als dat wel is gebeurd, kan de voorzieningenrechter oordelen dat de motivering niet op juiste wijze tot stand is gekomen en gelasten een geheel nieuwe beoordelingscommissie samen te stellen die onbevooroordeeld is en geen kennis heeft genomen van de eerder behaalde punten en overwegingen van de oude beoordelingscommissie.²⁶⁰

Ook de beëindiging van een aanbestedingsprocedure moet worden gemotiveerd ingevolge art. 4, lid 2, en art. 6, lid 1 juncto art. 1, sub f, WIRA. De beslissing dient aan iedere inschrijver te worden medegedeeld onder opgave van alle relevante redenen die daaraan ten grondslag liggen. Indien een mededeling onvoldoende inzicht biedt in de reden van beëindiging, kan dit gebrek worden hersteld in een conclusie van antwoord mits de wederpartij voldoende gelegenheid heeft om daarop te reageren.²⁶¹

14.3 *Alcatel-termijn (ook in kader van WIRA)*

De Alcatel-termijn blijft ook in het jaar 2011 de gemoederen bezighouden.

Over het karakter en de korte duur van de Alcatel-termijn is overwogen dat in aanbestedingszaken bewust is gekozen voor een systeem van rechtsbescherming voor de verliezende inschrijver waarin deze slechts gedurende een beperkte termijn de gelegenheid heeft de juistheid van een gunningsvoornemen aan te vechten, en dat nog alleen in kort geding. Daarmee is beoogd een evenwicht aan te brengen tussen de belangen van de aanbesteder die na een zorgvuldige selectieprocedure zo snel mogelijk een overeenkomst wil kunnen sluiten met de winnende inschrijver en de belangen van de verliezende inschrijver die meent onjuist behandeld te zijn.²⁶²

Niet altijd is duidelijk wat de consequenties zijn van de standstilltermijn uit de WIRA voor het al dan niet tijdig binnen de vervaltermijn dagvaarden. Goed uiteengezet wordt het verschil tussen een opschortende termijn of een standstilltermijn enerzijds en een vervaltermijn anderzijds in een vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem.²⁶³ In de bepalingen uit de WIRA omtrent de opschortende termijn kan niet mede een vervaltermijn worden gelezen waarbinnen een inschrijver op straffe van niet-ontvankelijkheid een kort geding aanhangig moet hebben gemaakt. Ook het Bao bevat geen vervaltermijn. Daarom moet een vervaltermijn dus op basis van de aanbestedingsstukken zijn overeengekomen. In die passage moet dan bovendien zijn opgenomen dat niet alleen binnen 15 dagen na verzending van het voornemen tot gunning eventuele geschillen aanhangig moeten worden gemaakt, maar ook dat dit op straffe van verval van recht dient te geschieden; anders is sprake van het eenzijdig opleggen van

259 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 4 augustus 2011, LJN: BU7224.

260 V.zr. Rb. Amsterdam 8 februari 2011, LJN: BP5163.

261 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 2011, LJN: BT6717.

262 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 28 september 2011, LJN: BT2856.

263 V.zr. Rb. Arnhem 29 juni 2011, LJN: BR1164.

een vervaltermijn en die kan een inschrijver niet worden tegengeworpen.²⁶⁴ Ook indien een termijn van twintig dagen overeen is gekomen en in de aanbestedingsdocumentatie is opgenomen dat het voornemen tot gunning per e-mail bekend wordt gemaakt, dan kan een inschrijver niet worden tegengeworpen dat de termijn is gaan lopen door het telefonisch mededelen van de gunningsbeslissing en het plaatsen van het voornemen op de website van de aanbestedende dienst. Als vervolgens een brief met het voornemen tot gunning wordt verzonden per post, dan geldt dat – bij deze specifieke samenloop van omstandigheden – de termijn gaat lopen vanaf de datum van ontvangst van de brief.²⁶⁵

Duidelijk is wel dat als er in de aanbestedingsdocumentatie een termijn is vastgelegd en deze als vervaltermijn is opgenomen (waarbij dus moet zijn aangegeven dat de sanctie van verval van recht aan niet-respecteren van deze termijn is verbonden), deze termijn aan de gegadigden dan wel inschrijvers kan worden tegengeworpen. Dagvaarden na ommekomst van die termijn leidt dan tot niet-ontvankelijkverklaring.²⁶⁶ Dat geldt ook indien een inschrijver eerst in een door een andere inschrijver tijdig aanhangig gemaakt kort geding intervenueert en dat laatste kort geding wordt ingetrokken, en hij dan vervolgens vijf weken na ommekomst van de Alcatel-termijn alsnog zelf dagvaardt. Hij blijft dan niet-ontvankelijk in zijn vorderingen in het door

hem zelf aanhangig gemaakte kort geding.²⁶⁷ En het geldt ook indien een inschrijver niet tijdig verhinderdata heeft gevraagd, vervolgens door problemen met de fax geen datum bij de griffie van de rechtbank heeft kunnen krijgen. Dat zijn omstandigheden die in de risicosfeer van de inschrijver liggen; het kort geding was in dit geval niet tijdig aanhangig gemaakt.²⁶⁸

De discussie heeft zich verder toegespitst op de volgende kwesties: welke termijn geldt nu precies indien eenzijdig een kortere termijn is opgelegd en welke consequenties moeten daaraan worden verbonden?²⁶⁹ Heeft de 15 dagetermijn betrekking op de gunningsbeslissing of ook op de beslissing een inschrijving ongeldig te verklaren? Als daarover in de aanbestedingsstukken niets is geregeld, dan geldt niet zonder meer een termijn van 15 dagen.²⁷⁰ Kan een contractuele vervaltermijn wel of niet worden verlengd? Naar voorlopig oordeel kan dat.²⁷¹

14.4 WIRA (*andere aspecten*)

De WIRA is alleen van toepassing op overeenkomsten die na 20 december 2009 zijn gesloten; alleen overeenkomsten die na die datum zijn gesloten kunnen op grond van de WIRA worden vernietigd.²⁷² De vordering tot vernietiging moet door een ondernemer die zich door een gunningsbeslissing benadeeld acht, worden ingesteld binnen zes maanden nadat de over-

264 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 25 augustus 2011, LJN: BU6428.

265 Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 3 februari 2011, LJN: BP2974.

266 Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 26 april 2011, LJN: BQ5650 en Vzr. Rb. Arnhem 23 juni 2011, LJN: BR0127. Afwijzing van de vordering kan ook het gevolg zijn; niet duidelijk is of er sprake was van een contractuele vervaltermijn maar de rechter oordeelt dat het aanvankelijk aanwezige belang bij de vorderingen van eiseres is komen te vervallen na het verstrijken van

de Alcatel-termijn in: Vzr. Rb. 's-Gravenhage 24 januari 2011, LJN: BP1988.

267 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 22 november 2011, LJN: BU5360.

268 Vzr. Rb. Haarlem 23 maart 2011, LJN: BQ0146.

269 Vzr. Rb. Amsterdam 1 april 2011, LJN: BQ3350.

270 Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 11 april 2011, LJN: BR4554.

271 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 19 mei 2011, LJN: BQ6111.

272 Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2011, LJN: BP9487.

eenkomst is gesloten. Als de vordering eerder wordt ingesteld (en er nog geen overeenkomst is), wordt deze afgewezen.²⁷³

Twee arresten die betrekking hebben op de WIRA hebben al de nodige commotie veroorzaakt.²⁷⁴

Wij doen niet meer dan hier kort signaleren wat de essentie is. Een complicerende factor is echter dat, hoewel de arresten van dezelfde dag zijn, zij door verschillende kamers zijn geweest en dat zij op cruciale overwegingen niet geheel gelijklopend zijn. Daar gaan wij in het kader van deze kroniek echter niet verder op in.²⁷⁵ Waar het in de kern om gaat is dat het Hof 's-Gravenhage (in beide arresten) de mogelijkheid om in hoger beroep voor elkaar te krijgen dat een na het vonnis in eerste aanleg gesloten overeenkomst tussen aanbestedende dienst en winnende inschrijver nog wordt aangetast zeer duidelijk aan banden legt. En dat doet de vraag rijzen of dat in overeenstemming is met de effectieve rechtsbescherming die in het Europese recht zo wordt voorgestaan. De WIRA is naar onze mening bedoeld als aanvulling op die rechtsbescherming en niet als inperking daarvan. De uitleg die het Hof 's-Gravenhage geeft lijkt eerder op een inperking.

