

# 57 KRONIEK JURISPRUDENTIE AANBESTEDINGSRECHT

MR. I.J. VAN DEN BERGE, MR. M.J. MUTSAERS, MR. T.G. ZWEERS-TE RAAIJ EN MR. A.B.B. GELDERMAN

In deze kroniek wordt de jurisprudentie besproken op het gebied van het aanbestedingsrecht van het Hof van Justitie EU (HvJ EU), het Gerecht, de nationale civiele rechter (waaronder de Hoge Raad: HR) over de periode 1 januari tot en met 31 december 2012, voor zover bij auteurs bekend.<sup>1</sup>

## 1 januari – 31 december 2012

Vergelijkbare kronieken over eerdere perioden werden in vorige nummers van dit tijdschrift gepubliceerd.<sup>2</sup> De opzet van deze kroniek is net als van de vorige kronieken met name ingegeven vanuit de wens om de relevante jurisprudentie in een leesbaar overzicht te signaleren. Een uitgebreide bespreking van de uitspraken of een algemene inleiding op het desbetreffende onderwerp zal niet worden gegeven.<sup>3</sup>

- 1 In de voetnoten zal voorzieningenrechter worden afgekort tot Vzr., rechtbank tot Rb. We zullen in tekst en voetnoten spreken over 'hof' in plaats van gerechtshof, over HvJ EU in plaats van het Hof van Justitie EU en over het VWEU in plaats van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.
- 2 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. 2, p. 142-200; Kroniek aanbestedingsjurisprudentie (over de periode januari-december 2011), mr. I.J. van den Berge, mr. M.J. Mutsaers, mr. T.G. Zweers-te Raaij, mr. A.B.B. Gelderman.
- 3 In deze kroniek zal over Richtlijn worden gesproken indien wordt bedoeld Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van

## 1. Publiekrechtelijke instelling

De vraag of algemene ziekenhuizen zijn aan te merken als publiekrechtelijke instelling is in 2012 in twee uitspraken aan de orde geweest. De eerste zaak betreft een subsidieverlening van de minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid (voorheen: staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, hierna: minister) aan de Stichting Arbeidsmarkt Ziekenhuizen (STAZ). Deze subsidie werd verleend ten behoeve van het scholingsprogramma van het Canisius Wilhelmina Ziekenhuis (CWZ) en werd verstrekt uit het Europees Sociaal Fonds (ESF), een van de structuurfondsen van de Europese Unie. Ten tijde van het toekennen van de ESF-subsidie aan STAZ in 2007 ging de minister ervan uit dat algemene ziekenhuizen kwalificeerden als aanbestedende dienst. Gelet daarop werd in het besluit tot subsidieverlening opgenomen dat de subsidieontvanger de regels inzake openbare aanbesteding in acht moest nemen. De ESF-subsidie is vervolgens uitgegeven aan opleidingen zonder dat daarvoor een (openbare) aanbestedingsprocedure werd opgestart. De minister verzet zich hiertegen en besluit in 2009 de subsidie lager vast te stellen door de subsidiabele kosten aanzienlijk te korten, wegens een schending van de aanbestedingsplicht.

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), over het Bass als wordt bedoeld het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Stb. 2005, 409) en over de Wira (Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden).

De ABRvS overweegt dat de minister in het besluit tot subsidieverlening in 2007 STAZ er alleen op heeft gewezen dat zij de Europese aanbestedingsvoorschriften dient te respecteren. Dit besluit en de daaraan voorafgaande aanvraag om subsidie dateren uit de periode van eind 2004 tot eind 2008 waarin het juridisch onduidelijk(er) was of de aanbestedingsplicht van toepassing was op algemene ziekenhuizen, zoals CWZ. In die periode was tussen STAZ en de minister een discussie gaande of CWZ aanbestedingsplichtig was, waarbij de minister het standpunt had ingenomen dat een aanbestedingsplicht op CWZ rustte. Later, eind 2008, is in het *Amphia*-arrest bepaald dat een (Europese) aanbestedingsplicht niet rust op algemene ziekenhuizen.<sup>4</sup> In het licht van deze achtergronden oordeelt de ABRvS dat de eerdere discussie tussen de partijen niet zo dient te worden gelezen dat op CWZ zonder meer, los van de ontwikkelingen in de rechtspraak over de aanbestedingsplicht voor algemene ziekenhuizen, een aanbestedingsplicht rustte. Nu er ten tijde van het besluit op bezwaar inzake de subsidievaststelling in 2009 inmiddels rechtspraak bestond waarin is bepaald dat algemene ziekenhuizen zoals het CWZ op grond van Europese regelgeving niet aanbestedingsplichtig zijn, was de minister dan ook niet bevoegd om de subsidie in 2009 lager vast te stellen door de subsidiabele kosten te korten.<sup>5</sup>

In de tweede zaak was de vraag aan de orde of het Sint Antonius Ziekenhuis en/of de tot het Sint Antonius Ziekenhuis behorende Parkeerexploitatie B.V. (hierna tezamen: het Sint Antonius Ziekenhuis) in 2006 de concessie voor de bouw en exploitatie van een parkeergarage had moeten aanbesteden. Parkeerexploitant P1 Holding B.V. meent van wel, omdat het Sint Antonius Ziekenhuis ten tijde van de concessieverlening als een publiekrechtelijke instelling in de zin van het Bao moest worden aangemerkt. De Rechtbank Utrecht oordeelt echter anders, omdat ten tijde van de concessieverlening niet was voldaan aan het vereiste van toezicht, zeggenschap of financiering door een andere aanbestedende dienst. In haar vonnis gaat de rechtbank uitgebreid in op de door P1 Holding B.V. bepleite stelling dat het Sint Antonius Ziekenhuis indirect, namelijk via zorgverzekeraars, gefinancierd wordt door de Staat en dat tegenover de financiering door de zorgverzekeraars geen specifieke contractuele tegenprestatie van het Sint Antonius Ziekenhuis stond. De rechtbank ziet dit anders en oordeelt dat het Sint Antonius Ziekenhuis voor de door haar van de verzekeraars ontvangen betalingen telkens concrete, contractueel overeengekomen, zorgprestaties levert. Van een (al dan niet indirecte) overheidsfinanciering in de zin van artikel 1 sub q Bao was daarom, ten tijde van de concessieverlening in 2006, geen sprake. De rechtbank laat, wegens een gebrek aan belang van P1 Holding B.V. dienaangaande, in haar vonnis in het midden of het Sint Antonius Ziekenhuis in de jaren ná 2006 wél als publiekrechtelijke instelling wordt gekwalificeerd. Ook gaat de

rechtbank om proceseconomische redenen niet in op de vraag of het Sint Antonius Ziekenhuis is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang niet zijnde van commerciële of industriële aard.<sup>6</sup>

De vraag of zorgkantoren, belast met de inkoop van zorg, als publiekrechtelijke instelling zijn aan te merken wordt in de jurisprudentie niet (eenduidig) beantwoord. Daar waar de ene voorzieningenrechter (door de toepassing van het Bao) suggereert dat zorgkantoren wél een publiekrechtelijke instelling zijn,<sup>7</sup> laten andere voorzieningenrechtters dit in het midden.<sup>8</sup> Ook komen sommige voorzieningenrechtters tot de conclusie dat zorgkantoren géén publiekrechtelijke instelling zijn, al dan niet vanwege de proceshouding van de partijen in kwestie.<sup>9</sup> Rode draad in de uitspraken omtrent zorgkantoren lijkt dat zorgkantoren, ongeacht de vraag of zij een publiekrechtelijke instelling zijn, een bijzondere positie innemen ten opzichte van de zorgaanbieders, zodat zij reeds om die reden gehouden zijn transparant en objectief op te treden en inschrijvers gelijk dienen te behandelen. Vele aanbestedingsrechtelijke thema's spelen vanwege deze 'omweg' niet zelden een rol in de zaken omtrent inkoop van zorg.

## 2. Overheidsopdracht/raamovereenkomst

Bij het aanbesteden van overheidsopdrachten en raamovereenkomsten dienen aanbestedende diensten de scope van de overeenkomst voldoende duidelijk te definiëren. Laat een aanbestedende dienst dit na, dan kunnen er nadien geschillen ontstaan over de vraag of bepaalde werken, leveringen en/of diensten reeds aanbesteed zijn of nog aanbesteed moeten worden. Een dergelijk geschil was aan de orde in een zaak omtrent de aanbesteding van postdiensten van de Universiteit van Amsterdam. In deze zaak oordeelde de voorzieningenrechter op grond van de eerdere aanbestedingsdocumentatie uit 2009 dat deze eerdere aanbestedingsprocedure slechts betrekking had op zogenoemde 'externe' postdiensten, zodat een nieuwe aanbesteding van de 'interne' postdiensten niet onder de scope viel van de eerder aanbestede raamovereenkomst.<sup>10</sup>

Een beslissing van een gemeentebestuur inzake de vestiging van een apotheek binnen de gemeente betreft volgens de Rechtbank Assen geen overheidsopdracht. Naar het oordeel van de rechtbank is er ook geen andere rechtsgrond voor een gehoudenheid van de gemeente om een aanbesteding of tender te organiseren.<sup>11</sup> Een gelijksoortige redenering geldt ook ten aanzien van de verkoop van onroerend goed door

4 Hof Arnhem 18 november 2008, LJN: BG4586.

5 ABRvS 1 februari 2012, LJN: BV2441.

6 Rb. Utrecht 5 december 2012, LJN: BY5442.

7 Vzr. Rb. Arnhem 2 augustus 2012, LJN: BX7020; Vzr. Rb. Arnhem 8 augustus 2012, LJN: BX4463.

8 Vzr. Rb. Breda 17 oktober 2012, LJN: BY0511.

9 Vzr. Rb. Arnhem 12 december 2012, LJN: BY8223; Vzr. Rb. Den Haag 12 december 2012, LJN: BY7546; Vzr. Rb. Den Haag 12 december 2012, LJN: BY7547; Vzr. Rb. Den Haag 12 december 2012, LJN: BY7549.

10 Vzr. Rb. Den Haag 13 januari 2012, LJN: BV0894.

11 Rb. Assen 30 mei 2012, LJN: BW7185.

een gemeente. Verkoop van (bestaand) onroerend goed valt niet onder de reikwijdte van het aanbestedingsrecht. Dit neemt natuurlijk niet weg dat de verkoop van onroerend goed wel onder (de beginselen van) het aanbestedingsrecht kan vallen wanneer een gemeente een openbare biedprocedure organiseert ten behoeve van de verkoop van het onroerend goed.<sup>12</sup>

Het is aanbestedende diensten toegestaan om raamovereenkomsten aan te besteden en om vervolgens minicompetities te organiseren voor de raamcontractanten. Een aanbestedende dienst handelt volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam daarbij niet in strijd met (de beginselen van) het aanbestedingsrecht door bij de gunning van de raamovereenkomsten de prijscomponent zwaar te laten meewegen, terwijl in de minicompetitie de inschrijvers opnieuw de gelegenheid wordt geboden om een nieuwe prijsopgave te doen. Een dergelijk handelen wordt niet in strijd met het gelijkheids-, transparantie- en/of vertrouwensbeginsel geacht.<sup>13</sup>

Een gemeente heeft twee onderdrempelige overheidsopdrachten voor theatertechnische en installatietechnische dienstverlening niet Europees aan te besteden, wanneer deze opdrachten om goede redenen van elkaar zijn gesplitst en dus geen sprake is van een kunstmatige splitsing om zodoende onder de Europese aanbestedingsdrempel te blijven. Voorts staat het de gemeente volgens de voorzieningenrechter vrij om in die ‘onderdrempelige gevallen’ af te wijken van haar eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid, wanneer dit beleid daar de ruimte voor biedt. Een gemeente heeft daarbij een grote mate van beoordelingsvrijheid in de bepaling of afgeweken kan worden van de in het beleid voorgeschreven (aanbestedings)procedures. In die omstandigheden kan de gemeente kennelijk ook volstaan met het organiseren van een ‘onderhandse meervoudige of-ferteprocedure’ waarop de algemene beginselen van aanbestedingsrecht niet van toepassing zijn.<sup>14</sup>

### 3. Wezenlijke wijziging

In 2012 zijn er opvallend veel zaken van nationale rechters verschenen waarin het onderwerp ‘wezenlijke wijziging’ aan de orde komt. Deze jurisprudentie is – naar haar aard – casuïstisch. Als algemene lijn komt daaruit naar voren dat rechters de Europese jurisprudentie op zich consequent toepassen.<sup>15</sup> Daarbij valt één zaak in het bijzonder op, omdat deze een private aanbesteding betreft.<sup>16</sup> De Haagse voorzieningenrechter past (o.a.) het Preettext-arrest analoog toe, om op basis daarvan te concluderen dat het opnemen van een 70%-voorverkoopvoorwaarde in een

reeds gegunde opdracht te gelden heeft als een niet-toelaatbare wezenlijke wijziging. Het hanteren van een ruimere planning voor de gronduitgifte dan die in het biedboek was opgenomen vormt daarentegen géén wezenlijke wijziging.