Het hof is van oordeel dat vernietiging van een overeenkomst alleen mogelijk is als een van de drie in art. 8, lid 1, WIRA genoemde gronden zich voordoet. Daarmee zijn wij het eens. Het hof vindt echter in aansluiting daarop dat een verbod op de verdere uitvoering van een overeenkomst of het opleggen van een andere ordemaatregel in beginsel alleen kan als aannemelijk is – en dan nemen we de 'strengste' uitspraak van de twee – dat de overeenkomst naar redelijke

verwachting op een van de drie in de WIRA genoemde gronden vernietigd zal gaan worden in een bodemprocedure. Daar zijn de volgende uitzonderingen op: als de verliezende inschrijver in hoger beroep misbruik van bevoegdheid van de aanbestedende dienst aannemelijk kan maken, en daar is onder meer sprake van als de aanbestedende dienst de overeenkomst aangaat met klaarblijkelijke miskenning van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht of als sprake is van nietigheid op grond van art. 3:40 BW. Ook in die twee gevallen kan volgens het hof een ordemaatregel worden opgelegd. Wij vinden dit een te beperkte uitleg. Hoe zit het met een situatie waarin blijkt dat de winnende inschrijver toch niet aan de geschiktheidseisen voldoet? Kan dan niet meer worden ingegrepen in de overeenkomst, in die zin dat er geen verbod op verdere uitvoering van deze overeenkomst kan worden opgelegd? Resteert dan alleen een schadevergoedingsactie? Wij menen dat er onvoldoende aanknopingspunten te vinden zijn in de Europese rechtsbeschermingsrichtlijn (die aan de WIRA ten grondslag ligt) en in de memorie van toelichting bij de WIRA die pleiten voor deze restrictievere uitleg en dat de WIRA slechts ziet op de gronden voor vernietiging van de overeenkomst (hetgeen de andere mogelijkheden om verdere uitvoering van een overeenkomst tegen te gaan onverlet laat).

14.5 Voeging en tussenkomst

In verreweg de meeste kort gedingen leidt een verzoek tot voeging of tussenkomst tot een toewijzing van dat verzoek. De rechter is veelal van oordeel dat aannemelijk is gemaakt dat verzoeker voldoende belang bij voeging of tussenkomst heeft (soms wordt daaraan

273 Rb. Arnhem 2 november 2011, LJN: BU3569.

274 Hof 's-Gravenhage 17 mei 2011, LJN: BQ4365 en Hof 's-Gravenhage 17 mei 2011, LJN: BQ5659.

275 Het betreft r.o. 6.3 en 6.4 van het arrest LJN: BQ5659

en r.o. 2.6.1 van het arrest LJN: BQ4365 waarbij het laatst genoemde arrest meer beperkingen lijkt aan te leggen aan de mogelijkheid van een ordemaatregel in hoger beroep dan het eerst genoemde arrest.

toegevoegd: om benadeling van eigen rechten en rechtspositie te voorkomen) en dat niet is gebleken dat het verzoek aan de vereiste spoed bij het kort geding en de goede procesorde in het algemeen in de weg staan. Wij noemen hier alleen de jurisprudentie die nieuwe of afwijkende overwegingen toevoegt.

Zo overwegen sommige rechters dat van tussenkomst sprake is als de derde zelf een vordering wenst in te stellen tegen een van beide of tegen beide partijen, met betrekking tot het onderwerp van de procedure. Hierbij kan de derde belang hebben in verband met de nadelige gevolgen die het vonnis tussen partijen feitelijk of juridisch voor hem kan hebben. Door tussen te komen voorkomt de derde bovendien dat hij afzonderlijk tegen een of beide partijen over het onderwerp van de zaak moet procederen, waaraan het bezwaar is verbonden van onnodig dubbel werk en het risico van tegenstrijdige of niet met elkaar in overeenstemming zijnde beslissingen.²⁷⁶ Of zoals een andere rechter overweegt, is het met het oog op een vlot verloop van de aanbesteding en het zoveel mogelijk voorkomen van vertragingen in de uitvoering van overheidsopdrachten nodig dat er snel en doeltreffend geprocedeerd wordt over de vraag of een gunningsbesluit rechtsgeldig is. Dit brengt met zich dat indien binnen de Alcatel-termijn een kort geding aanhangig wordt gemaakt andere inschrijvers die bij de uitkomst van dat kort geding belang hebben zoveel mogelijk gebruik zullen moeten maken van de mogelijkheid tot voeging en tussenkomst, zodat in één ronde, rekening houdend met alle standpunten en belangen van betrokkenen kan worden beslist.²⁷⁷

Het niet instellen van een eigen vordering en de bedoeling hebben zich te scharen aan de zijde van gedaagde leidt tot het oordeel dat sprake is van een vordering tot voeging.²⁷⁸ Wij merken hier terzijde op dat art. 217 Rv voor tussenkomst niet vereist dat sprake is van een eigen vordering.

Ook in een in de selectiefase aangespannen kort geding kan uiteraard worden gevoegd dan wel tussengekomen. Immers, een kort geding aanhangig gemaakt door een niet tot de selectiefase toegelaten gegadigde (bijvoorbeeld de zesde in rangorde terwijl er maar vijf kunnen worden toegelaten) kan er wel degelijk toe leiden dat een wel toegelaten gegadigde (bijvoorbeeld de nummer 5) als gevolg van het vonnis niet meer tot de gunningsfase wordt toegelaten terwijl zij een commercieel belang heeft bij toelating tot de gunningsfase. Dat leidt tot de conclusie dat deze gegadigde een rechtstreeks in rechte te erkennen belang bij tussenkomst heeft in het kort geding.²⁷⁹ Weer een andere situatie deed zich voor daar waar van twee niet geselecteerde gegadigden een van hen een kort geding aanhangig maakte en de tweede daarin tussen wenste te komen, hetgeen werd toegestaan.²⁸⁰

Een verzoek tot voeging dan wel tussenkomst wordt afgewezen in het volgende geval. Een inschrijver wiens inschrijving ongeldig is verklaard komt daartegen op in kort geding en verliest het kort geding. De aanbestedende dienst zet de aanbestedingsprocedure voort, herbeoordeelt de inschrijvingen en wordt opnieuw in rechte betrokken door de als tweede eindigende inschrijver. In dat kort geding wenst de inschrijver wiens inschrijving eerder

276 V.zr. Rb. Leeuwarden 26 januari 2011, LJN: BP3601 en V.zr. Rb. Leeuwarden 5 oktober 2011, LJN: BT6726.

277 V.zr. Rb. Utrecht 26 augustus 2011, LJN: BR5972.

278 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 28 september 2011, LJN:

BT2856 en V.zr. Rb. Breda 19 juli 2011, LJN: BR2121.

279 V.zr. Rb. Arnhem 23 juni 2011, LJN: BR0127.

280 V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 26 april 2011, LJN: BQ5650.

ongeldig is verklaard tussen te komen dan wel te voegen. De rechter acht het in strijd met de goede procesorde indien deze inschrijver zich thans via deze kortgedingprocedure weer in de procedure mengt.²⁸¹

Een interessante vraag die zich in het kader van een toegelaten tussenkomende of voegende partij voordoet, is of een dergelijke procespartij recht heeft op inzage in het complete procesdossier. Deze vraag wordt door de Haagse voorzieningenrechter ontkennend beantwoord met de overweging dat het feit dat een partij is toegelaten als tussenkomende partij niet zonder meer met zich brengt dat zij een onbeperkt recht heeft op inzage in de processtukken of afgifte daarvan. Van belang daarbij acht hij dat de partij om wier stukken het gaat heeft aangeboden het procesdossier aan de interveniënt ter beschikking te stellen, behoudens de stukken die bedrijfsvertrouwelijke gegevens bevatten aangezien zij, gelet op de aard van die gegevens, uit hoofde van haar concurrentiepositie een onevenredig nadeel lijdt wanneer zij gehouden zou zijn die stukken aan de interveniënt te verstrekken. De interveniënt had bovendien onvolgende onderbouwd dat zij een gerechtvaardigd belang had bij afgifte van alle processtukken. Het

doel van de interventie was te voorkomen dat de opdracht niet aan klager werd gegund, welk doel is bereikt.²⁸²

14.6 *Rechtsverwerking/Grossmann-verweer*

De jurisprudentie begint de afgelopen periode eenduidiger te worden als het gaat om het Grossmann- oftewel het rechtsverwerkingsverweer.

De voorzieningenrechter van een aantal rechtbanken zijn eenduidig en consequent; indien de bezwaren elementen betreffen die eerder hadden kunnen worden aangevoerd en als de aanbestedingsdocumentatie dan ook nog een passage bevat waarin tijdig klagen op straffe van niet-ontvankelijkheid wordt overeengekomen, de inschrijver tijdens de nota van inlichtingrondes niets heeft gevraagd laat staan geklaagd, dan kan een inschrijver ten aanzien van die elementen over het algemeen weinig bereiken in kort geding. Het beroep op rechtsverwerking wordt dan gehonoreerd.²⁸³

In het enige vonnis dat gaat over een procedure waarin de concurrentiegerichtede dialoog

281 Vzr. Rb. Utrecht 26 augustus 2011, LJN: BR5972 en Vzr. Rb. Utrecht 16 september 2011, LJN: BT1835.

282 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 19 januari 2011, LJN: BP3133 en Vzr. Rb. 's-Gravenhage 19 januari 2011, LJN: BP3128.