In het kader van overheidsaanbestedingen worden onder de gegeven omstandigheden de volgende wijzigingen als wezenlijk en daarmee als niet-toelaatbaar aangemerkt: het ontbinden van een aanbestede overeenkomst, waarna dezelfde opdracht wordt gegund aan de inschrijver die destijds als nummer twee was geëindigd (sanctie: verbod op gunning en geclausuleerd gebod tot (her-)aanbesteding);<sup>17</sup> het na gunning laten vallen van een voorwaarde die noodzakelijk was om een level playing field te creëren (sanctie: gebod tot heraanbesteding, waaraan de aanbestedende dienst kan ontsnappen door die voorwaarde alsnog te handhaven).<sup>18</sup> In deze categorie is een conclusie van A-G Keus in een artikel 81 RO-zaak overigens ook het vermelden waard:

“Ook als de alternatieve wijze van uitvoering besteksconform is, is er wel degelijk sprake van een benadeling van de andere inschrijvers (...) en wordt wel degelijk ook inbreuk op het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel gemaakt, als het de winnende inschrijver wordt toegestaan het werk uit te voeren op een andere (en minder kostbare) wijze dan die waarmee hij had ingeschreven. (...)”<sup>19</sup>

Wél wezenlijk, maar ‘toelaatbaar’, want noodzakelijk om tot heraanbesteding over te kunnen gaan: het na afbreken van een nationale openbare aanbesteding onderhands gunnen van deels dezelfde werkzaamheden, omdat deze werkzaamheden qua aard en omvang toch wezenlijk afwijken van de scope van de eerdere opdracht.<sup>20</sup>

Niet wezenlijk c.q. wél toelaatbaar wordt onder de gegeven omstandigheden geoordeeld: het ontbinden van een aanbestede overeenkomst, waarna dezelfde opdracht wordt gegund aan de inschrijver die destijds als nummer twee was geëindigd;<sup>21</sup> het sluiten van een addendum bij een dienstverleningsovereenkomst inzake afvalverwerking en in het verlengde daarvan (c.q. voorafgaand daaraan) het verlengen van de lopende overeenkomst(en);<sup>22</sup> het wijzigen van een bepaalde methode en het wisselen van

12 Vzr. Rb. Zutphen 22 mei 2012, LJN: BW6294.

13 Vzr. Rb. Rotterdam 2 augustus 2012, LJN: BX3795.

14 Vzr. Rb. Den Bosch 10 september 2012, LJN: BX7223.

15 Zie HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (Preettext) en HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall AG).

16 Rb. Den Haag 3 oktober 2012, LJN: BY0155.

17 Vzr. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN: BV1636; Vzr. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN: BV1638. In Vzr. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, LJN: BX3388 is een min of meer tegenovergesteld oordeel te vinden. Die uitspraak wordt hierna nader aangestipt.

18 Vzr. Rb. Amsterdam 21 september 2012, LJN: BX9050. In deze zaak wordt overigens ook geoordeeld dat het na gunning verschuiven van de ingangsdatum van het contract, géén wezenlijke wijziging is. Zie hierna.

19 HR 6 april 2012, LJN: BV6696.

20 Vzr. Rb. Den Haag 6 september 2012, LJN: BX9783.

21 Vzr. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, LJN: BX3388. In de hiervóór aangestipte uitspraken Vzr. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN: BV1636 en Vzr. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN: BV1638 is zoals opgemerkt een min of meer tegenovergesteld oordeel te vinden.

22 Hof Den Bosch 17 januari 2012, LJN: BV1367.

onderaannemer;<sup>23</sup> de vervanging van een onderaannemer;<sup>24</sup> het bij nota van inlichtingen alsnog toevoegen van een paragraaf betreffende ‘social return’;<sup>25</sup> het na ontvangst van de inschrijvingen verschuiven van de ingangsdatum van de opdracht, omdat de aanbestedingsdocumenten in die mogelijkheid voorzien;<sup>26</sup> het na gunning verschuiven van de ingangsdatum van het contract, ook al voorziet de aanbestede overeenkomst daar niet in;<sup>27</sup> het bij nota van inlichtingen wijzigen van een van de gunningscriteria;<sup>28</sup> de bereidverklaring van een inschrijver om details in zijn ontwerp aan te passen indien de aanbestedende dienst dat wenst en het hem niets kost, waarbij van belang is dat de contractuele bepalingen in die mogelijkheid lijken te voorzien.<sup>29</sup> In deze categorie kunnen tot slot nog de volgende twee zaken worden genoemd: de (aanbesteding van de) uitbreiding van een systeem ten behoeve van een drietal ministeries dat eerder door één van hen is aanbesteed, vormt géén wezenlijke wijziging van de essentiële voorwaarden van die eerdere aanbesteding;<sup>30</sup> van een wijziging van de scope van de opdracht hangende de aanbestedingsprocedure is (vanzelfsprekend) géén sprake, wanneer het beheer en onderhoud van meet af aan buiten de opdracht vielen.<sup>31</sup>

#### 4. Overheidsopdracht voor werken (gebiedsontwikkeling)

Het Hof Leeuwarden heeft dit jaar onder verwijzing naar bekende uitspraken van de Hoge Raad in kort geding geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een overeenkomst zou zijn aan te merken als een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht voor werken niet zonder meer de conclusie wettigt dat die gesloten overeenkomst nietig, vernietigbaar of anderszins onverbindend is. Daarbij verduidelijkt het hof overigens dat de vernietiging van de overeenkomst sinds de invoering van de Wira wel tot de mogelijkheden behoort, maar dat op de vernietigingsgronden genoemd in de Wira geen beroep kan worden gedaan voor zover het gaat om overeenkomsten gesloten vóór 20 december 2009. Gelet op deze conclusie moet volgens het hof worden aangenomen dat de bodemrechter zal oordelen dat de gemeente in kwestie zich niet op grond van strijdigheid met regels van aanbestedingsrecht kan bevrijden van haar verplichtingen uit de gesloten overeenkomst. Het hof laat om die reden helaas in het midden of de litigieuze overeenkomst moet worden gekwalificeerd als aanbeste-

dingsplichtige overheidsopdracht voor werken.<sup>32</sup>

De vraag of sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht voor werken is wel in een ander vonnis aan de orde gekomen. In deze zaak had de voorzieningenrechter te oordelen over de vraag of de verkoop van grond door een gemeente, welke grond de aankopende partij als eigenaar voor eigen rekening en risico dient te bebouwen en exploiteren, moet worden gekwalificeerd als overheidsopdracht voor werken. De rechter oordeelt dat in die situatie geen sprake is van een eigenlijke, gereguleerde overheidsaanbesteding, maar van een private aanbesteding. Op die aanbesteding is in beginsel de regelgeving met betrekking tot overheidsaanbestedingen niet van toepassing. Wel brengt de keuze van de gemeente voor een openbare biedprocedure mee dat partijen gehouden zijn zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid en naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit houdt volgens de voorzieningenrechter in elk geval in de eerbieding van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, waaronder het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel.<sup>33</sup>

#### 5. Uitzonderingen op en aanbestedingen buiten Richtlijn/Bao

##### *Opdrachten onder drempelwaarde*

Voor overheidsopdrachten met een geraamde waarde onder de toepasselijke Europese drempelwaarden geldt geen Europese aanbestedingsplicht.<sup>34</sup> Dergelijke overheidsopdrachten vallen buiten de reikwijdte van de Richtlijn en het Bao. Aan deze reikwijdte kan en mag echter niet ontkomen worden door één opdracht kunstmatig te splitsen om zodoende onder de Europese drempelwaarde te blijven. Een dergelijke ontduiking van een aanbestedingsplicht doet afbreuk aan het nuttig effect van het Europese aanbestedingsrecht.<sup>35</sup>

Bestendige lijn in de jurisprudentie is dat, wanneer een aanbestedende dienst besluit om een onderdrempelige opdracht aan te besteden, hij zich daarbij dient te gedragen overeenkomstig de algemene beginselen van behoorlijk bestuur alsmede de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. In het licht van deze vaste rechtspraak is een vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Bosch een ‘uitglijder’. Deze rechtbank oordeelt namelijk dat een gemeente onder omstandigheden ook kan volstaan met het organiseren van een zogenoemde ‘onderhandse meervoudige offerteprocedure’ waarop de algemene beginselen van aanbestedingsrecht niet van toepassing zijn.<sup>36</sup>

23 Vزر. Rb. Amsterdam 1 juni 2012, LJN: BX3758.

24 Vزر. Rb. Almelo 24 juli 2012, LJN: BX2992.

25 Vزر. Rb. Den Haag 30 augustus 2012, LJN: BX6099.

26 Vزر. Rb. Den Haag 13 september 2012, LJN: BX7357.

27 Vزر. Rb. Amsterdam 21 september 2012, LJN: BX9050. In deze zaak wordt overigens ook geoordeeld dat het achteraf laten vallen van een voorwaarde die noodzakelijk was om een level playing field te creëren, wél een wezenlijke wijziging is. Zie hiervóór.

28 Vزر. Rb. Utrecht 16 november 2012, LJN: BY3469.

29 Vزر. Rb. Amsterdam 20 januari 2012, LJN: BX3384.

30 Rb. Den Haag 14 november 2012, LJN: BY3967.

31 Hof Den Haag 17 juli 2012, LJN: BX1330.

32 Hof Leeuwarden 15 mei 2012, LJN: BW6167.

33 Vزر. Rb. Zutphen 22 mei 2012, LJN: BW6294.

34 Rb. Den Haag 31 oktober 2012, LJN: BY8867.

35 Vزر. Rb. Den Bosch 10 september 2012, LJN: BX7223.

36 Vزر. Rb. Den Bosch 10 september 2012, LJN: BX7223.

*Concessies voor diensten*

Een concessieovereenkomst voor diensten is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verrichten diensten bestaat uit het recht de dienst te exploiteren, al dan niet gecombineerd met een prijs. Concessieovereenkomsten voor diensten vallen, net zoals onderdrempelige opdrachten, buiten de reikwijdte van de Richtlijn en het Bao. In die gevallen is de Wira evenmin van toepassing.<sup>37</sup> Indien de concessie voor diensten evenwel naast de dienstencomponent ook een leveringencomponent omvat met een geraamde waarde boven de toepasselijke Europese drempelwaarde, dan sluit de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam niet uit dat de Wira wél van toepassing is.<sup>38</sup>

Hoewel concessieovereenkomsten voor diensten buiten de reikwijdte van de Richtlijn en het Bao vallen, bestaat er niet zelden een verplichting tot aanbesteding op grond van het VWEU gelet op het vaak aanwezige grensoverschrijdende belang dat aan dienstenconcessies verbonden is. Ook bij dienstenconcessies spelen derhalve vele aanbestedingsrechtelijke thema's een rol. De aanwezigheid van een grensoverschrijdend belang bij dienstenconcessies wordt onderstreept door een arrest van het HvJ EU.<sup>39</sup> In dit arrest oordeelt het Hof onder verwijzing naar de opvattingen van de Europese Commissie, dat het geenszins kan worden uitgesloten dat ook buitenlandse ondernemingen interesse zouden hebben in het uitvoeren van concessieovereenkomsten voor het beheren, vaststellen en innen van bepaalde belastingen en lokale heffingen. Dit ondanks het lokale karakter van de belastingen en heffingen en de relatief lage geraamde waarden van de concessies in kwestie.