283 Vzr. Rb. Zutphen 21 februari 2011, LJN: BQ1276 (geen toepasselijkheid Bao want onderhandse aanbesteding); Vzr. Rb. 's-Gravenhage 16 maart 2011, LJN: BP7884 (protocol smaaktesten); Vzr. Rb. 's-Gravenhage 21 maart 2011, LJN: BU6124 (groot gewicht aan staffelkortingen); Vzr. Rb. 's-Gravenhage 22 april 2011, LJN: BQ2457 (mini-tenders); Vzr. Rb. 's-Gravenhage 13 mei 2011, LJN: BR4938 (gunningsmethodiek); Vzr. Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2011, LJN: BQ9876 (solvabiliteitsratio als minimumeis);

Vzr. Rb. 's-Gravenhage 6 juli 2011, LJN: BR2481 (strategisch inschrijven); Vzr. Rb. Breda 19 juli 2011, LJN: BR2121 (presentatie als gunningscriterium); Vzr. Rb. 's-Gravenhage 16 september 2011, LJN: BT2410 ((wijze van) samenstelling assortimenten); Vzr. Rb. Leeuwarden 5 oktober 2011, BT6726 (aanbestedingssystematiek); Vzr. Rb. 's-Gravenhage 10 november 2011, LJN: BU4197 (eis omtrent certificatie); Vzr. Rb. Rotterdam 15 november 2011, LJN: BU5119 (toekenning punten referenties); Vzr. Rb. Haarlem 15 november 2011, LJN: BU5267 (begrip marktconformiteit); Vzr. Rb. Arnhem 22 november 2011, LJN: BU9752 (beoordelingsmethodiek); Vzr. Rb. Alkmaar 24 november 2011, LJN: BU5824 (gunningscriteria).

is gevoerd,²⁸⁴ staat niet ter discussie de vraag of terecht de concurrentiegerichte dialoog is gevolgd, maar gaat het om de vraag wanneer bezwaren tegen bepaalde elementen moeten worden geuit. Indien een bepaald bezwaar in de derde dialoogronde wordt geuit maar in de vierde en vijfde ronde niet meer en in de aanbestedingsdocumentatie staat dat onrechtmatigheden binnen twee weken na ontvangst van de stukken moeten worden gemeld op straffe van niet-ontvankelijkheid, dan geldt dat een dergelijk bezwaar niet meer in rechte kan worden opgeworpen.

Uiteraard moet het doen van een beroep op rechtsverwerking door de procespartij die er een beroep op doet nader worden toegelicht. Als dat niet gebeurt, wordt het verweer gepasseerd.²⁸⁵

Als een inschrijver daadwerkelijk tijdig en bij herhaling heeft geklaagd dan is van rechtsverwerking geen sprake.²⁸⁶ Als er geen mogelijkheid is geboden tot het maken van bezwaar, doch slechts vragen kunnen worden gesteld in verband met de procedure, dan kan het een gegadigde niet worden verweten niet eerder dan na ontvangst van de selectiebeslissing bezwaar te maken.²⁸⁷

Het hebben gesteld van vragen door de inschrijver leidt snel tot het gevolg dat het beroep op rechtsverwerking door de aanbestedende dienst door de rechter wordt verworpen.²⁸⁸ In die zin lijkt vragen op één lijn te worden gesteld met

klagen. Maar daarop blind varen is gevaarlijk. Een vraag kan niet altijd gekwalificeerd worden als het kenbaar maken van een (vermeende) onregelmatigheid.²⁸⁹

En soms is het dan weer zelfs zo dat het stellen van geen enkele vraag er toch niet toe leidt dat het beroep op rechtsverwerking wordt gehonoreerd, omdat het enkele feit dat de klachten in een eerder stadium kenbaar hadden kunnen worden gemaakt onvoldoende is om rechtsverwerking aan te nemen. In deze zaak had de aanbestedende dienst overigens geen enkele bepaling ten aanzien van het stellen van vragen of het klagen opgenomen in de aanbestedingsdocumentatie.²⁹⁰

Het is voor een klagende inschrijver zaak om heel goed aan de rechter duidelijk te maken waartegen zijn bezwaar zich precies richt. Als hij aannemelijk kan maken dat het gaat om bezwaren die niet eerder dan na ontvangst van de afwijzing naar voren konden worden gebracht, dan slaagt het rechtsverwerkingsverweer uiteraard niet.²⁹¹

De proactieve houding die van een inschrijver mag worden verwacht, houdt in dat hij opkomt tegen onduidelijkheden dan wel onvolkomenheden in de aanbestedingsstukken in een stadium waarin die gebreken nog kunnen worden geheeld maar dat van een inschrijver niet kan worden verwacht dat hij zich voor datum inschrijving moet bezighouden met de (on)-

284 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 17 februari 2011, LJN: BP5754.

285 Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, LJN: BU1361.

286 V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 18 oktober 2011, LJN: BT8712.

287 V.zr. Rb. Utrecht 16 december 2011, LJN: BU8401.

288 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 22 april 2011, LJN: BQ2457;

V.zr. Rb. 's-Gravenhage 24 mei 2011, LJN: BQ5970;

V.zr. Rb. Rotterdam 7 juni 2011, LJN: BR2793; V.zr.

Rb. Arnhem 15 juli 2011, LJN: BR4958; V.zr. Rb.

Amsterdam 18 augustus 2011, LJN: BR6264; V.zr. Rb.

Leeuwarden 5 oktober 2011, BT6726 en V.zr. Rb.

Arnhem 22 november 2011, LJN: BU9752.

289 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 6 juli 2011, LJN: BR2481.

290 V.zr. Rb. Arnhem 8 september 2011, LJN: BT2628.

291 Hof 's-Gravenhage 18 januari 2011, LJN: BP1258.

juistheid van de inschrijvingen van de andere inschrijvers.²⁹² Dat geldt ook voor de wijze waarop een andere inschrijver van de gunningssystematiek gebruik heeft gemaakt en de goedkeuring daarvan door de aanbestedende dienst;²⁹³ dat zijn elementen die pas achteraf blijken.

Als sprake is van schending van wezenlijke beginselen van het aanbestedingsrecht, dan wordt het pas in rechte bezwaar maken tegen het hanteren van geschiktheidseisen als gunningscriteria, geen substantieel gebrek aan de kant van de inschrijver geacht en wordt geoordeeld dat deze op tijd wakker is geworden om dit probleem nog in rechte aan de orde te kunnen stellen.²⁹⁴ Ook in een ander kort geding wordt geoordeeld dat bij strijd met een wettelijke bepaling (namelijk een raamovereenkomst aanbesteed in strijd met art. 32 Bao) het rechtsverwerkingsverweer geen doel kan treffen.²⁹⁵ In die lijn past ook de overweging van een andere voorzieningenrechter die overweegt dat uitgangspunt is dat een effectieve rechtsbescherming meebrengt dat inschrijvers ook na de inschrijving de eventuele onrechtmatigheid van de door de aanbestedende dienst gehanteerde gunningscriteria door de rechter moeten kunnen laten toetsen. Aan eiseres wordt dan ook niet tegengeworpen dat zij pas in het kort geding de onrechtmatigheid van de gehanteerde gunningscriteria aan de orde heeft gesteld.²⁹⁶

Een bijzonder geval betrof de situatie waarin een gemeente een rechtsverwerkingsverweer voerde dat volgens de rechter doel treft omdat naast een tijdsverloop van veertien jaren sprake is van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan bij de gemeente gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat eiseres haar gepretendeerde aanspra-

ken niet meer geldend zou maken en voorts de positie van de gemeente onredelijk wordt benadeeld of verzaamd als die aanspraken alsnog geldend gemaakt zouden kunnen worden.²⁹⁷

14.7 *(Niet-)ontvankelijkheid op andere gronden dan ongeldigheid inschrijving en Alcatel-termijn*

Omdat kort gedingen zich nu eenmaal binnen het kader van het civiele procesrecht afspelen, blijft een niet-ontvankelijkverklaring van de eisende partij een reëel risico. Zo moet altijd goed worden bezien namens wie precies een vordering wordt ingesteld. De omstandigheid dat een partij eerst gedurende een juridische procedure melding maakt van het feit dat zij ten behoeve van een derde handelt, brengt niet in alle gevallen mee dat zij niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Echter, indien een partij een vordering wil instellen namens een combinatie – en de combinatie dus de materiële procespartij is – dan geldt onverkort de eis dat dit in de inleidende dagvaarding tot uitdrukking moet worden gebracht. Als dat niet is gebeurd, staat het appellante niet vrij om in de appeldagvaarding alsnog de hoedanigheid van gevolmachtigde van de combinatie aan te nemen. Dit leidt tot niet-ontvankelijkheid.²⁹⁸

Minder hard wordt opgetreden tegen het dagvaarden van de strikt genomen verkeerde partij in een ander kort geding vonnis. Daar was aan de orde dat eiseres niet Menzis Zorgverzekeraar N.V. had gedaagd, maar Menzis N.V. De voorzieningenrechter overweegt dat er geen misverstand over kan bestaan dat bedoeld is Menzis Zorgverzekeraar N.V., dat deze ook is verschenen, dat zij door een rectificatie niet is

292 Hof Arnhem 8 februari 2011, LJN: BQ1539.

293 V.zr. Rb. Amsterdam 1 april 2011, LJN: BQ3350.

294 V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 15 april 2011, LJN: BQ2066.

295 V.zr. Rb. Breda 19 juli 2011, LJN: BR2121.

296 V.zr. Rb. Amsterdam 24 maart 2011, LJN: BQ3358.

297 Rb. 's-Gravenhage 16 november 2011, LJN: BU6720.

298 Hof Leeuwarden 22 maart 2011, LJN: BQ0523.

benadeeld of in haar verdediging geschaad, en wijst het niet-ontvankelijkheidsverweer af.²⁹⁹