In het licht van het laatstgenoemde arrest van het HvJ EU is een uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden inzake de concessie voor het exploiteren van de veerdienst tussen Harlingen en Terschelling op zijn minst opmerkelijk te noemen. In deze uitspraak komt de rechtbank namelijk tot de conclusie dat géén sprake is van een grensoverschrijdend belang. In dat kader acht de rechtbank het ten eerste van belang dat de bezwaarmakende partij, EVT, niet gemotiveerd had gesteld dat er sprake was van daadwerkelijke en concrete belangstelling van buitenlandse gegadigden. Daarnaast acht de rechtbank het van belang dat alle relevante elementen in de zaak zich geheel afspelen in de interne sfeer van Nederland. Het gaat immers om het vervoer per veerdienst over de Waddenzee van Harlingen naar Terschelling v.v. Dit vervoer wordt uitgevoerd door een Nederlandse onderneming aan wie de opdracht is gegund, TSM, terwijl de partij die tegen die gunning opkomt, EVT, eveneens een Nederlandse onderneming is. In die situatie is volgens de rechtbank sprake van een zuiver interne situatie en mist het VWEU dus toepassing. Voor

wat betreft het betoog van de bezwaarmakende partij, EVT, dat ook buitenlandse ondernemingen geïnteresseerd hadden kunnen zijn in het exploiteren van de veerdienst, maakt die omstandigheid nog niet dat in dit geding – waarin sprake is van twee Nederlandse ondernemingen die een veerdienst exploiteren – sprake is van een grensoverschrijdend element. Dit laatste oordeel lijkt haaks te staan op de eerder genoemde opvattingen van het HvJ EU.<sup>40</sup>

Dienstenconcessies die vrijwillig worden aanbesteed vallen uiteraard ook buiten de reikwijdte van de Richtlijn en het Bao. Wel geldt in dat geval dat de aanbestedende dienst de algemene beginselen van behoorlijk bestuur alsmede de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid in acht moet nemen.<sup>41</sup> Via deze band zijn de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht als gezegd vaak ook weer van toepassing.

*Quasi-inhouse en andere publiek-publieke samenwerking*

Het beroep op de quasi-inhouse uitzondering kwam in 2012 in twee arresten van het HvJ EU aan de orde. In het arrest Econord SpA beantwoordt het HvJ EU een prejudiciële vraag van de Consiglio di Stato over het toezichtscriterium. Deze nationale rechter wenst door middel van zijn prejudiciële vraag aan het HvJ EU te vernemen of er ook sprake is van toezicht zoals op hun eigen diensten op de quasi-inhouse entiteit ASPEM in de situatie dat twee gemeenten (Cagno en Solbiate) als minderheidsaandeelhouder van ASPEM gerechtigd zijn om te worden geraadpleegd, om een lid van de raad van toezicht van de entiteit te benoemen en om in overleg met de andere overheden die deze overeenkomst hebben gesloten een lid van de raad van bestuur te benoemen. Het HvJ EU verduidelijkt dienaangaande dat van een structureel, functioneel en effectief toezicht sprake moet zijn. Het is vervolgens aan de nationale rechter om uit te zoeken of in de concrete omstandigheden van het geval sprake is van een dergelijk toezicht.<sup>42</sup>

Quasi-inhouse opdrachtverlening komt ook zijdelings ter sprake in het ASL-arrest. Ook hier ging het om een procedure bij het HvJ EU, ingeleid door een prejudiciële vraag van de Consiglio di Stato. De vraag betreft of Azienda Sanitaria Locale di Lecce (ASL) een onderzoeksopdracht naar de aardbevingsgevoeligheid van de ziekenhuisvoorzieningen van de provincie Lecce onderhands aan de Università del Salento had mogen gunnen óf deze opdracht had moeten aanbesteden. In dat kader komt het HvJ EU snel tot de conclusie dat van quasi-inbesteding geen sprake is, omdat uit de verwijzingsbeslissing van de Consiglio di Stato blijkt dat ASL geen toezicht uitoefent op de universiteit. Ook een beroep op het arrest Stadtreinigung Hamburg<sup>43</sup> faalt omdat de opdracht van de

37 Rb. Leeuwarden 12 december 2012, LJN: BY5837.

38 Vzr. Rb. Amsterdam 21 september 2012, LJN: BX9050.

39 HvJ EU 10 mei 2012, C-357/10 t/m C-359/10.

40 Rb. Leeuwarden 12 december 2012, LJN: BY5837.

41 Vzr. Rb. Amsterdam 14 juni 2012, LJN: BY0490.

42 HvJ EU 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11.

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



ASL aan de universiteit niet de uitvoering lijkt te verzekeren van een taak van algemeen belang die rust op de ASL en de universiteit gezamenlijk. Ten tweede zou de overeenkomst particuliere ondernemingen kunnen bevoordelen indien het hooggekwalificeerde externe personeel waardoor de universiteit zich op grond van deze overeenkomst kan laten bijstaan om bepaalde prestaties uit te voeren, particuliere dienstverrichters omvat.<sup>44</sup>

Een beroep op een quasi-inhouse-uitzondering kwam in de nationale jurisprudentie onder vuur te liggen in twee zaken die betrekking hebben op de inzameling van GFT-afval door diverse Nederlandse gemeenten in de provincie Noord-Brabant. Deze gemeenten verstrekten hiervoor een quasi-inhouse opdracht aan de gelieerde entiteit (thans) genaamd Attero-Zuid. De aandelen van Attero-Zuid werden initieel gehouden door de provincie Noord-Brabant en diverse gemeenten, maar werden gaandeweg overgenomen door een derde partij, PMG Milieu Services B.V., en werden vervolgens weer overgenomen door een holding-vennootschap van de Attero-Groep. Van belang daarbij was dat zowel de aandelen van PMG Milieu Services alsmede de aandelen van de holding-vennootschap werden gehouden door diverse provincies, waaronder de provincie Noord-Brabant, alsmede door diverse gemeenten, waaronder de eerder genoemde gemeenten uit Noord-Brabant. Ondertussen werd de afvalinzameling gewoon voortgezet en zelfs verlengd. Shanks Nederland B.V. en Orgaworld B.V. stelden zich naar aanleiding van deze gang van zaken op het standpunt dat door de voornoemde overname van de aandelen van Attero-Zuid door PMG Milieu Services reeds een einde is gekomen aan de quasi-inhouse-uitzondering, zodat de inzameling van GFT-afval vanaf dat moment aanbesteed had moeten worden. Als gevolg van de aandelenoverdracht zou namelijk niet meer voldaan worden aan de toezichts- en merendeelcriteria. Zowel het Hof Den Bosch in kort geding alsook later de Rechtbank Den Bosch in een bodemprocedure leggen deze argumenten van Shanks en Orgaworld naast zich neer, helaas zonder daarbij een inhoudelijk oordeel te vellen over de quasi-inhouseconstructie. Daarbij is voor de rechtbank overigens doorslaggevend dat Shanks en Orgaworld hun stellingen onvoldoende onderbouwd zouden hebben.<sup>45</sup>

#### *Artikel 18 Richtlijn/artikel 17 Bao (alleenrecht)*

Uit jurisprudentie van de Rechtbank Den Haag blijkt dat het besluit tot het verlenen van een alleenrecht in de zin van artikel 18 Richtlijn en artikel 17 Bao wordt gekwalificeerd als een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling. Tegen een dergelijk besluit staat dus geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open.<sup>46</sup>

In de vorige kroniek werd melding gemaakt van het feit dat

in de nieuwe voorstellen die de Europese Commissie voor de aanbestedingsrichtlijnen heeft gelanceerd, de inhoud van artikel 18 niet meer terugkomt. In de laatste geconsolideerde versie van het voorstel voor de 'klassieke' aanbestedingsrichtlijn treft men deze uitzondering op de aanbestedingsplicht echter wél weer aan.<sup>47</sup>

#### *Artikel 14 Richtlijn/artikel 13 Bao (geheimverklarde opdrachten)*

In slechts één uitspraak van het HvJ EU komt een geheimverklarde opdracht ter sprake. In deze zaak gaat het om een prejudiciële vraag van de Finse rechter of de opdracht voor de levering van een draaitafelinstallatie ('tiltable turntable') die dient als drager voor aan elektromagnetische metingen onderworpen voorwerpen diende te worden aanbesteed op grond van de Richtlijn. Volgens ingenieursbureau Insinööritoimisto InsTiimi Oy had deze opdracht niet geheimverklaard mogen worden nu de draaitafelinstallatie niet alleen een specifiek militair doeleinde hoeft te dienen, maar tevens gebruikt kan worden in de civiele sfeer.<sup>48</sup> Het HvJ EU oordeelt dat de toepassing van de in de Richtlijn voorgeschreven procedures slechts achterwege mag blijven wanneer een aanbestedende dienst een overheidsopdracht op defensiegebied heeft geplaatst met het oog op de verwerving van materiaal dat weliswaar voor specifiek militaire doeleinden is bestemd, maar ook voor vrijwel soortgelijke civiele toepassingen kan worden gebruikt, indien dit materiaal wegens de specifieke kenmerken ervan, ook wanneer deze voortvloeien uit substantiële wijzigingen, kan worden geacht speciaal voor dergelijke doeleinden te zijn ontworpen en ontwikkeld. Het is vervolgens aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

## 6. Aanbestedingsprocedures

#### *Artikel 31 BAO*

Doorslaggevend voor een succesvol beroep op artikel 31 lid 3 sub c Bao ('dwingende spoed') is of alle cumulatieve criteria genoemd in dat artikel worden vervuld. Is dat niet het geval, bijvoorbeeld omdat er nog tijd is voor een nieuwe aanbestedingsprocedure, zonder dat dit tot een noodsituatie leidt, dan doen aanbestedende diensten er verstandig aan om een beroep op dit artikel achterwege te laten.<sup>49</sup>

Een beroep op artikel 31 lid 3 sub c Bao ('dwingende spoed') wordt door de rechter toelaatbaar geacht in de situatie dat de aanbestedende dienst, na wanprestatie van de eerder gecontracteerde leverancier, geen tijd meer had om een nieuwe aanbesteding te organiseren.<sup>50</sup>

#### *Artikel 30 Bao*

44 HvJ EU 19 december 2012, C-159/11.

45 Hof Den Bosch 17 januari 2012, LJN: BV1367; Rb. Den Bosch 24 oktober 2012, LJN: BY1110.

46 Rb. Den Haag 29 februari 2012, LJN: BW5722.

47 <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st16/st16725.en12.pdf> (zie art. 10a).

48 HvJ EU 7 juni 2012, C-615/10.

49 Vzr. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN: BV1636 en Vzr. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN: BV1638.

50 Vzr. Rb. Den Haag 5 september 2012, LJN: BX6664.

De onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking leidde in 2012 kennelijk tot weinig discussie. In slechts één zaak was een dergelijke onderhandelingsprocedure aan de orde. In die zaak, waarin het ARW 2005 van toepassing is, wenst de aanbestedende dienst gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure mét voorafgaande bekendmaking. Deze bekendmaking wenst de aanbesteder evenwel op grond van artikel 5.4.3. van het ARW 2005 achterwege te laten (zie artikel 30 lid 2 Bao). In het kader van die onderhandelingsprocedure hoeft de aanbestedende dienst volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht niet alle inschrijvers uit te nodigen voor een onderhandelingsprocedure en mag een aanbestedende dienst inschrijvers met een ongeldige inschrijving kennelijk weren van deelname. Ten overvloede overweegt de voorzieningenrechter nog dat van een inschrijving met een te hoog bedrag niet gezegd kan worden dat deze ongeldig is. Voor dit oordeel vindt de voorzieningenrechter steun in artikel 3.31.4 ARW 2005, waarin een dergelijke inschrijving als ‘onaanvaardbaar’ wordt aangemerkt, waarna de aanbesteder de procedure kan vervolgen met de onderhandelingsprocedure met voorafgaande aankondiging.<sup>51</sup>

Tot slot nog relevant in het kader van onderhandelingsprocedures is een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam. In deze zaak staat geen onderhandelingsprocedure zoals bedoeld in artikel 30 of 31 Bao centraal, maar een procedure van gunning via onderhandelingen zoals bedoeld in het Bass. In deze zaak eist een inschrijver toegelaten te worden tot een dergelijke onderhandelingsprocedure. Deze vordering wordt echter afgewezen omdat de inschrijving van eiseres door de aanbestedende dienst terecht ongeldig is verklaard.<sup>52</sup>

#### *Meervoudig onderhands*

Aanbestedende diensten die meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures organiseren, zijn gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen. In dat kader dienen zij ook het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel jegens de inschrijvers in acht te nemen.<sup>53</sup> Op dit uitgangspunt moet men volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Bosch echter een uitzondering maken in gevallen dat geen sprake is van een aanbestedingsprocedure, maar van een ‘meervoudige offerteprocedure.’ In dat geval zijn de strenge aanbestedingsbeginselen niet van toepassing.<sup>54</sup> Al eerder in deze kroniek is opgemerkt dat deze zaak naar onze mening een ‘uitglijder’ betreft.

#### *Erkenningsregeling*

Een aanbestedende dienst hoeft ondernemingen niet

toe te laten tot een erkenningsregeling wanneer die ondernemingen niet kunnen aantonen dat het product, de dienst of het werk in overeenstemming is met de door de aanbestedende dienst vereiste normen en/of zij niet voldoen aan de functionele en prestatie-eisen van de aanbestedende dienst. De beslissing van een aanbestedende dienst om een onderneming toe te laten tot een erkenningsregeling is daarnaast vergelijkbaar met een selectiebeslissing in een niet-openbare aanbestedingsprocedure. Voor een dergelijke beslissing geldt dus geen verplichte (wettelijke) opschortingstermijn.<sup>55</sup>

Wanneer een onderneming eenmaal op de lijst van erkende ondernemers staat, betekent dat nog niet dat een aanbestedende dienst er om die reden zonder meer van uit mag gaan dat, wanneer deze ondernemer een inschrijving indient, hij daarvoor ook instaat. In die gevallen moet een onderneming zich dus alsnog houden aan de ondertekeningsvoorschriften die de aanbestedende dienst bijvoorbeeld stelt ten aanzien van de in te dienen inschrijvingen.<sup>56</sup>

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

Wanneer het hoofdvoorwerp van de te sluiten overeenkomst in financiële zin betrekking heeft op diensten in plaats van leveringen is sprake van een dienstenopdracht.<sup>57</sup> Wanneer die diensten 2B-diensten betreffen, dan dient de aanbestedende dienst krachtens artikel 21 Bao bij het gunnen van een overheidsopdracht alleen de artikelen 23 en 35 lid 12 tot en met 16 toe te passen. Bij het aanbesteden van 2B-diensten is dus een verlicht aanbestedingsrechtelijk regime van toepassing.<sup>58</sup> In die gevallen kan een inschrijver geen (succesvolle) vorderingen instellen die gestoeld zijn op een schending van andere artikelen in het Bao.<sup>59</sup>

Dat 2B-diensten vanwege het verlichte aanbestedingsrechtelijke regime niet Europees behoeven te worden aanbesteed wordt in navolging van de standpunten van procespartijen ter zake gevolgd door de voorzieningenrechter te Amsterdam. Deze rechter oordeelt bij gebreke aan informatie over de geraamde waarde van de opdracht dat een opdracht voor 2B-diensten niet aanbesteed hoeft te worden, wanneer een grensoverschrijdend belang voor die opdracht ontbreekt.<sup>60</sup>

Ongeacht het toepasselijke verlichte regime bij de aanbesteding van 2B-diensten, is een aanbesteder wél verplicht om de aanbestedingsrechtelijke basisbeginselen te respecteren. In die gevallen mag de aanbesteder dus geen

51 Vزر. Rb. Utrecht 23 maart 2012, LJN: BV9870.

52 Vزر. Rb. Rotterdam 16 april 2012, LJN: BW5991.

53 Vزر. Rb. Den Haag 19 juni 2012, LJN: BW9894. Vgl. ook Vزر. Rb. Zutphen 22 mei 2012, LJN: BW6294.

54 Vزر. Rb. Den Bosch 10 september 2012, LJN: BX7223.

55 Vزر. Rb. Arnhem 16 april 2012, LJN: BW5490.

56 Vزر. Rb. Rotterdam 16 april 2012, LJN: BW5991.

57 Vزر. Rb. Rotterdam 26 maart 2012, LJN: BW5773.

58 Zie ook Vزر. Rb. Rotterdam 12 december 2012, LJN: BY5974.

59 Vزر. Rb. Rotterdam 26 maart 2012, LJN: BW5773.

60 Vزر. Rb. Amsterdam 29 mei 2012, LJN: BX1677.

disproportionale eisen stellen<sup>61</sup> c.q. eisen stellen die leiden tot een beperkte toegang tot de desbetreffende opdracht.<sup>62</sup>

## 8. Aanbesteding door private partijen

In 2012 zijn er – voor zover wij dat hebben kunnen nagaan – veel meer uitspraken verschenen over aanbestedingen van private partijen dan in voorgaande jaren. In totaal hebben wij twintig vonnissen en arresten geteld. Deze groep kan grofweg worden onderverdeeld in zorginkoopprocedures/aanbestedingen van zorgkantoren, en aanbestedingen van ‘echte’ private partijen. Vervolgens kunnen per deelgroep de volgende, meer algemene lijnen worden gedestilleerd.

*Zorginkoopprocedures/aanbestedingen van zorgkantoren*  
De Arnhemse rechter kiest in een tweetal zaken de volgende aanvliegroude.<sup>63</sup>

Allereerst wordt overwogen dat niet ter discussie staat dat de door het Menzis-zorgkantoor gehanteerde procedure een zogenaamde ‘2B-dienst’-aanbesteding is. Dit brengt mee dat voor de onderhavige aanbesteding het verlichte regime van artikel 21 Bao geldt. Hier lijkt de suggestie van uit te gaan dat partijen en (dus) ook de rechter het zorgkantoor wel degelijk als aanbestedende dienst in de zin van het Bao beschouwen.<sup>64</sup> Vervolgens stelt de voorzieningenrechter voorop dat de door het zorgkantoor gekozen wijze om de levering van zorg in natura uit te geven, waarbij wordt aangesloten bij elementen uit de Europese aanbestedingsprocedure, met zich brengt dat wel degelijk ook een aantal uit het aanbestedingsrecht afkomstige beginselen in acht moet worden genomen. Het betreft volgens hem in elk geval de fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht, te weten: gelijkheid, transparantie, objectiviteit en proportionaliteit. Dit wordt afgeleid uit het arrest RZG/Comformed.<sup>65</sup> Voor de betekenis van deze beginselen knoopt de rechter aan bij hetgeen de HR daarover heeft geoordeeld in de zaak Van der Stroom/Staat en NIC.<sup>66</sup> Ook dient het zorgkantoor de ‘pericontractuele’ beginselen van de redelijkheid en billijkheid in acht te nemen.<sup>67</sup>

In een van beide zaken wordt bovendien overwogen dat het zorgkantoor, mede vanwege de economische machtspositie die het in de desbetreffende regio heeft, gehouden is een

verifieerbaar, transparant en non-discriminatoire contracteerbeleid te hanteren, en dat aan het zorgkantoor zware eisen mogen worden gesteld ten aanzien van de zorgvuldigheid die het bij de totstandbrenging van contracten in acht moet nemen. Een onderneming met een economische machtspositie is namelijk in staat zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen ten opzichte van haar concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers.<sup>68</sup>

Uiteindelijk wordt in de ene zaak geoordeeld dat het het zorgkantoor als ‘aanbestedende dienst’ weliswaar vrijstaat om de eisen te bepalen waaraan een zorgaanbieder moet voldoen om te kunnen contracteren voor de desbetreffende toelage, maar dat dit niet wegneemt dat het zorgkantoor daarbij binnen de grenzen van de beginselen van het aanbestedingsrecht moet blijven. De keuze van de ‘aanbestedende dienst’ mag volgens de rechter niet leiden tot een beperkte toegang tot de desbetreffende opdracht. En dat was precies wat hier wél aan de orde was. In de andere zaak wordt eveneens geoordeeld dat de door het zorgkantoor gehanteerde (geschiktheids)eisen in strijd zijn met de hiervóór genoemde beginselen en de redelijkheid en billijkheid.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda laat in het midden of het CZ-zorgkantoor een publiekrechtelijke instelling in de zin van het Bao is, maar houdt die mogelijkheid wél open. Toch is hij het niet met eiseres eens dat het zorgkantoor een aanbestedingsprocedure had moeten volgen. De essentie van de onderhavige inkoopprocedure is volgens hem namelijk de selectie van zorgaanbieders voor de levering van zorg. Het zorgkantoor voert deze selectie in opdracht en ten behoeve van de zorgverzekeraars uit, zijnde privaatrechtelijke partijen die niet aanbestedingsplichtig zijn. Het zorgkantoor was daarom bevoegd voor een inkoopprocedure te kiezen.<sup>69</sup> Volgens de rechter is een inkoopprocedure niet hetzelfde als een aanbestedingsprocedure, maar in zijn vorm en uitwerking heeft de onderhavige inkoopprocedure daar wel alle kenmerken van. Daarom worden de in het aanbestedingsrecht geldende beginselen als uitgangspunt van de beoordeling genomen. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn daarentegen niet van toepassing, omdat niet valt in te zien dat deze inkoopprocedure wordt uitgevoerd ter uitvoering van een publiekrechtelijke taak. De rechter toetst vervolgens op welke wijze een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver een bepaalde eis in het inkoopdocument dient te begrijpen in de omstandigheden van het onderhavige geval. De conclusie is uiteindelijk dat eiseres op de inschrijfdatum niet voldeed aan de eisen van de Zorgbrede Governancecode, zodat het zorgkantoor vanuit een oogpunt van gelijke behandeling terecht heeft geweigerd met haar een overeenkomst te sluiten. In een

61 Vزر. Rb. Arnhem 8 augustus 2012, LJN: BX4463.

62 Vزر. Rb. Arnhem 2 augustus 2012, LJN: BX7020.

63 Vزر. Rb. Arnhem 2 augustus 2012, LJN: BX7020; Vزر. Rb. Arnhem 8 augustus 2012, LJN: BX4463.

64 In een derde zaak die aan deze rechter werd voorgelegd wordt juist expliciet vooropgesteld dat het VGZ-zorgkantoor niet kan worden aangemerkt als aanbestedende dienst. Zie Vزر. Rb. Arnhem 12 december 2012, LJN: BY8223.

65 HR 4 april 2003, LJN: AF2830.

66 HR 4 november 2005, LJN: AU2806.

67 Idem Vزر. Rb. Arnhem 12 december 2012, LJN: BY8223. In dit laatste vonnis wordt overigens niet gesproken over de ‘pericontractuele’ beginselen van de redelijkheid en billijkheid, maar over de in de ‘precontractuele’ fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

68 Diezelfde overweging is te vinden in: Vزر. Rb. Arnhem 12 december 2012, LJN: BY8223.

69 Vزر. Rb. Breda 17 oktober 2012, LJN: BY0511.



tweetal andere zaken waarbij het CZ-zorgkantoor ook betrokken was, hanteert dezelfde voorzieningenrechter een vergelijkbare lijn en komt hij tot eenzelfde conclusie.<sup>70</sup>

In zes andere uitspraken draait het steeds om een zorginkoopprocedure van het Achmea- (en in één zaak ook van het Agis-)zorgkantoor. De Haagse voorzieningenrechter lijkt in deze zaken géén eenduidige koers te varen.

In de eerste drie zaken wordt vooropgesteld dat Achmea géén aanbestedende dienst is en dat de onderhavige inkoopprocedure dan ook geen aanbestedingsprocedure betreft.<sup>71</sup> De Europese en Nederlandse wet- en regelgeving met betrekking tot overheidsaanbestedingen is dan ook niet van toepassing. Dat laat volgens deze rechter echter onverlet dat Achmea is onderworpen aan de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen. Daarbij geldt dat de zorgmarkt niet volstrekt vrij is, omdat zorgaanbieders veelal jaar na jaar zijn aangewezen op hetzelfde zorgkantoor, dat daardoor een (economische) machtspositie heeft. De zorgverzekeraar dient bij het vaststellen van zijn inkoopbeleid daarom een bijzondere zorgvuldigheid in acht te nemen. Zo dient het inkoopbeleid verifieerbaar, transparant en non-discriminatoir te zijn en mogen de aangelegde normen bovendien niet onredelijk zijn. Daarnaast dient in verband met de beperkt beschikbare tijd de zorginkoop met de nodige efficiëntie te worden uitgevoerd. Tegen deze achtergrond wordt het meest verstrekkende verweer van het zorgkantoor gehonoreerd, inhoudende dat eiseres haar recht om te klagen heeft verwerkt. Deze benadering lijkt sterk op die van de Arnhemse voorzieningenrechter in de eerder genoemde zaken over het Menzis- en VGZ-zorgkantoor.<sup>72</sup>

In de drie andere zaken lijkt dezelfde rechter opeens een voor het zorgkantoor gunstigere lijn te volgen.<sup>73</sup> In die zin dat in deze zaken voorop wordt gesteld dat sprake is van een private aanbesteding, waarop de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving met betrekking tot overheidsaanbestedingen niet van toepassing is. In een van deze drie zaken wordt daar nog aan toegevoegd dat de aanbestedingsbeginselen ook niet analoog kunnen worden toegepast. Het zorgkantoor had de zorgaanbieders in zijn inkoopbeleid namelijk uitdrukkelijk gewaarschuwd dat die beginselen niet van toepassing zijn. In alle drie zaken wordt vervolgens overwogen dat de niet-toepasselijkheid van de aanbestedingsregels onverlet laat dat de keuze voor de gevoerde inkoopprocedure met zich mee brengt dat het zorgkantoor gehouden is zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van

redelijkheid en billijkheid.