Indien in de aanbestedingsdocumentatie vermeld staat dat een aanbestedende dienst namens andere aanbestedende diensten optreedt, heeft die eerste te gelden als degene die optreedt namens de andere en dient ook alleen die aanbestedende dienst in rechte te worden betrokken. Indien een vordering tegen de andere aanbestedende diensten wordt ingesteld, wordt de eisende partij in die vordering niet-ontvankelijk verklaard.³⁰⁰

Het is af te raden om als beoogde winnende inschrijver niet tussen te komen of zich te voegen in een door een klagende andere inschrijver aangespannen kort geding van welk kort geding hij op de hoogte is. Indien deze laatste gedupeerde inschrijver immers in dat kort geding gelijk krijgt, kan worden geoordeeld dat sprake is van misbruik van procesrecht als de beoogde winnaar de eerdere beslissing in kort geding opnieuw ter discussie stelt. Met name bij aanbestedingsprocedures waar nodig is dat snel en doeltreffend wordt geprocedeerd, moeten inschrijvers die belang hebben bij de uitkomst van het kort geding zoveel mogelijk gebruik maken van de mogelijkheid tot voeging en tussenkomst. Niet-ontvankelijkverklaring volgt.³⁰¹

Een ander risicovol element betreft de vorderingen in hoger beroep. Indien deze niet aan de feitelijke situatie worden aangepast en wordt volstaan met herhaling van de vorderingen in eerste aanleg terwijl zonder meer duidelijk is dat deze vorderingen door de – kenbaar gemaakte – feiten zijn achterhaald, is er geen belang meer

bij de vorderingen, en kan appellant daarin niet meer worden ontvangen.³⁰² Het betrof hier vorderingen tot intrekking van de ongeldigverklaring van de inschrijving, een vordering tot het uitvoeren van een herbeoordeling en tot het nemen van een nieuwe gunningsbeslissing, dit alles terwijl de opdracht al was gegund en de overeenkomst reeds een paar maanden werd uitgevoerd, feiten waarvan appellant meer dan twee maanden voordat het pleidooi in hoger beroep plaatsvond op de hoogte was gesteld.

In een bodemprocedure overweegt de Rechtbank 's-Gravenhage dat bij de vordering tot vernietiging van een overeenkomst dan wel tot een gebod tot beëindiging/opzegging van de overeenkomst, nog daargelaten de vraag of de WIRA op het betreffende geschil van toepassing is, eiseressen ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding al meer dan een jaar wisten aan welke partijen de opdracht was verstrekt. Zij hadden deze partijen in het geding moeten betrekken en worden niet-ontvankelijk verklaard in genoemde vorderingen.³⁰³

Ongeldigheid van de inschrijving leidt niet altijd tot niet-ontvankelijkverklaring, met name niet als de stelling van die inschrijver is dat alle partijen ongeldig hebben ingeschreven. Indien dat namelijk het geval is, kan de aanbestedende dienst de opdracht heraanbesteden. In dat geval heeft de desbetreffende ongeldige inschrijver belang bij haar vorderingen omdat heraanbesteding ook voor haar nieuwe kansen biedt. Dit mogelijke belang van deze inschrijver is aanleiding om haar wel ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen.³⁰⁴

299 V.zr. Rb. Arnhem 8 september 2011, LJN: BT2628.

300 V.zr. Rb. Leeuwarden 6 juli 2011, LJN: BR2162.

301 V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 12 juli 2011, LJN: BR1264.

302 Hof Leeuwarden 23 augustus 2011, LJN: BR5606.

303 Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, LJN: BU1361.

304 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, LJN: BT6715.

14.8 *(Geen) tardief verweer aanbestedende dienst*

Het lijkt inmiddels vaste jurisprudentie (en wat ons betreft terecht) te zijn dat een aanbestedende dienst niet in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen handelt indien hij terugkomt op een eerder genomen beslissing, in die zin dat een in eerste instantie geldig verklaarde inschrijving (van de eisende partij) alsnog ongeldig wordt verklaard, veelal enige tijd voor de mondelinge behandeling van het kort geding. Zulks wordt geen flagrante schending van het zorgvuldigheidsbeginsel geacht, noch kan er in zo'n geval sprake zijn van rechtsverwerking aan de zijde van de aanbestedende dienst.³⁰⁵

Een beroep doen op ongeldigheid, nadat het voornemen tot gunning (aan een andere inschrijver) is uitgegaan maar ruim voor de mondelinge behandeling van het kort geding, wordt niet tardief geacht, nu in het aanbestedingsrecht het beginsel van gelijke behandeling van de verschillende inschrijvers zwaarder dient te wegen dan het vertrouwensbeginsel.³⁰⁶

Sommige rechters denken daar anders over. In het ene vonnis wordt in het midden gelaten of het ter zitting nog een beroep doen op een verklaring die zou moeten leiden tot ongeldigheid wel of niet in de weg staat aan honorering van het beroep op ongeldigheid,³⁰⁷ in een ander vonnis wordt geoordeeld dat alleen de voor de zitting geconstateerde gebreken onderdeel kunnen zijn van de discussie en niet de nadien geconstateerde gebreken die pas op de zitting worden toegelicht. De rechter laat die laatste gebreken in het kort geding buiten beschouwing.³⁰⁸ Het komt ons inderdaad voor dat pas

op de zitting genoemde ongeldigheden in strijd komen met de goede procesorde. Een aanbestedende dienst dient deze later geconstateerde ongeldigheden wat ons betreft ruim voor de mondelinge behandeling kenbaar te maken aan de betreffende inschrijver.

Zelfs als in eerste instantie voorlopig is gegund aan een inschrijver en de aanbestedende dienst daarna alsnog tot de conclusie – al dan niet op basis van een verificatiebijeenkoms – komt dat de inschrijving ongeldig is, wordt zulks niet in strijd met de in acht te nemen zorgvuldigheid bevonden, nu de bedoeling van die verificatievergadering juist is om te bezien of de inschrijving, die in eerste instantie als de beste is gekwalificeerd, ook daadwerkelijk de beste is.³⁰⁹

In een bodemprocedure wordt het niet tardief geacht indien in de conclusie van antwoord door de aanbestedende dienst wordt aangevoerd dat eiseres niet voor gunning in aanmerking komt omdat zij niet voldoet aan een in het bestek opgenomen ervaringseis. Ook in hoger beroep kan dat nog omdat het geïntimeerde vrijstaat om haar verweer in hoger beroep opnieuw op te bouwen en vorm te geven.³¹⁰

14.9 *Eiswijziging en ontbreken belang*

Ook in aanbestedingszaken is het inrichten van de vorderingen van cruciaal belang. Het hangt af van de feitelijke situatie op een bepaald moment of een bepaalde vordering kan worden toegewezen die in kort geding immers gericht is op het ingrijpen in die situatie, en die een gebod of een verbod tot handelen inhoudt.

305 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 3 maart 2011, L.JN: BP9888.

306 V.zr. Rb. Alkmaar 24 november 2011, L.JN: BU5824.

307 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2011, L.JN: BP0315.

308 V.zr. Rb. Amsterdam 29 maart 2011, L.JN: BQ3352.

309 V.zr. Rb. Utrecht 26 augustus 2011, L.JN: BR5927.

310 Hof 's-Gravenhage 31 mei 2011, L.JN: BQ7122 en Hof 's-Hertogenbosch 5 juli 2011, L.JN: BR0596.

In eerste aanleg wordt over een eiswijziging vlak voor de zitting maar ook op de zitting zelf meestal niet moeilijk gedaan in die zin dat deze wordt toegelaten. Als de eiswijziging bij akte tijdig is aangekondigd en er geen gronden zijn die daaraan in de weg staan, noch sprake is van strijd met de goede procesorde, wordt de eiswijziging toegelaten.³¹¹ Ook indien de eiswijziging niet vóór de zitting is aangekondigd en gedaagde daar uitgebreid ter zitting inhoudelijk verweer op voert, wordt de eiswijziging niet in strijd met de goede procesorde geacht.³¹²

In hoger beroep daarentegen is het aanpassen van de vorderingen aan de dan inmiddels ontstane feitelijke situatie nogal eens iets wat appellanten parten kan spelen.

Het vorderen van vernietiging van het vonnis in primo en toewijzing van de oorspronkelijke vorderingen (die nog betrekking hadden op het tegengaan van de gunning) is niet zonder risico's. Als geïntimeerde dan vervolgens bij memorie van antwoord kenbaar maakt de opdracht inmiddels definitief te hebben gegund en appellant reageert daar niet meer op en past de vorderingen dus niet aan de inmiddels ingetreden nieuwe situatie aan, dan is het eenvoudigweg niet mogelijk voor het hof om de oorspronkelijke vorderingen toe te wijzen. Appellant heeft dan overigens nog wel belang bij de behandeling van de grieven voor zover toewijzing daarvan had kunnen leiden tot vernietiging van het vonnis ten aanzien van de daarin opgenomen proceskostenveroordeling.³¹³

Twee dagen voor pleidooi in appel een akte eiswijziging indienen terwijl er geen omstandigheden zijn aangevoerd waaruit blijkt dat het

niet eerder kon, leidt bij het hof tot het oordeel dat deze eiswijziging te laat is ingediend. Echter, indien geïntimeerde op die eiswijziging bedacht kon zijn (nu de eiswijziging voortvloeit uit de gewijzigde omstandigheid dat de opdracht definitief is gegund) en geïntimeerde daarop bij pleidooi heeft kunnen reageren, oordeelt het hof dat geïntimeerde niet in zijn belangen is geschaad. Daarom wordt toch van de gewijzigde eis uitgegaan.³¹⁴ Eenzelfde uitzondering op de strakke regel dat een wijziging van eis bij memorie van grieven moet zijn ingesteld, wordt mogelijk geacht indien pas in de memorie van antwoord duidelijkheid wordt gegeven over de definitieve gunning en appellant van de eerstvolgende mogelijkheid (pleidooi derhalve) gebruik maakt om de eiswijziging te presenteren. Daarbij is van belang dat reeds in de appeldagvaarding op beknopte wijze vooruit was gelopen op deze eiswijziging.³¹⁵

14.10 *Belangenafweging*

Onder een weging van maatschappelijke belangen valt niet het wegen van het belang van een ongeldige inschrijver versus het belang van de belastingplichtige burgers om de hogere rekening van de winnende inschrijving te moeten betalen.³¹⁶ Er kan niet in strijd met het aanbestedingsrecht worden voorbijgegaan aan de ongeldigheid van een ongeldige inschrijving.

Een belangenafweging in een geval waar de aanbestedende dienst een gebrekkige procedure had uitgeschreven en zelf geen rekening had gehouden met eventuele uitloop als gevolg van een gerechtelijke procedure, valt in het nadeel van die aanbestedende dienst uit, ook al is er haast bij gunning van de opdracht. De omvang

311 V.zr. Rb. Maastricht 11 augustus 2011, LJN: BR7091.

312 V.zr. Rb. Zutphen 21 februari 2011, LJN: BQ1276.

313 Hof 's-Gravenhage 10 mei 2011, LJN: BQ7143 en Hof Leeuwarden 23 augustus 2011, LJN: BR5606.

314 Hof 's-Gravenhage 17 mei 2011, LJN: BQ5659.

315 Hof 's-Gravenhage 17 mei 2011, LJN: BQ4365.

316 V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 12 juli 2011, LJN: BR1264.

van de opdracht maakt dat het van groot belang is dat correct wordt aanbesteed zodat alle inschrijvers een eerlijke kans krijgen op toekenning daarvan.³¹⁷

14.11 *843a Rv/inzage/openbaarmaking*

Een vordering van de tot een kort geding toegelaten tussenkomende partij tot afgifte van het procesdossier wordt afgewezen. Zij is weliswaar toegelaten als tussenkomende partij en daarmee partij in het kort geding, maar dit brengt, aldus de voorzieningenrechter, niet zonder met meer zich dat zij een onbeperkt recht heeft op inzage in de processtukken of afgifte daarvan. Van belang is dat de eisende partij in het kort geding heeft aangeboden het procesdossier aan de interveniënt ter beschikking te stellen, behoudens de stukken die bedrijfsvertrouwelijke gegevens bevatten, en dat zij voldoende aannemelijk had gemaakt dat zij gelet op de aard van die gegevens uit hoofde van haar concurrentiepositie een onevenredig nadeel lijdt wanneer zij gehouden zou zijn die stukken aan de interveniënt te verstrekken.³¹⁸

Het vreemde aan deze overweging is wat ons betreft dan toch dat niet alle partijen bij het kort geding dezelfde stukken tot hun beschikking hebben, hetgeen zich moeilijk laat verenigen met het beginsel van hoor en wederhoor.

14.12 *Wet openbaarheid van bestuur (Wob)*

De Wob blijft ook in het kader van aanbestedingsprocedures de aanbestedende diensten bezighouden en veel van hun tijd vergen. Gelet op de relatief lange termijnen die gelden om op een Wob-verzoek te beslissen is de Wob in de

praktijk van aanbestedingsgeschillen, die veelal in kort geding worden beslecht, nog van beperkt belang. Desalniettemin lijkt het erop dat het aantal Wob-verzoeken in aanbestedingsprocedures toeneemt.

Een Wob-verzoek gericht aan het ministerie van VWS had onder meer betrekking op de documenten die zagen op de aanbestedingsprocedure voor het selecteren van aanbieders van een vaccin tegen de 'Mexicaanse griep'.³¹⁹ Verweerder beriep zich onder meer op de weigeringsgrond van art. 10, lid 1, aanhef, en sub c (gegevens over technische bedrijfsvoering en productieproces van de betrokken fabrikanten) en lid 2, aanhef, en sub b en g (gegevens over financiële afspraken tussen de staat en de leveranciers waarvan openbaarmaking de vrijheid van de Staat in de onderhandelingen, ook in de toekomst bij dit soort aankopen, ernstig zou beknotten en de Staat zou benadelen). Ten slotte deed verweerder een beroep op de weigeringsgrond van art. 11, lid 1 (gegevens die persoonlijke beleidsopvattingen bevatten).

De rechtbank overweegt ten aanzien van de conceptcontracten, interne correspondentie, ambtelijke adviezen, opvattingen, commentaren en voorstellen dat voor zover in deze documenten ook feiten zijn opgenomen, deze dermate nauw met de persoonlijke beleidsopvattingen zijn verweven dat het niet mogelijk is deze te scheiden. Verweerder heeft in redelijkheid mogen afzien van de in art. 11, lid 2, Wob neergelegde bevoegdheid om delen van deze documenten openbaar te maken in niet tot personen herleidbare vorm. De noodzaak van vertrouwelijke advisering en vrije interne gedachtewisseling staat toepassing van art. 11, lid 2, Wob in de weg.

317 V.zr. Rb. Arnhem 15 juli 2011, LJN: BR4958.

318 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 19 januari 2011, LJN: BP3133

en V.zr. Rb. 's-Gravenhage 19 januari 2011, LJN: BP3128.

319 Rb. Amsterdam 6 juli 2011, LJN: BR3118.

Ten aanzien van de documenten die inzicht bieden in de onderhandelingspositie aan de zijde van de staat oordeelt de rechtbank dat hierbij sprake is van onevenredige benadeling van de betrokken natuurlijke of rechtspersonen dan wel derden en dat terecht een beroep op de weigeringsgrond is gedaan.

Wat betreft de weigeringsgrond die betrekking heeft op technische bedrijfsvoering of het productieproces dan wel de afzet van de producten of de kring van afnemers en leveranciers, geldt volgens de rechtbank dat het aantal beschikbare of te leveren vaccins, prijs en overige leveringscondities daar niet onder vallen. Wat betreft de definitieve contracten overweegt de rechtbank dat daarmee geen inzicht wordt gegeven in de wijze waarop de Staat met leveranciers heeft onderhandeld. Het financiële belang van de Staat wordt dan ook niet geraakt door het openbaar maken van de afgesproken prijzen. Daarbij is van belang dat de vaccinaankoop geheel is afgerond, het een eenmalige gebeurtenis is en niet aannemelijk is dat een vergelijkbare vaccinaankoop zich binnen afzienbare tijd zal herhalen. Verder is van belang dat de contracten in andere Europese landen wel openbaar zijn gemaakt.

Hieruit valt af te leiden dat er zich omstandigheden kunnen voordoen (bijvoorbeeld in geval van frequent voorkomende opdrachten) dat het financiële belang van de aanbestedende dienst wel wordt geschaad door het openbaar maken van gesloten contracten.

In een ander geschil ging het om een Wob-verzoek aan het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties om een lijst te verstrekken van de aanbestedingen die het ministerie in de vijf jaar voorafgaand aan het verzoek had uitgevoerd.³²⁰ In reactie daarop

had het ministerie de gevraagde documenten uit het jaar 2009 gedeeltelijk geopenbaard. Eiser in beroep bij de bestuursrechter stelde zich allereerst op het standpunt dat geen sprake zou zijn van een eerlijke procedure omdat hij zich – in het kader van art. 8:29 Awb waarop verweerder zich had beroepen – gedwongen had gevoeld toestemming te verlenen aan de rechtbank om kennis te nemen van de documenten waarvan verweerder geheimhouding had verzocht.

Een dergelijke gang van zaken (beroep op art. 8:29 Awb) komt ook vaak voor in geschillen met betrekking tot aanbesteding van vervoersconcessies die vaak ten overstaan van (de voorzieningenrechter van) het CBB worden beslecht.

De rechtbank overweegt in de hier besproken uitspraak dat van dwang tot het verlenen van toestemming geen sprake is geweest, omdat eiser er ook voor had kunnen kiezen geen toestemming te verlenen. Voorts overweegt de rechtbank over de stelling dat de procedure die in art. 8:29 Awb is neergelegd geen eerlijke procedure zou zijn, dat de wetgever, met het oog op een goede procesorde of ter bescherming van het publieke belang of van de belangen van derden, bepaalde procedurevoorschriften en beperkingen mag stellen, mits het eerlijke karakter van de procesvoering daarmee niet in zijn essentie wordt aangetast. Het eerste lid van art. 8:29 Awb houdt een beperking in van het beginsel van de openbaarheid en dat van de 'equality of arms'. Deze beperking kan slechts om 'gewichtige redenen' worden aangebracht terwijl het derde lid de toetsing daarvan aan de rechter opdraagt. Acht de rechter de beperking gerechtvaardigd, dan is het op grond van lid 5 aan de andere partij overgelaten te beslissen of de rechter mede op de grondslag van de achtergehouden of geheim gehouden inlichtingen of stukken uitspraak kan doen. De beperkingsmogelijkheid is op deze

320 Rb. Haarlem 27 juli 2011, LJN: BT1682.

wijze met zodanige waarborgen omkleed dat het recht op een eerlijke procesvoering daarmee niet in essentie wordt beperkt. Tot zover de interessante overwegingen over art. 8:29 Awb.