Wij kunnen dit verschil in benadering niet goed verklaren. In alle zaken bevatte het inkoopdocument namelijk de door de voorzieningenrechter genoemde waarschuwing.

Kortom, voorzieningenrechtsgerechtigden gaan enigszins verschillend om met zorginkoopprocedures van zorgkantoren. Desalniettemin lijkt de algemene lijn te zijn, dat zorgkantoren wel degelijk gebonden zijn aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, omdat zij een bijzondere positie hebben. Enkel de Haagse voorzieningenrechter lijkt het onder omstandigheden (welke dat zijn is ons niet helemaal duidelijk) mogelijk te achten dat zorgkantoren de algemene beginselen van aanbestedingsrecht ‘wegcontracteren’.<sup>74</sup>

#### *Aanbestedingen van ‘echte’ private partijen*

De lijn met betrekking tot aanbestedingen van ‘echte’ private/commerciële partijen is eenduidiger: zodra is vastgesteld dat sprake is van een aanbesteding, past de rechter de bijbehorende beginselen ook toe.

Volgens de Haagse voorzieningenrechter laat een aanbestedingsprocedure zich omschrijven als een al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een aanbestedder aan twee of meer ondernemers om een inschrijfcijfer in te dienen voor de uitvoering van een opdracht tot het leveren van goederen en het verrichten van diensten, met inbegrip van het uitvoeren van werken. Een private opdrachtgever die voor een bepaalde opdracht aan verschillende bedrijven gelijktijdig offertes vraagt, kan onder deze definitie vallen, maar het gaat te ver om in alle gevallen de private opdrachtgever onder het aanbestedingsrecht te laten vallen. Of dit al dan niet het geval is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Daarbij wordt vooropgesteld dat de gebruikte termen enkel een indicatie vormen. Hoewel VTL verschillende aanbestedingsrechtelijke termen had gebruikt (zoals: request for proposal, tender en aanbesteding), wordt geoordeeld dat toch géén sprake is van een aanbestedingsprocedure, maar van een uitnodiging om in onderhandeling te treden. Daartoe acht de voorzieningenrechter de volgende omstandigheden van belang: VTL had niet gesproken over een voorlopige gunning, zij had géén Alcatel-termijn gehanteerd, in het request for proposal was enkel (open) gevraagd of de potentiële inschrijver een competitief aanbod kon maken voor de opdracht, er was géén conceptcontract bij de stukken gevoegd, en eiseres was naar aanleiding van haar eerste voorstel in de gelegenheid gesteld om dat voorstel aan te passen naar de verdere eisen van VTL. De vorderingen van eiseres die waren gebaseerd op het aanbestedingsrecht worden daarom afgewezen.<sup>75</sup>

In de andere zaken is wél sprake van een private aanbesteding.

70 Vzr. Rb. Breda 26 september 2012, LJN: BX9177; Vzr. Rb. Breda 17 oktober 2012, LJN: BY1183.

71 Vzr. Rb. Den Haag 12 december 2012, LJN: BY7546; Vzr. Rb. Den Haag 12 december 2012, LJN: BY7547; Vzr. Rb. Den Haag 12 december 2012, LJN: BY7549.

72 Zie de jurisprudentie genoemd in voetnoten 61, 64 en 68.

73 Vzr. Rb. Den Haag 6 december 2012, LJN: BY5674; Vzr. Rb. Den Haag 7 december 2012, LJN: BY5538; Vzr. Rb. Den Haag 11 december 2012, LJN: BY7452.

74 Vgl. Hof Amsterdam 20 september 2011, LJN: BT1963.

75 Vzr. Rb. Den Haag, 26 januari 2012, LJN: BV7044.

dingsprocedure. De lijn is dan meestal als volgt. Kiest een private partij voor een aanbestedingsprocedure, dan dient hij zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid (en naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, als het gaat om een gezamenlijke aanbesteding van een private partij en een gemeente).<sup>76</sup> Die maatstaven houden in elk geval de eerbiediging van de fundamentele regels van het aanbestedingsrecht in.<sup>77</sup> Die beginselen vormen immers de grondregels voor het voeren van een aanbestedingsprocedure.<sup>78</sup> Deze regels waken er onder meer voor dat de private aanbesteder de inschrijvingen, waarvoor veelal aanzienlijke kosten zijn gemaakt, willekeurig beoordeelt c.q. louter gebruikt als pressiemiddel jegens de partij die hij bij voorbaat heeft uitverkozen als toekomstige contractspartij.<sup>79</sup>

Opvallende zaken zijn verder nog de volgende. Voor toepassing van het Grossmann-arrest in een private aanbesteding is géén ruimte (en evenmin voor richtlijnconforme interpretatie), wél voor de nationaalrechtelijke figuur van rechtsverwerking. De toepassing c.q. invulling daarvan doet vervolgens wél sterk denken aan Grossmann-achtige overwegingen die vaak terugkomen in (Europese) aanbestedingszaken van ‘officiële’ aanbestedende diensten.<sup>80</sup> Zie elders in deze kroniek. Het leerstuk van de wezenlijke wijziging wordt daarentegen wél toegepast bij private aanbestedingen.<sup>81</sup> Een gebod tot heraanbesteding kan echter niet worden toegewezen, omdat een private partij niet aanbestedingsplichtig is.<sup>82</sup>

## 9. Uitsluitingsgronden

Het begrip ‘ernstige fout’ in artikel 45 lid 2 sub d van de Richtlijn (vergelijkbaar met artikel 45 lid 3 sub d Bao) ziet op kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst van een marktdeelnemer. Bovendien kan volgens het HvJ EU alleen sprake zijn van een ernstige fout als het gedrag van de betrokken marktdeelnemer concreet en individueel wordt beoordeeld. Artikel 45 lid 2 sub d van de Richtlijn verzet zich dan ook tegen een nationale regeling die aanbestedende diensten verplicht om een marktdeelnemer zonder meer uit te sluiten als een eerder gesloten overeenkomst binnen drie jaar voorafgaand aan een aanbesteding door een

aan die marktdeelnemer toerekenbare omstandigheid is beëindigd. Hoewel elke onjuiste, onnauwkeurige of gebrekkige uitvoering van een overeenkomst eventueel kan wijzen op een beperkte vakbekwaamheid van de betrokken marktdeelnemer, hoeft dat volgens het Hof niet zonder meer gelijk te staan met een ernstige fout. Voorts oordeelt het HvJ EU dat (volgens vaste rechtspraak) artikel 45 lid 2 van de Richtlijn een limitatieve opsomming geeft van de uitsluitingsgronden, die verband houden met de professionele kwaliteiten van een inschrijver. De Richtlijn staat er dan ook aan in de weg dat de lidstaten de daarin opgenomen lijst aanvullen met andere uitsluitingsgronden die zijn gebaseerd op criteria inzake beroepsbekwaamheid.<sup>83</sup>

In een nationale zaak lijkt de HR de bepaling waarop de Staat een beroep doet om KPN uit te sluiten onder de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 45 lid 2 van de Richtlijn te scharen. Zeker is dat echter niet, omdat voorop wordt gesteld dat het hof in het midden heeft gelaten of in een aanbestedingsbestek aanvullende uitsluitingsgronden mogen worden geformuleerd (dat wil zeggen: andere uitsluitingsgronden dan de in artikel 45 vermelde). Ook in cassatie komt daarom niet aan de orde of dergelijke aanvullende uitsluitingsgronden in een aanbestedingsprocedure mogen worden toegepast. De HR oordeelt verder dat bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de uitsluiting van een inschrijver de betekenis van de fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht een belangrijke rol spelen. Het is vaste jurisprudentie dat het transparantiebeginsel ertoe strekt te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Dit impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aanbestedingsdocumentatie worden geformuleerd, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en op dezelfde manier kunnen interpreteren (de zogenaamde *Succhi di frutta*-norm). Dat geldt ook voor de uitsluitingsgronden.<sup>84</sup> De Staat heeft daarom KPN niet mogen uitsluiten op grond van het feit dat achteraf is gebleken dat KPN een door de OPTA vastgestelde overtreding van de OPTA-regelgeving heeft gepleegd, gelet op het feit dat de uitsluiting van KPN onvoldoende duidelijk was verankerd in de aanbestedingsdocumentatie.<sup>85</sup>

Onjuist lijkt ons dan ook het oordeel in een vonnis van de Arnhemse voorzieningenrechter, dat ook al is de sanctie van ongeldigheid niet verbonden aan het inschrijven op meer dan twee percelen in een aanbestedingsprocedure, de betreffende bepaling in het bestek in redelijkheid wel als zodanig zou moeten worden uitgelegd. Volgens deze rechter valt namelijk niet in te zien waarom de gemeente anders een dergelijke onge-

76 Vzr. Rb. Rotterdam 31 januari 2012, LJN: BW3238 (géén onjuiste uitleg/toepassing geschiktheidseis door aanbesteder).

77 Hof Arnhem 23 januari 2012, LJN: BV1139; Vzr. Rb. Amsterdam 25 juni 2012, LJN: BX4835 (hanteren discriminerende voorwaarden).

78 Rb. Den Haag 3 oktober 2012, LJN: BY0155.

79 Vzr. Rb. Amsterdam 29 mei 2012, LJN: BX1677; Vzr. Rb. Leeuwarden 3 oktober 2012, LJN: BX9015.

80 Vzr. Rb. Den Haag 25 september 2012, LJN: BX9779; Hof Arnhem 23 januari 2012, LJN: BV1139.

81 Rb. Den Haag 3 oktober 2012, LJN: BY0155 (opnemen van een 70%-voorverkoopvoorwaarde in een reeds gegunde opdracht is ontoelaatbaar).

82 Hof Arnhem 23 januari 2012, LJN: BV1139. De voorzieningenrechters van de Rechtbanken Leeuwarden en Amsterdam lijken daar anders tegenaan te kijken. Zie Vzr. Rb. Leeuwarden 3 oktober 2012, LJN: BX9015 (ontbreken van gunningscriteria) en Vzr. Rb. Amsterdam 29 mei 2012, LJN: BX1677 (o.a. onduidelijke gunningscriteria).