Ten aanzien van het Wob-verzoek zelf overweegt de rechtbank dat de gegevens over één jaar geen bevredigend beeld geven van de aard en omvang van de door verweerder beweerdelijk gepleegde overtredingen van wet- en regelgeving en dat eiser daartoe alle door hem verzochte jaargangen dient te bestuderen. Het argument dat het inwilligen van het verzoek van eiser zou leiden tot het moeten investeren van disproportioneel veel arbeidsuren en het verzoek om die reden zou kunnen worden geweigerd is niet in overeenstemming met vaste jurisprudentie. Disproportioneel tijdsbeslag bij de beoordeling van een Wob-verzoek is kortom geen weigeringsgrond. Relevant is verder dat de rechtbank overweegt dat er geen plicht op verweerder rust om documenten te verstrekken die niet meer in zijn bezit zijn. Verweerder mag zich beperken tot de dossiers die bij verweerder zelf aanwezig zijn en hoeft geen stukken te verstrekken die inmiddels bij externen berusten.

Voor wat betreft de nog lopende aanbestedingen waarvan de dossiers financiële bedrijfsgegevens bevatten die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn medegedeeld, is de rechtbank van oordeel dat het niet onaannemelijk is dat het belang van openbaarmaking van die documenten niet opweegt tegen het belang van de bescherming van vertrouwelijk aan de overheid meegedeelde bedrijfsgegevens en tegen de economische en financiële belangen van BZK.

Deze uitspraak biedt samengevat een aantal interessante aanknopingspunten voor de be-

handeling van Wob-verzoeken in het kader van aanbestedingsdossiers.

14.13 *Dwangsom*

Indien geen verweer wordt gevoerd tegen de vordering tot oplegging van een dwangsom, willen voorzieningenrechtshouders wel bepalen dat een dwangsom wordt verbeurd. Deze wordt dan veelal wel beperkt en er wordt een maximum aan gesteld.³²¹

Het opleggen van een dwangsom die – eenmaal verbeurd – zonder verdere rechterlijke toetsing kan leiden tot het nemen van verhaal op goederen en activa, verdraagt zich niet met het doel dat met de aan een bepaalde entiteit toegekende immuniteit wordt nagestreefd. Het betrof hier een internationale organisatie, de European Patent Office³²² onder meer reden waarom een dwangsom niet werd opgelegd.

In een ander geschil, waar niet duidelijk uit het vonnis blijkt of ten aanzien van de dwangsom verweer is gevoerd, overweegt de rechter dat er “thans termen aanwezig zijn” om de gemeente een dwangsom op te leggen met een maximum van € 60.000.³²³ Ook niet duidelijk is welke termen daarmee bedoeld worden.

14.14 *Schadevergoeding*

Er zijn in 2011 de nodige vonnissen en arresten gewezen over schadevergoedingsacties.

De meest opvallende uitspraak is het vonnis van de Rechtbank Zutphen aan het eind van het jaar.³²⁴ Daarin verklaart de rechtbank voor recht dat het Kadaster onrechtmatig heeft gehandeld door na te laten HLA op de hoogte te stellen van een te houden aanbesteding en dat het Ka-

321 V.zr. Rb. Zutphen 21 februari 2011, LJN: BQ1276.

322 Hof 's-Gravenhage 21 juni 2011, LJN: BR0188.

323 V.zr. Rb. Maastricht 11 augustus 2011, LJN: BR7091.

324 Rb. Zutphen 28 december 2011, LJN: BU9991.

daster aansprakelijk is voor de schade die HLA daardoor heeft geleden en lijdt en veroordeelt het Kadaster tot betaling van een bedrag van 10 miljoen euro aan schadevergoeding aan HLA.

Er ging een tussenvonnissen aan vooraf.³²⁵ Saillant detail is dat de zaak aan het rollen is gegaan doordat het Kadaster tegen HLA een vordering in conventie had ingesteld (die ook wordt toegewezen) tot betaling van achterstallige facturen voor een bedrag van nog geen ton in euro's, en dat het de vordering in reconventie van HLA is die het Kadaster zo duur komt te staan. Die vordering is gestoeld op onrechtmatig handelen vanwege het in strijd handelen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid, transparantie en objectiviteit die het Kadaster ook bij een onderdrempelige opdracht dient te respecteren, nu het Kadaster ervoor gekozen heeft de werkzaamheden aan te besteden.

Het Kadaster heeft de schijn gewekt HLA bewust buiten de aanbesteding te hebben gehouden; zij wist dat HLA actief was op de betrokken markt en had gesteld dat er een 'monopoliepositie was van één commerciële partij' (bedoeld hiermee was HLA).

In het tussenvonnissen wordt HLA opgedragen zich uit te laten over de vraag of, en zo ja, welke schade zij heeft geleden doordat het Kadaster de betreffende opdracht met uitsluiting van HLA onderhands heeft aanbesteed.

In het eindvonnissen wordt vervolgens aangenomen dat HLA met de aanbesteding zou hebben meegedaan als zij was uitgenodigd, en, belangrijker, wordt overwogen dat het product van HLA op elk van de beoordelingscriteria beter zou hebben gescoord dan het product van de winnende inschrijver. Het lijkt erop dat het Kadaster hier

het nodige aan verweer heeft laten liggen en niet op cruciale elementen voldoende gemotiveerd de stellingen van HLA heeft betwist, zoals onder meer de stelling dat HLA het product voor een bepaalde prijs zou hebben geoffreerd, en ook niet tegen de stelling dat het product van HLA op alle punten beter zou hebben gescoord. Daarom is het voor de rechtbank vrij makkelijk om tot de conclusie te komen dat HLA de aanbesteding zou hebben gewonnen.

Dit zal in hoger beroep – het Kadaster is in appel gegaan – mogelijk anders komen te liggen.

Wat betreft de schade: HLA vordert een bedrag van bijna 22 miljoen euro aan winstderving. De rechtbank stelt het bedrag uiteindelijk ex aequo et bono vast op 10 miljoen euro, enerzijds omdat er onvoldoende aanknopingspunten zijn voor het vaststellen van de omvang van de schade, het cijfer dat HLA presenteert geflatteerd lijkt maar anderzijds wel aannemelijk is dat HLA bij gunning daadwerkelijk licenties zou hebben verkocht. En dus lijkt de rechtbank in het midden te gaan zitten. Ook over het bedrag, mocht het hof aan vaststelling daarvan toekomen, lijkt ons het laatste woord niet gezegd.

Tot zover de meest geruchtmakende schadevergoedingsjurisprudentie in een aanbestedingsgeschil van 2011.

In een ander geschil overweegt het Hof 's-Gravenhage dat het niet uitnodigen onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens een onderneming, indien de aanbestedende dienst van de belangstelling van de betreffende partij op de hoogte is. Een gegrond gebrek aan zekerheid bij de aanbestedende dienst dat de onderneming echter niet over de voor het werk benodigde geschiktheid beschikt, is echter voldoende reden om het bedrijf niet uit te

325 Rb. Zutphen 4 mei 2011, LJN: BV0451.

nodigen.³²⁶ Tot schadevergoeding komt het dan uiteraard niet meer.

Een harde dobber had de eisende partij in een procedure – die na beantwoording door prejudiciële vragen door het Hof van Justitie EU werd hervat – waarin de Rechtbank Assen overweegt dat het thans onmogelijk is vast te stellen hoe de aanbesteding zou zijn verlopen als de onrechtmatigheden zich niet hadden voltrokken. Met name, aldus de rechtbank, is niet meer vast te stellen wie er dan zouden hebben ingeschreven en wat de inhoud van die biedingen zou zijn geweest. Niet uitgesloten is dat zich dan nog andere inschrijvers hadden gemeld dan degenen die op de onrechtmatige aanbesteding hebben ingeschreven. Daardoor is niet vast te stellen of de eisende partij schade heeft geleden door de onrechtmatige gang van zaken.³²⁷

In een andere bodemprocedure oordeelt de rechtbank dat de aanbestedende dienst door geen aanbestedingsprocedure te volgen daar waar hij er wel toe verplicht is, onrechtmatig handelt jegens een potentiële gegadigde. De schade die die gegadigde lijdt als gevolg van het onrechtmatig handelen is vast te stellen aan de hand van de waarde van de door gegadigde gemiste kans op het gegund krijgen van de opdracht, indien wel een openbare aanbestedingsprocedure was gevolgd.³²⁸ De rechtbank gaat ervan uit dat er twee serieuze gegadigden zouden zijn geweest. De rechtbank laat de aanbestedende dienst vervolgens toe tot het bewijs van de stelling dat de andere gegadigde dan eiseres haar diensten om niet zou hebben aangeboden, want als dat komt vast te staan is de schade van eiseres *nihil* omdat alsdan haar kans op gunning op nul moet worden geschat. Wordt vervolgd.