83 HvJ EU 13 december 2012, C-465/11.

84 Zie ook Vzr. Rb. Arnhem 17 juli 2012, LJN: BX4570.

85 HR 7 december 2012, LJN: BW9233 en BW9231.

sanctioneerde bepaling zou opnemen in het bestek.<sup>86</sup>

De uitsluitingsgronden van artikel 45 lid 3 Bao zijn facultatief, hetgeen betekent dat een aanbestedende dienst de aldaar opgenomen uitsluitingsgronden van toepassing kan verklaren. Op grond van de fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht moet een aanbestedende dienst, indien bepaalde facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing zijn verklaard, die ook toepassen indien die omstandigheid zich bij een inschrijver voordoet. Andere inschrijvers kunnen zo nodig in rechte vorderen dat de aanbestedende dienst daaraan toepassing geeft.<sup>87</sup>

## 10. Geschiktheidseisen en selectiecriteria

### *Algemeen*

Het is vaste jurisprudentie dat inschrijvingen wat betreft de ingeleverde documenten over de geschiktheid veelal bedrijfsvertrouwelijke informatie bevatten. Het is een aanbestedende dienst dan ook niet toegestaan om die informatie openbaar te maken, omdat dat de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou schaden.<sup>88</sup> Het is de taak van de aanbestedende dienst om aan de hand van de ingediende inschrijvingen te controleren of aan de geschiktheidseisen is voldaan. De stelling dat bij twijfel door een mede-inschrijver over de geschiktheid van een andere inschrijver de aanbestedende dienst bewijsstukken in het geding zou moeten brengen, vindt in haar algemeenheid geen steun in het recht, aldus het Hof Den Haag.<sup>89</sup>

Een enkele uiting van vermoedens is voorts onvoldoende om tot het oordeel te kunnen komen dat een inschrijver niet aan de gestelde geschiktheidseisen zou voldoen. Wie stelt, die bewijst en dus zal de eisende partij aannemelijk moeten maken dat een (of meerdere) andere inschrijver(s) niet aan de gestelde referentie-eisen voldoet (voldoen).<sup>90</sup>

Een geschiktheidseis is een minimumeis waarbij slechts een beslissing met een binair karakter kan worden genomen, anders gezegd: de vraag of aan de geschiktheidseis is voldaan kan slechts met ja of nee worden beantwoord. Ten aanzien van de vraag of een inschrijver voldoet aan een geschiktheidseis past volgens het Hof Arnhem dan ook een minder terughoudende rechterlijke toetsing dan wanneer moet worden beoordeeld of de aanbestedende dienst bij de toepassing van een gunningscriterium als economisch meest voordelige inschrijving de juiste scores aan de verschillende inschrijvingen heeft toegekend.<sup>91</sup>

Anders oordeelt de voorzieningenrechter van de Rechtbank

Rotterdam in een zaak waarin het eveneens ging om de beoordeling of een inschrijver voldeed aan een referentie-eis. Uitgangspunt bij de beoordeling of een inschrijver voldoet aan een referentie-eis moet volgens deze rechtbank zijn dat slechts een beperkte toetsingsvrijheid bestaat. Het is niet de bedoeling dat de rechter op de stoel van de aanbestedende dienst gaat zitten en de beoordeling van de referentie nog eens integraal overdoet. Slechts in geval van aperte – procedurele dan wel inhoudelijke – onjuistheden is plaats voor ingrijpen van de rechter.<sup>92</sup>

### *Toelaatbaarheid geschiktheidseisen/selectiecriteria en beoordelingsmethodiek*

In de inbreukprocedure, die door de Europese Commissie naar aanleiding van een klacht over de aanbesteding van de levering en het beheer van koffiemachines is gestart, oordeelt het HvJ EU dat de eis aan inschrijvers om aan te geven wat zij doen om de koffiemarkt duurzamer te maken en hoe zij bijdragen aan een vanuit ecologisch, maatschappelijk en economisch opzicht gezonde koffieproductie, is te kwalificeren als een geschiktheidseis. Daarbij wordt geoordeeld dat deze geschiktheidseis onvoldoende samenhangt met de in artikel 48 van de Richtlijn opgesomde factoren betreffende technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid. Om die reden is sprake van een ongeoorloofde geschiktheidseis, aldus het HvJ EU.<sup>93</sup>

In lijn daarmee is in een nationale zaak overwogen dat toetsing of aan de bij de aanbesteding gestelde eisen inzake technische bekwaamheid is voldaan, slechts mogelijk is met behulp van de in artikel 49 Bao (en in artikel 48 van de Richtlijn) genoemde toetsingsinstrumenten c.q. bewijsmiddelen. De stelling van een inschrijver dat de grenzen van de in artikel 49 Bao neergelegde toetsingscriteria te buiten worden gegaan door te eisen dat de referenties betrekking hebben op reeds voltooide diensten, is dan ook volgens het Hof Den Bosch onjuist. Uit de redactie van artikel 49 Bao blijkt dat het ook wat betreft diensten moet gaan om verrichtingen die voltooid waren op het moment dat de referentie werd verstrekt. Volgens die bepaling kunnen ondernemers hun technische bekwaamheid ter zake van de te leveren diensten ‘aantonen aan de hand van een lijst van de voornaamste leveringen of diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren’. Uit de woorden ‘afgelopen’, ‘werden’ en ‘waren’ blijkt dat het hier gaat om diensten die reeds waren voltooid, aldus het hof.<sup>94</sup>

In dezelfde zaak kwam aan de orde dat geschiktheidseisen proportioneel dienen te zijn. Ook aan dat beginsel is volgens het hof voldaan. De aanbestedende dienst had namelijk (onbestreden) aangevoerd dat hij eerder geconfronteerd

86 Vزر. Rb. Arnhem 15 maart 2012, LJN: BW0573 en LJN: BW0577.

87 Vزر. Rb. Arnhem 17 juli 2012, LJN: BX4570.

88 Zie ook Vزر. Rb. Utrecht 22 februari 2012, LJN: BV6410 en Vزر. Rb. Rotterdam 2 augustus 2012, LJN: BX3795.

89 Hof Den Haag 17 juli 2012, LJN: BX1330 en in eerste aanleg Vزر. Rb. Den Haag 5 maart 2012, LJN: BV8395.

90 Vزر. Rb. Utrecht 22 februari 2012, LJN: BV6410.

91 Hof Arnhem 30 oktober 2012, LJN: BY2248.

92 Vزر. Rb. Rotterdam 2 april 2012, LJN: BW5803. Zie ook Vزر. Rb. Arnhem 15 maart 2012, LJN: BW0573 en LJN: BW0577.

93 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10.

94 Hof Den Bosch 17 januari 2012, LJN: BV1472.

is geweest met dienstverrichtingen die tegen het einde van de overeengekomen periode – op een moment dat duidelijk was dat de desbetreffende dienstverlener in de eerstvolgende periode de dienst niet zou mogen verrichten – minder zorgvuldig werden verricht, en dat hij daarom van belang achtte dat de referenties betrekking hadden op voltooide dienstverrichtingen. Het hof acht dit geheel in overeenstemming met het doel waarvoor referenties worden gevraagd, te weten het vaststellen van de bekwaamheid van de inschrijver.

Het hof oordeelt ten slotte in deze zaak dat de geschiktheidseisen ook niet in strijd zijn met het non-discriminatie- en gelijkheidsbeginsel. De stelling van de inschrijver dat het gevolg van de gehanteerde referentie-eis is dat bedrijven die jonger zijn dan ongeveer vier jaar worden uitgesloten van deelname aan deze aanbesteding maakt dat niet anders. Bij ervaringseisen is het volgens het hof onvermijdelijk dat inschrijvers een zekere ervaring moeten hebben opgedaan en dus al enige tijd moeten hebben bestaan om aan die ervaringseis te kunnen voldoen. Het verschil dat op deze manier bestaat tussen net beginnende bedrijven en bedrijven met ervaring is, gelet op het feit dat de in dit geval verlangde ervaring passend is met het oog op de te verrichten dienst, dan ook niet als discriminatoir aan te merken. Het gemaakte onderscheid is relevant en is om die reden ook niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel, aldus het hof.

Het stellen van een eis betreffende een milieumanagement-systeem wordt toelaatbaar geacht. De enkele stelling van eiseres dat zonder deze eis de kring van gegadigden die op de opdracht hadden willen inschrijven mogelijk groter was geweest, is onvoldoende voor de vaststelling dat de daadwerkelijke mededinging in gevaar zou zijn. De voorzieningenrechter overweegt dat duurzaamheid een steeds belangrijker rol speelt binnen overheidsaanbestedingen, zodat duurzaamheidseisen ook in de markt gebruikelijke eisen zijn. Omdat de aanbestedende dienst de inschrijvers bovendien had toegezegd dat zij twee jaar de tijd kregen om over een ISO 14001-certificaat te beschikken, is de daadwerkelijke mededinging niet in gevaar. Het thans nog niet beschikken over een dergelijk certificaat behoeft inschrijvers er immers niet van te weerhouden om in te schrijven.<sup>95</sup>

In artikel 48 lid 1 aanhef en onder c Bao is bepaald dat een ondernemer zijn financiële en economische draagkracht kan aantonen door het overleggen van een omzetverklaring over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren. Op grond van die bepaling is de datum waarop de opdracht is aangekondigd bepalend voor de uitleg van de zinsnede ‘de laatste drie beschikbare boekjaren’. Nu de opdracht op 24 januari 2012 is aangekondigd en niet aannemelijk was dat op dat moment al omzetcijfers met betrekking tot

het jaar 2011 bekend konden zijn, heeft de aanbestedende dienst op goede gronden de omzeteis ter zake van de jaren 2008 tot en met 2010 kunnen stellen. Van strijd met het bepaalde in artikel 48 Bao is dan ook geen sprake.<sup>96</sup>

Indien in een aanbesteding van een raamcontract met een totale opdrachtwaarde van € 4 miljoen een verzekerings-eis van € 1 miljoen dekking per risico wordt gesteld, dan brengt het feit dat de schade als gevolg van een beroepsfout meer dan € 1 miljoen kan bedragen met zich dat die verzekeringseis niet disproportioneel wordt geacht.<sup>97</sup>

#### *Transparantie geschiktheidseisen/selectiecriteria en beoordelingsmethodiek*

De geschiktheidseis, inhoudende dat inschrijvers dienen aan te geven wat zij doen om de koffiemarkt duurzamer te maken en hoe zij bijdragen aan een vanuit ecologisch, maatschappelijk en economisch opzicht gezonde koffieproductie, is in strijd met het transparantiebeginsel. Met de gekozen formulering is het namelijk niet zeker wat precies wordt bedoeld met ‘duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen’ en ‘bijdragen aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie’. Nu deze terminologie niet dermate duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig is, dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver met zekerheid en volledig kan weten welke criteria door die vereisten worden gedekt (de Succhi di Frutta-norm), is sprake van strijdigheid met het transparantiebeginsel.<sup>98</sup>

Op grond van deze Succhi di Frutta-norm dienen inschrijvers dan ook in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht te kunnen hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsvindt.<sup>99</sup>

Bij de uitleg van de geschiktheidseisen moet verder de zogenaamde cao-norm worden toegepast. Dat betekent dat de betreffende bepalingen naar objectieve maatstaven moeten worden uitgelegd en dat de bewoordingen van die bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingsstukken, van doorslaggevende betekenis zijn.<sup>100</sup> Omdat de tekst spreekt van ‘een betonconstructie’ en niet van ‘één betonconstructie’ is niet van belang of de vijf bergbezinkstations, welke in het kader van het

95 V.zr. Rb. Rotterdam 26 maart 2012, LJN: BW5773.

96 V.zr. Rb. Den Haag 26 juni 2012, LJN: BX1122.

97 V.zr. Rb. Utrecht 16 november 2012, LJN: BY3469.

98 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10.

99 V.zr. Rb. Dordrecht 20 november 2012, LJN: BY3491, Rb. Utrecht 14 november 2012, LJN: BY5823, V.zr. Rb. Den Haag 13 november 2012, LJN: BY5065, V.zr. Rb. Den Haag 2 oktober 2012, LJN: BY5226 en LJN: BY5295, V.zr. Rb. Den Haag 12 september 2012, LJN: BX8643, V.zr. Rb. Utrecht 7 september 2012, LJN: BX6236, V.zr. Rb. Den Bosch 10 juli 2012, LJN: BX2394, V.zr. Rb. Leeuwarden 5 juli 2012, LJN: BX2163.