Een aanbestedende dienst doet er goed aan om zo transparant mogelijk aan te geven wat zij van marktpartijen op een bepaald moment vraagt. Zo kan het onrechtmatig zijn jegens een marktpartij als de bedoeling van het houden van een marktconsultatie niet duidelijk wordt uitgesproken en de uitgenodigde marktpartij een offerte maakt in het kader van een aanbesteding terwijl het de bedoeling is dat deze offerte in het kader van een marktconsultatie wordt gedaan.³²⁹ Het annuleren van de aanbestedingsprocedure (oftewel de niet duidelijk als zodanig kenbaar gemaakte marktconsultatie) kan dan onrechtmatig zijn jegens de betreffende marktpartij. Er is dan geen plaats voor vergoeding van het positief contractsbelang, maar wel voor gemaakte kosten tot het moment dat de aanbestedende dienst duidelijk te kennen heeft gegeven dat er mogelijk geen opdrachtverstrekking aan de marktpartij zou volgen omdat er alsnog Europees zou worden aanbesteed. De zaak wordt naar de rol verwezen voor het onderbouwen van de standpunten ten aanzien van de schadevergoeding. Wordt eveneens vervolgd.

In kort geding wordt vrijwel nooit schadevergoeding gevorderd. Het Hof Arnhem overweegt hieromtrent dat zich omstandigheden zouden kunnen voordoen waaronder in een kort geding als het onderhavige een concreet gevorderd voorschot op een (in een bodemprocedure te vorderen) schadevergoeding toewijsbaar is. Dergelijke omstandigheden moeten dan wel worden gesteld en een concrete vordering in de vorm van een voorschot moet worden geformuleerd. Als de vordering tot vergoeding van schade op te maken bij staat moet worden uitgelegd als het vorderen van een verklaring voor recht dat de aanbestedende dienst aansprakelijk is voor de

326 Hof 's-Gravenhage 31 mei 2011, LJN: BQ7122.

327 Rb. Assen 9 maart 2011, n.n.g.

328 Rb. Amsterdam 20 juli 2011, LJN: BT1883.

329 Rb. Utrecht 24 augustus 2011, LJN: BS1672.

door appellant geleden schade waarvan de omvang nog door de bodemrechter moet worden bepaald, dan is sprake van een vordering gericht op een declaratoire uitspraak die zich noch in het algemeen noch in het specifieke geval voor toewijzing in kort geding leent.³³⁰

Een apart geval betreft de volgende schadevergoeding: indien een opdrachtnemer tekortschiet en de overeenkomst wordt ontbonden, dan kunnen de kosten die te maken hebben met een nieuw te houden aanbestedingsprocedure met succes als schade door de aanbestedende dienst worden gevorderd.³³¹

14.15 *Proceskostenveroordeling*

Een eisende partij in eerste aanleg, appellant in tweede instantie, moet zich ervan bewust zijn dat zij ook in de proceskosten van de intervenient wordt veroordeeld als zij in het incident ook als (overwegend) in het ongelijk gestelde partij heeft te gelden.³³²

Indien de vordering van een tussenkommende partij wordt afgewezen omdat zij geen belang heeft bij haar vordering (omdat de aanbestedende dienst heeft aangegeven te willen handelen conform het gevorderde, namelijk uitvoering geven aan het voornemen tot gunning), dan wordt zij veroordeeld in de kosten van de aanbestedende dienst. Die kosten kunnen echter begroot worden op nihil indien blijkt dat de aanbestedende dienst geen extra kosten heeft moeten maken als gevolg van de vordering van de tussenkommende partij.³³³

Het heeft kennelijk zin om, ook als eisende partij die wordt veroordeeld in de proceskosten van gedaagde, te betogen dat gedaagde geen kosten

heeft gemaakt voor het inschakelen van een externe rechtshulpverlener, bijvoorbeeld doordat de aanbestedende dienst zich door een van de bij hem in dienst zijnde ambtenaren heeft laten vertegenwoordigen. In een dergelijk geval kan het bedrag aan geliquideerd salaris worden begroot op nihil.³³⁴

In een zaak waarin eiseres in eerste aanleg, appellante in hoger beroep, was veroordeeld door de voorzieningenrechter in de proceskosten tegen een hoger tarief dan het standaard liquidatietarief, gaf het Hof 's-Gravenhage appellante die tegen die veroordeling een grief had geformuleerd gelijk. Het hof overweegt dat de voorzieningenrechter weliswaar de vrijheid heeft om onder omstandigheden de in het ongelijk gestelde partij tot een hoger dan het standaardtarief aan advocaatkosten te veroordelen, maar de rechtszekerheid brengt met zich dat daarvan slechts in bijzondere, zwaarwegende omstandigheden gebruik wordt gemaakt. Niet is gebleken dat de omvang van het debat tussen partijen in eerste aanleg groter is geweest dan in hoger beroep; van een bijzondere omvang is geen sprake. De lange duur van de zitting in eerste aanleg is in belangrijke mate het gevolg van de omstandigheid dat daarin gelijktijdig verschillende vorderingen ter zake van twee onderscheiden percelen aan de orde zijn geweest. Dat is redelijkerwijs geen voldoende zwaarwegende reden om tot verhoging van de geliquideerde advocaatkosten te leiden.³³⁵

Indien er in hoger beroep geen belang meer resteert bij de – niet-gewijzigde – vorderingen, omdat deze gelet op de voortschrijdende tijd en nieuwe ontwikkelingen niet meer voor toewijzing in aanmerking komen (opdracht is definitief gegund; overeenkomst wordt al geruime tijd uitgevoerd; werk is al bijna afgerond),

330 Hof Arnhem 1 november 2011, LJN: BU3262.

331 Hof 's-Gravenhage 20 september 2011, LJN: BT2451.

332 Hof 's-Gravenhage 17 mei 2011, LJN: BQ5659.

333 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 24 mei 2011, LJN: BQ5970.

334 V.zr. Rb. Leeuwarden 25 mei 2011, LJN: BQ6120.

335 Hof 's-Gravenhage 31 mei 2011, LJN: BQ6729.

wordt appellant niet-ontvankelijk verklaard in die vorderingen. Er resteert dan nog wel een belang voor appellant in veroordeling van geïntimeerde in de proceskosten. In die vordering kan appellant dan wel worden ontvangen. Dat leidt er vervolgens toe dat in appel toch nog inhoudelijk op de merites van de zaak wordt ingegaan.³³⁶

15. Varia

15.1 *Beoordelingsvrijheid aanbestedende dienst*

Wanneer het gunningscriterium 'laagste prijs' wordt gehanteerd, heeft een aanbestedende dienst geen, althans een zeer beperkte beoordelingsvrijheid (ten aanzien van dat gunningscriterium) en dient hij te gunnen aan de inschrijver met de laagste prijs (tenzij die prijzen abnormaal laag zijn).³³⁷ De beoordelingsvrijheid van de aanbestedende dienst in aanbestedingsprocedures met gunningscriterium 'emvi' is echter groot. Ruimte voor ingrijpen door de rechter in de door de aanbestedende dienst uitgevoerde beoordelingen lijkt nauwelijks aanwezig. Er is sprake van een 'marginale toetsing' door de rechter, waarbij de rechter niet snel op de stoel van de aanbestedende dienst gaat zitten.³³⁸

Van een kennelijke beoordelingsfout was wel sprake in het geval waarin een beoordelingscommissie de beoordeling had uitgevoerd aan

de hand van andere en/of niet voldoende kenbare criteria dan de gunningscriteria die vooraf bij de aanbesteding bekend waren gemaakt.³³⁹ Van een beoordelingsfout zou ook sprake zijn geweest wanneer de aanbestedende dienst een inschrijver zou hebben toegelaten tot de gunningsfase (terwijl deze inschrijver niet voldeed aan een minimumeis) door de zinsnede dat "het niet voldoen aan de eis 'kan' leiden tot uitsluiting van verdere deelname" zó uit te leggen dat de aanbestedende dienst op dit punt een discretionaire bevoegdheid zou hebben.³⁴⁰

15.2 *Voorkennis/belangenverstremming*

Van ontoelaatbare voorkennis of een ontoelaatbare belangenverstremming was in 2011 niet snel sprake. Het feit dat een van de inschrijvers een vooronderzoek heeft uitgevoerd is niet voldoende om een ontoelaatbare voorkennis aan te nemen, wanneer de uitkomsten van het onderzoek aan inschrijvers zijn medegedeeld.³⁴¹ De omstandigheid dat de winnende inschrijver een zakelijke relatie heeft met de voorbereider, begeleider en uitvoerder van een aanbesteding leidt evenmin tot die conclusie.³⁴² Ook het feit dat een van de inschrijvers een adviesfunctie heeft vervuld ten behoeve van de aanbestedende dienst leidt niet tot de conclusie dat sprake is van ontoelaatbare voorkennis/belangenverstremming.³⁴³ Inschrijvers die zich op een ontoelaatbare voorkennis/belangenverstremming willen beroepen, dienen aan te tonen dat

336 Hof Leeuwarden 23 augustus 2011, LJN: BR5606 en Hof Arnhem 1 november 2011, LJN: BU3262.

337 Vzr. Rb. Rotterdam 10 mei 2011, LJN: BQ7374.

338 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 18 februari 2011, LJN: BP6676; Vzr. CbB 31 mei 2011, LJN: BQ7228; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 1 juni 2011, LJN: BR1911; Vzr. Rb. Arnhem 29 juni 2011, LJN: BR1164; Vzr. Rb. Leeuwarden 6 juli 2011, LJN: BR2162; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 6 juli 2011, LJN: BR2481; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 19 juli 2011, BR2483, LJN: BR2483; Vzr. Rb.