100 Zie ook V.zr. Rb. Utrecht 16 november 2012, LJN: BY3469, V.zr. Rb. Den Haag 14 augustus 2012, LJN: BX7535, V.zr. Rb. Assen 2 april 2012, LJN: BW4855, V.zr. Rb. Zwolle 29 maart 2012, LJN: BW1043, V.zr. Rb. Den Bosch 27 maart 2012, LJN: BW0035.

opgevoerde referentiewerk zijn gerealiseerd, al dan niet als één betonconstructie zijn aan te merken. Dat wordt immers niet geëist, aldus het hof.<sup>101</sup>

Gelet op deze cao-norm past bij de uitleg van een geschiktheidseis niet dat de gestelde eis, dat ieder van de combinanten ten minste één van de gevraagde certificaten moet bezitten, wetsconform (in overeenstemming met artikel 49 lid 3 en 4 Bao) zou moeten worden uitgelegd. Wat de aanbestedende dienst klaarblijkelijk heeft bedoeld, te weten dat de onderneming die daadwerkelijk het vervoer verricht, zou moeten beschikken over de vereiste certificaten, staat nu eenmaal niet in het aanbestedingsdocument. Van een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver mag volgens het Hof Leeuwarden ook niet worden verwacht dat zij juridisch geschoold zijn en teksten in het aanbestedingsdocument leggen naast de – zich tot aanbestedende diensten richtende – complexe regelgeving en jurisprudentie betreffende de wijze waarop een aanbesteding vorm moet worden gegeven.<sup>102</sup>

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

Onder omstandigheden mag een aanbestedende dienst een geschiktheidseis lopende de aanbesteding wijzigen. De Alkmaarse voorzieningenrechter acht het van belang dat deze wijziging in de nota van inlichtingen (en dus voordat de inschrijvingstermijn was verlopen) is bekendgemaakt en dat de aanbestedende dienst heeft kunnen nagaan dat de nota van inlichtingen door alle geïnteresseerden is gedownload. Een vergelijking met het Wienstrom-arrest gaat volgens deze rechter niet op, omdat het in dat arrest ging om nietigverklaring van een gunningscriterium nádat de inschrijvingen door de aanbestedende dienst waren geopend.<sup>103</sup> Die situatie is hier niet aan de orde. Op grond hiervan is niet aannemelijk dat een van de inschrijvers door de wijziging benadeeld zou kunnen zijn, omdat alle inschrijvers hun inschrijvingen op dezelfde (deels aangepaste) gunningscriteria hebben kunnen baseren.<sup>104</sup>

Als bij wijze van rectificatie een hernieuwde publicatie heeft plaatsgevonden en vervolgens de wettelijke termijn van 40 dagen tussen aankondiging en inschrijving opnieuw in acht is genomen, is het wijzigen c.q. ecarteren van een geschiktheidseis lopende de aanbesteding volgens de Haagse voorzieningenrechter toegestaan. Een vergelijking met het Koffie-arrest gaat niet op, omdat in dat arrest ten aanzien van de nader gestelde eisen (de toevoeging ‘of gelijkwaardig’ bij nota van inlichtingen) aan deelnemende partijen van de aanbestedingsprocedure een korte termijn van slechts zes dagen was gegund om daarop te reageren.<sup>105</sup>

Dat aanvankelijk afhakende potentiële inschrijvers geen kennis hadden kunnen nemen van de hernieuwde aankondiging is niet gebleken, omdat in de rectificatie staat dat de aanbestedingsdocumenten te downloaden zijn via [www.aanbestedingskalender.nl](http://www.aanbestedingskalender.nl). Van oplettende potentiële inschrijvers op een aan te besteden opdracht mag worden verwacht dat zij op deze wijze op de hoogte zijn, dan wel hadden kunnen zijn van de hernieuwde publicatie.<sup>106</sup>

*Beroep op derden/onderaannemers*

Als de aanbestedende dienst niet wil dat door middel van een geconsolideerde jaarrekening, waarin cijfers van verschillende vennootschappen die individueel minder solide zijn, wordt aangetoond dat wordt voldaan aan de financieel-economische geschiktheidseisen, dan dient hij dat te bepalen in de betreffende geschiktheidseis. Dat kan worden volstaan met het overleggen van geconsolideerde cijfers wordt overigens ook ondersteund door artikel 3.8 ARW 2005, waarin is opgenomen dat een ondernemer zich kan beroepen op de draagkracht van andere rechtspersonen ongeacht de juridische aard van zijn banden met die rechtspersonen. De ondernemer moet in dat geval aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke (financiële) middelen van die rechtspersoon. In dit onderdeel van het ARW 2005 is vervolgens niet vermeld dat bij een dergelijk beroep enkel individuele cijfers mogen worden overgelegd om aan te tonen dat er voldoende financiële en economische draagkracht bestaat voor het uitvoeren de opdracht.<sup>107</sup>

Indien een inschrijver voor het voldoen aan de omzeteis een beroep heeft gedaan op een derde die vervolgens failliet gaat, dan kan het feit dat het failliete bedrijf een doorstart heeft gemaakt (en is voortgezet door een ander bedrijf) niet met zich brengen dat alsnog aan deze eis wordt voldaan. De omzeteis betekent immers dat in de laatste drie jaren een bepaalde omzet moest worden gehaald. Omdat die derde nog geen drie jaar bestond, wordt derhalve niet voldaan aan de gestelde eis.<sup>108</sup>

De aanbestedende dienst had in het kader van de nota van inlichtingen kenbaar gemaakt dat als een beroep wordt gedaan op de ervaring van een derde die onderdeel uitmaakt van de holding, deze niet als onderaannemer hoeft te worden ingezet. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda oordeelt dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver het antwoord in de nota van inlichtingen niet zodanig mag interpreteren dat tevens een beroep op de bekwaamheid van een zustermaatschappij mag worden gedaan zonder deze als onderaannemer in te zetten. Dat volgt uit het feit dat de vennootschapsrechtelijke invloed van een holding in een dochtervennootschap volgens deze rechter niet vergelijkbaar is met die van zus-

101 Hof Arnhem 30 oktober 2012, LJN: BY2248.

102 Hof Leeuwarden 20 november 2012, LJN: BY3635 en in eerste aanleg Vzr. Rb. Zwolle 27 juni 2012, LJN: BW9819.

103 HvJEG 4 december 2003, C-448-01 (Wienstrom-arrest).

104 Vzr. Rb. Alkmaar 23 augustus 2012, LJN: BY1651.

105 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (Koffie-arrest).

106 Vzr. Rb. Den Haag 12 september 2012, LJN: BX8643.

107 Vzr. Rb. Den Haag 2 februari 2012, LJN: BV7532.

108 Vzr. Rb. Assen 2 april 2012, LJN: BW4855.



tervennootschappen onderling.<sup>109</sup>

## 11. Gunningscriteria/eisen en beoordelingsmethodiek

### *Algemeen*

Een aanbestedende dienst, die de eerdere inschrijvers wegens een fout in de aanbesteding verzoekt om een tweede keer in te schrijven op dezelfde aanbesteding, kan de eis dat een model K-verklaring moet worden overgelegd niet zo uitleggen dat deze verklaring door inschrijvers kan worden hergebruikt. Het toestaan om terug te vallen op de model K-verklaring van de eerste inschrijving strookt niet met het doel van deze eis.<sup>110</sup>

### *Toelaatbaarheid gunningscriteria en eisen en beoordelingsmethodiek*

In het in deze kroniek al eerder besproken Koffie-arrest komt (ook) de vraag aan bod of het is toegestaan dat de aanbestedende dienst in het kader van de gunning punten toekent aan het feit dat de ‘ingrediënten’ (te weten suiker, melkpoeder en cacao) ‘indien mogelijk’ aan het EKO-en/of Max Havelaar-keurmerk voldoen. Het HvJ EU overweegt dat het is toegestaan dat een aanbestedende dienst in het kader van de vaststelling van de economisch meest voordelige inschrijving ecologische en sociale overwegingen in de beschouwing betreft. Ook in dit kader dienen die criteria verband te houden met het voorwerp van de opdracht, hetgeen het geval was. Het gunningscriterium is echter ongeoorloofd, omdat een enkele verwijzing naar een keurmerk (in plaats van een omschrijving van de specificaties) niet is toegestaan, nu dit in strijd is met artikel 53 lid 1 sub a van de Richtlijn.<sup>111</sup>

Aanbestedende diensten komt bij de vaststelling van de (sub)gunningscriteria een ruime mate van beleidsvrijheid toe.<sup>112</sup> Bovendien is het bij het emvi-criterium niet een verplichting dat de voordeligste aanbieder met de beste prijs per definitie de winnende inschrijving doet. Juist bij het emvi-criterium mogen ook andere, kwaliteitsaspecten, worden meegewogen.<sup>113</sup>

Met name bij opdrachten voor diensten (het betrof hier een 2B-dienst) schiet het strikte onderscheid dat geschiktheidseisen betrekking moeten hebben op de kwaliteit van de inschrijver en gunningscriteria op de kwaliteit van de inschrijving zijn doel voorbij. De gunningscriteria ‘organisatie productieselectieproces’ en ‘organisatie verspreiding hulpmiddelen’ worden om die reden toelaatbaar geacht. Hetzelfde geldt voor het gunningscri-

terium ‘presentatie’. Dat volgt uit het feit dat de manier waarop de inschrijver zijn cliënten benadert (het betrof hier dienstverlening in het kader van de Wmo-hulpmiddelenverstrekking) een belangrijke rol speelt in het kader van de beoordeling van de kwaliteit van de dienstverlening. Door middel van een presentatie kunnen de inschrijvers laten zien hoe zij hiermee omgaan. De personen die de presentatie moeten geven zijn de functionarissen die geacht moeten worden zich in de praktijk met deze aspecten bezig te houden.<sup>114</sup>

### *Transparantie gunningscriteria en 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.<sup>115</sup>

In dat kader achten voorzieningenrechtshouders het van belang dat de betreffende aanbestedingsstukken en de daarin genoemde eisen – waarover eventueel onduidelijkheid zou bestaan – dienen te worden gelezen in het licht van de bewoordingen van alle aanbestedingsstukken. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld (de cao-norm).<sup>116</sup>

De bedoelingen van de aanbestedende dienst zijn op grond van deze cao-norm dan ook alleen van belang als deze uit de aanbestedingsdocumenten en de toelichting kenbaar zijn. Op grond hiervan oordeelt het Hof Arnhem dat in een aanbesteding waarbij drie inschrijvingen ten opzichte

109 V.zr. Rb. Breda 13 december 2012, 255909 / KG ZA 12-597, n.n.g.

110 V.zr. Rb. Den Haag 25 juli 2012, LJN: BX3356.

111 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10.

112 Zie het Gerecht 24 april 2012, T-554/08 en zie ook V.zr. Rb. Den Haag 30 oktober 2012, LJN: BY4999 en V.zr. Rb. Groningen 1 februari 2012, LJN: BV3104.

113 Hof Leeuwarden 5 juni 2012, LJN: BW7551.

114 V.zr. Rb. Rotterdam 26 maart 2012, LJN: BW5773.

115 V.zr. Rb. Dordrecht 18 oktober 2012, LJN: BY0431, V.zr. Rb. Breda 26 september 2012, LJN: BX9177, V.zr. Rb. Den Haag 18 september 2012, LJN: BY5228, V.zr. Rb. Utrecht 1 augustus 2012, LJN: BX3372, V.zr. Rb. Den Haag 25 juli 2012, LJN: BX3356, V.zr. Rb. Den Bosch 18 juni 2012, LJN: BW8668, V.zr. Rb. Haarlem 14 juni 2012, LJN: BX0160, V.zr. Rb. Almelo 4 juni 2012, LJN: BW7664, V.zr. Rb. Den Haag 16 mei 2012, LJN: BW6515, V.zr. Rb. Dordrecht 15 maart 2012, LJN: BV8860, V.zr. Rb. Den Haag 13 februari 2012, LJN: BV7746, V.zr. Rb. Groningen 1 februari 2012, LJN: BV3104.