's-Gravenhage 1 september 2011, LJN: BR6545; Vzr.

Rb. 's-Gravenhage 6 september 2011, LJN: BU5995;

Hof 's-Gravenhage 9 februari 2011, LJN: BP5012.

339 Vzr. Rb. Amsterdam 8 februari 2011, LJN: BP5163; Vzr. Rb. Rotterdam 22 augustus 2011, LJN: BR6500.

340 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 4 februari 2011, LJN: BP3933.

341 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 10 februari 2011, LJN: BP5764.

342 Vzr. Rb. Arnhem 21 december 2011, LJN: BV0966.

343 Vzr. Rb. Haarlem 6 april 2011, LJN: BQ4144.

de mededinging als gevolg van de voorkennis en/of belangenverstrengeling is vervalst c.q. dat er sprake is van een oneigenlijk concurrentievoordeel.³⁴⁴

Van een ontoelaatbare voorsprong c.q. vervalsting van de mededinging is wel sprake in het geval een van de inschrijvers tot vlak voor de inschrijvingstermijn over meer (essentiële) informatie beschikt dan andere inschrijvers³⁴⁵ of wanneer een van de inschrijvers reeds voor de opdracht relevante software had ontwikkeld terwijl de andere inschrijvers te weinig tijd hadden om vergelijkbare software te ontwikkelen ten behoeve van de opdracht.³⁴⁶

15.3 Raakvlakken met staatssteun

Het aanbestedingsrecht kent vele raakvlakken met het staatssteunrecht. Toch is er relatief weinig rechtspraak voorhanden waarin deze raakvlakken (expliciet) aan de orde komen c.q. voldoende aandacht krijgen, laat staan waarin een beroep op het staatssteunrecht wordt gehonoreerd. Vaak kan niet door een inschrijver worden aangetoond c.q. voldoende aannemelijk worden gemaakt dat sprake is van een (niet-marktconform) voordeel in de zin van art. 107 VWEU, zodat de vorderingen daar op spaak lopen.³⁴⁷ Staatssteunrechtelijke argumenten lijken alleen kans van slagen te hebben zodra er voldoende aanwijzingen zijn dat de Europese Commissie tot het oordeel zal komen dat de bestreden maatregel als steun in de zin van art. 107 VWEU moet worden beschouwd.³⁴⁸

In slechts één zaak slaagt een onderneming in de op haar rustende stelplicht en bewijslast.³⁴⁹ In deze bijzondere zaak had een gemeente ten onrechte een werk niet (Europees) aanbesteed, maar onderhands afspraken gemaakt met één aannemer. Deze afspraken bevatten volgens de rechter elementen die onverenigbaar lijken te zijn met het staatssteunrecht. In dat kader wordt in het vonnis – zij het zeer summier – aandacht besteed aan de vaststelling van de grondprijzen, de verstrekte bouwclaim, de toekenning van een bepaalde subsidie, de prijs die de gemeente betaalt voor de te realiseren parkeergarage en het voordeel dat de aannemer behaalt uit de onderhandse gunning van de uitvoering van de openbare voorzieningen. Jammer genoeg komen deze elementen en de stellingen van partijen dienaangaande niet uitgebreid aan de orde in het vonnis. Wel wordt duidelijk dat de gemeente, in het licht van de geponeerde stellingen, onvoldoende heeft weten aan te tonen dat de afspraken 'marktconform' zijn. Daarnaast wordt duidelijk dat het feit dat de gemeente niet (Europees) heeft aanbesteed, voor de voorzieningenrechter een sterke aanwijzing oplevert dat sprake is van staatssteun. Opmerkelijk genoeg komt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat de onderhands gesloten overeenkomst nietig is. Deze conclusie is weliswaar inhoudelijk niet opmerkelijk, maar verbaast des te meer nu de voorzieningenrechter er kennelijk niet voor terugdeinst om op dit punt meer dan een voorlopig oordeel te geven.

344 Vzr. Rb. Haarlem 6 april 2011, LJN: BQ4144; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 15 november 2011, LJN: BU5874.

345 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2011, LJN: BP0315; Hof 's-Gravenhage 12 april 2011, LJN: BQ0942; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 28 september 2011, LJN: BT2856.

346 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 8 september 2011, LJN: BT6712.

347 Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2011, LJN: BP9487; Vzr. Rb. Utrecht 4 maart 2011, LJN: BP6990; Rb. Arnhem 2 november 2011, LJN: BU3569; HR 18 november 2011, LJN: BU4900.

348 Vzr. Rb. Alkmaar 20 april 2011, LJN: BQ2032; Rb. Arnhem 2 november 2011, LJN: BU3569.

349 Vzr. Rb. Groningen 10 juni 2011, LJN: BQ8211.

15.4 *Raakvlakken met mededingingsrecht*

(Potentieel) concurrerende inschrijvers op een aanbestedingsprocedure mogen de markt niet verdelen en inschrijvingen op elkaar afstemmen. Doen zij dat wel, dan lopen zij niet alleen een mededingingsrechtelijk risico, maar ook een aanbestedingsrechtelijk risico. Het overtreden van art. 6 van de Mededingingswet in het kader van een aanbestedingsprocedure geeft immers aanleiding om die inschrijvers te weren c.q. uit te sluiten van verdere deelname. Hoewel niet doorslaggevend in de desbetreffende zaak, laat de voorzieningenrechter van het CBB duidelijk doorschemeren dat het 'marktverdelende/afstemmende' gedrag van twee inschrijvers de mededingingsrechtelijke toets van art. 6 Mededingingswet (waarschijnlijk) niet kan doorstaan.³⁵⁰

15.5 *Beroep op dwaling/derogerende werking redelijkheid en billijkheid*

In twee zaken is de vraag aan de orde in hoeverre een inschrijver die de aanbestedingsprocedure heeft gewonnen, nog kan terugkomen op gemaakte fouten in de offerte en op die manier de tot stand gekomen overeenkomst kan aantasten. In een bodemprocedure voor de Rechtbank Zwolle-Lelystad doet de winnende inschrijver een beroep op dwaling. De door hem aangeboden prijzen zouden dusdanig laag liggen, dat de gemeente had dienen te begrijpen dat die prijzen een vergissing betroffen. Dit beroep op dwaling wordt door de rechter afgewezen. Doorslaggevend in dat kader is dat de desbetreffende gemeente een gerechtvaardigd vertrouwen had in de juistheid van de door de inschrijver aangeboden prijzen. De hoogte van de inschrijfsom was op zich niet zodanig laag in verhouding tot

andere inschrijvingen dat de gemeente reeds om die reden moest uitgaan van een kennelijke fout aan de zijde van de inschrijver.³⁵¹

In een andere bodemprocedure doet de winnende inschrijver een beroep op de derogerende/beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248, lid 2, BW. In deze zaak had de winnende inschrijver een fout gemaakt in die zin dat hij de vaste kosten per abuis niet per jaar, maar voor één dag had berekend in zijn offerte. De desbetreffende gemeenten hadden deze fout in de inschrijving dienen te ontdekken, mede gelet op het feit dat de door de winnende inschrijver aangeboden prijs ruim 50 procent lager lag dan de gemiddelde geoffreerde prijs. Op zijn minst hadden de gemeenten de inschrijver hierover een vraag dienen te stellen. Nu de gemeenten dat hebben nagelaten kunnen zij de 'winnende' inschrijver dan ook niet onverkort houden aan de nakoming van de overeenkomst, maar dienen de gemeenten samen met de inschrijver te zoeken naar een voor beide partijen aanvaardbare oplossing, aldus de Rechtbank Rotterdam. Bij het vinden van die oplossing zijn er twee bijzondere omstandigheden die de vrijheid van partijen beperken. Ten eerste mag de inschrijver niet rekenen op een aanpassing van de overeenkomst die ertoe zou leiden dat zij meer zou ontvangen dan de opvolgend inschrijver. In dat geval zou de opvolgend inschrijver namelijk de gemeenten kunnen aanspreken, daar zij dan de aanbestedingsprocedure zou hebben gewonnen. Ten tweede mag de inschrijver niet van de gemeenten verwachten dat hij (financieel) gecompenseerd wordt voor de periode waarin de in de inschrijving gemaakte fout nog niet door de inschrijver aan de gemeenten was gemeld.³⁵²

350 Vzr. CBB 31 mei 2011, LJN: BQ7228.

351 Rb. Zwolle-Lelystad 20 juli 2011, LJN: BR4516.

352 Rb. Rotterdam 22 juni 2011, LJN: BQ9162.