116 V.zr. Rb. Zwolle 12 november 2012, LJN: BY3162, V.zr. Rb. Amsterdam 21 september 2012, LJN: BX9050, V.zr. Rb. Amsterdam 9 juli 2012, LJN: BX2084, V.zr. Rb. Almelo 4 juni 2012, LJN: BW7541, V.zr. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, LJN: BX3388, V.zr. Rb. Amsterdam 27 januari 2012, LJN: BV3081.

van elkaar worden beoordeeld ('relatieve beoordelingssystematiek') niet als regel voortvloeit dat een (na verificatie gebleken) ongeldige inschrijving geen rol meer mag spelen in de beoordeling van de resterende inschrijvingen. Bij gebreke van zo'n algemene regel had de aanbestedende dienst dit tot uitdrukking moeten brengen in de aanbestedingsdocumenten. Daarbij acht het hof het van belang dat de vraag wie er bij drie gegadigden als eerste, tweede of derde uit de bus komt, anders kan uitpakken dan bij twee gegadigden. Dat volgt uit de gehanteerde gunningssystematiek waarbij de beste inschrijver op een bepaalde wens de maximale score van tien punten ontvangt en de inschrijver die het slechtste scoort één punt ontvangt en de overige inschrijvers een score daartussenin. Als deze systematiek wordt toegepast op twee inschrijvers leidt dat ertoe dat een inschrijver uitsluitend de score één of tien kan halen, ongeacht het verschil tussen beide inschrijvers. Om die reden is er voor een herberekening geen ruimte.<sup>117</sup> Kort na dit arrest overweegt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem dat na ongeldig verklaren van de winnaar er een herbeoordeling van de overgebleven inschrijvingen moet plaatsvinden.<sup>118</sup>

Voor de normaal oplettende en behoorlijk geïnformeerde inschrijver moet duidelijk zijn dat als uit de formulering van het aanbestedingsdocument blijkt dat er gescoord kan worden op bepaalde criteria deze criteria als wensen kwalificeren en niet als eisen waarop alleen met ja of nee kan worden beantwoord. Dat een inschrijver een zeer lage score heeft gehaald op die wensen maakt dan ook niet dat haar inschrijving ongeldig is.<sup>119</sup>

Het gunningscriterium 'presentatie,' dat gehanteerd is in het kader van een (2B-)dienstverleningsopdracht, is voldoende transparant op het moment dat de beoordelingsaspecten van tevoren bekend zijn gemaakt, de personen die de presentatie moeten uitvoeren zijn genoemd en de beoordeling wordt uitgevoerd door een team van ter zake deskundigen. De enkele stelling dat een zelfstandige beoordeling van de presentatie in de praktijk meestal neerkomt op beoordeling van de presentator (hetgeen meestal niet objectief is) is volgens de rechter onvoldoende om te oordelen dat de aanbestedende dienst het transparantiebeginsel heeft geschonden.<sup>120</sup>

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

Uit het al meermaals in deze kroniek aangehaalde Koffie-arrest blijkt dat milieubelangen zonder meer een rol mogen spelen bij (onder meer) de gunningscriteria, mits niet enkel wordt verwezen naar een milieukeur (bijvoorbeeld EKO), maar de specificaties waaraan moet zijn voldaan, zijn omschreven. De aanbestedende dienst kan in dat geval

als bewijsmiddel een bepaald milieukeur accepteren. Het is dan echter wel van belang dat direct al in de aankondiging de toevoeging 'of gelijkwaardig' wordt opgenomen en niet pas bij nota van inlichtingen. Een dergelijke aanvulling is (onder omstandigheden) te laat, aldus het HvJ EU.<sup>121</sup>

Het duiden en waarden van concrete verschillen tussen aanbiedingen van inschrijvers leidt niet automatisch tot het introduceren van nieuwe gunningscriteria.<sup>122</sup> Hiervan is volgens de rechter slechts sprake als een inschrijver een bepaalde (concrete) toepassing van de gunningscriteria niet behoefte te verwachten en die (concrete) toepassing van de gunningscriteria – als zij vooraf bekend was geweest – ook tot andere aanbiedingen had geleid.<sup>123</sup>

Een aanbestedende dienst is namelijk gehouden om een inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen, omdat anders in strijd zou worden gehandeld met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel, waarmee elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen.<sup>124</sup>

Toch zijn er kennelijk bijzondere omstandigheden denkbaar op grond waarvan een rechter het geen bezwaar vindt dat een eis na inschrijving anders wordt geïnterpreteerd dan zich vooraf liet aanzien. Dat was aan de orde in een zaak waarin in het kader van de gunningscriteria een eis was gesteld tot het aangesloten zijn op een communicatiesysteem. De betreffende inschrijver (een gevolmachtigd agent) had bij de uitvoering van de opdracht het communicatiesysteem helemaal niet nodig. De aanbestedende dienst erkende vervolgens ter zitting dat in dit specifieke geval de betreffende eis niet geldt en dat de ongeclausuleerde eis voortvloeit uit het feit dat de aanbestedingsdocumenten er niet op zijn toegesneden dat is ingeschreven door een gevolmachtigd agent namens verzekeraars in plaats van door die verzekeraars zelf. Om die reden oordeelt de rechter dat aan deze inschrijver alsnog tien punten behoren te worden toegekend voor die eis op grond waarvan de opdracht aan haar zou moeten worden gegund.<sup>125</sup>

Het ecarteren van een eis waardoor de belangrijkste voorwaarden van de opdracht worden gewijzigd is echter niet toegestaan, indien belanghebbende marktdeelnemers zich rechtmatig hebben gebaseerd op die voorwaarden voor hun beslissing om een offerte voor te bereiden of juist van deelneming aan de betrokken aanbestedings-

117 Hof Arnhem 9 oktober 2012, LJN: BX9806.

118 Vzr. Rb. Arnhem 13 december 2012, LJN: BY8408.

119 Vzr. Rb. Amsterdam 20 januari 2012, LJN: BX3384.

120 Vzr. Rb. Rotterdam 26 maart 2012, LJN: BW5773.

121 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10. Zie voor een nadere uitwerking het onderwerp technische specificaties in deze kroniek.

122 Zie ook het Gerecht 12 juli 2012, T-476/07, waarin evenmin sprake was van een nieuw gunningscriterium, maar slechts van een (niet van tevoren bekendgemaakte) rekenmethode die was gebruikt om tot een (wel van tevoren bekendgemaakte) scoretoekenning te komen.

123 Vzr. Rb. Amsterdam 7 juni 2012, LJN: BW7787 en Vzr. Rb. Amsterdam 21 februari 2012, LJN: BV8489; zie ook Vzr. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN: BW5760.

124 Hof Den Haag 21 februari 2012, LJN: BV6808.

125 Vzr. Rb. Arnhem 3 februari 2012, LJN: BV6312.

procedure af te zien.<sup>126</sup> Een aanbestedende dienst, die de eerdere inschrijvers wegens een fout in de aanbesteding verzoekt om een tweede keer in te schrijven op dezelfde aanbesteding, kan de eis uit de eerdere aanbesteding dat een model K-verklaring moet worden overgelegd niet laten vervallen. Dit betekent dat de inschrijvers op de heraanbesteding opnieuw een K-verklaring moeten indienen. Niet valt uit te sluiten dat marktdeelnemers hebben besloten om (in het kader van de eerste inschrijving) van deelneming af te zien terwijl zij wel zouden hebben deelgenomen indien zij op de hoogte waren geweest van het laten vallen van de eis tot het overleggen van een model K-verklaring.<sup>127</sup>

Een (potentiële) inschrijver die via een kort geding tracht te bewerkstelligen dat de aanbestedende dienst het bestek in een lopende aanbesteding zodanig aanpast dat ook een lantaarn die is opgebouwd uit meerdere delen kan meedingen naar de opdracht, slaagt daar niet in. Door de eis dat de lantaarn uit één stuk moet zijn, wordt enerzijds de mededinging niet beperkt en anderzijds houdt de eis voldoende verband met de opdracht en is voorts objectief gerechtvaardigd.<sup>128</sup>

## 12. Technische specificaties

Spraakmakend het afgelopen jaar was natuurlijk het zogenaamde Koffie-arrest van het HvJ EU dat op meerdere plaatsen in deze kroniek wordt besproken.<sup>129</sup>

Een van de onderwerpen die in het arrest aan de orde kwam was het begrip ‘technische specificaties’. Het HvJ EU oordeelt in de eerste plaats dat het keurmerk EKO (dat wil zeggen dat het product afkomstig is uit de biologische landbouw) een ‘milieukeur’ is in de zin van artikel 23 lid 6 van de Richtlijn (dat correspondeert met artikel 23 lid 8 Bao). Aan die milieukeur had de provincie Noord-Holland een eis verbonden, namelijk dat de te leveren koffie en thee van het EKO-keurmerk of een gelijkwaardig keurmerk moesten zijn voorzien, een technische specificatie derhalve.

Het HvJ EU vervolgt dat de technische specificaties de inschrijvers gelijke toegang moeten bieden en niet tot gevolg mogen hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden geschapen, dat zij zo nauwkeurig zijn dat de inschrijvers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen en de aanbestedende diensten de opdracht kunnen gunnen en dat zij duidelijk moeten worden aangegeven, zodat alle inschrijvers weten waarop de door de aanbestedende dienst gestelde eisen betrekking hebben.

Dat betekent dat als de aanbestedende dienst gedetailleerde milieukeurmerken wil opleggen hij deze ook gedetailleerd moet vermelden in de aanbestedingsdocumentatie en niet

mag verwijzen naar een keurmerk. Dat is volgens het Hof geenszins een overdreven formalisme (om dat van aanbestedende diensten te eisen) maar het is zelfs onmisbaar voor de inschrijvers, zodat zij zich kunnen baseren op één officieel document dat afkomstig is van de aanbestedende dienst zonder dat zij zelf de informatie moeten opzoeken waarbij het ook nog mogelijk is dat de criteria voor een milieukeur met de tijd veranderen.

De eis dat bepaalde te leveren producten van een bepaalde milieukeur zijn voorzien in plaats van de gedetailleerde specificaties te beschrijven levert dan ook een met artikel 23 lid 6 Richtlijn (artikel 23 lid 8 Bao) onverenigbare technische specificatie op.

De nationale jurisprudentie over technische specificaties en hun al dan niet discriminatoire karakter is schaars.

In een Maastrichts vonnis in een aanbesteding van levering van straatlantaarns overweegt de voorzieningenrechter het volgende:

“Voorop staat dat de aanbestedende dienst de technische specificaties formuleert en dat dit geschiedt in termen van prestatie-eisen of functionele eisen, die zodanig nauwkeurig bepaald zijn dat de inschrijvers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen. De opgestelde specificaties moeten het mogelijk maken dat een diversiteit aan technische oplossingen aangeboden kan worden. Daarbij geldt evenwel dat het niet op voorhand uitgesloten is dat het in overeenstemming kan zijn met de wet- en regelgeving van het aanbestedingsrecht als een bestek slechts tot de inschrijving van één of enkele aanbieders zou leiden en inschrijvers met gelijkwaardige oplossingen worden geweerd. Het bestek moet in zo’n geval voldoen aan de voorwaarde dat de eis die leidt tot uitsluiting van (nagenoeg) alle aanbieders op één of enkele na, objectief gerechtvaardigd wordt door het voorwerp van de aanbesteding.”

De voorzieningenrechter concludeert – na een aantal uitgebreide overwegingen – dat de mededinging door het eisen van een lantaarn uit één stuk niet wordt beperkt en dat de eis van een lantaarn uit één stuk verband houdt met de opdracht en dat deze eis objectief gerechtvaardigd is.<sup>130</sup>

In een andere uitspraak, ditmaal van de Haagse rechtbank, wordt het beroep op artikel 23 lid 11 Bao en de daarin opgenomen rechtvaardigingsgrond (waarin kortweg is bepaald dat de aanbestedende dienst geen melding maakt van een bepaald fabricaat of verwijzing naar een merk, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoorreed of geëlimineerd, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht wordt gerechtvaardigd) gehonoreerd. Primair was het standpunt van de betreffende aanbestedende dienst dat de eis dat het beoogde ICT-personeel expertise moest hebben met SAP-software was gesteld in het perceel waar geen producten waren

126 Zie Vزر. Rb. Den Haag 27 maart 2012, LJN: BW0018.

127 Vزر. Rb. Den Haag 25 juli 2012, LJN: BX3356.

128 Vزر. Rb. Maastricht 19 juli 2012, LJN: BX2323.

129 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10.

130 Vزر. Rb. Maastricht 19 juli 2012, LJN: BX2323.

uitgevraagd, maar ICT-diensten, zodat in dat perceel geen sprake is van het opnemen van technische specificaties. Subsidiair was het betoog dat artikel 23 lid 11 van toepassing was omdat de gevraagde ervaring relevant was voor het uitvoeren van de desbetreffende implementatiewerkzaamheden. Die expertise was immers onontbeerlijk voor de verbouwing van het op SAP-software gebaseerde systeem. In dat verweer gaat de rechtbank mee.<sup>131</sup>

### 13. Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden

In het in de vorige paragraaf genoemde Koffie-arrest kwam ook het begrip uitvoeringsvoorwaarde aan de orde.<sup>132</sup>

De vraag was of het keurmerk Max Havelaar dat aan producten wordt toegekend een technische specificatie is of een uitvoeringsvoorwaarde. Het HvJ EU stelt vast dat de toekenning van het keurmerk onder vier criteria geschiedt: de betaalde prijs moet alle kosten dekken, de prijs moet een toeslag op de marktkoersen bevatten, de productie moet worden voorgefinancierd en de importeur moet een langdurige handelsrelatie met de producenten hebben. Dit zijn dus geen kenmerken van het product zelf of van de vervaardiging, de verpakking of het gebruik van het product, maar het zijn voorwaarden waaronder de leverancier ze van de producent heeft betrokken.

Artikel 26 Richtlijn (gelijkluidend aan artikel 26 Bao) dat betrekking heeft op uitvoeringsvoorwaarden bepaalt dat de voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd onder meer verband kunnen houden met sociale overwegingen. De eis dat de te leveren koffie en thee afkomstig zijn van kleine producenten in ontwikkelingslanden waarmee voor hen gunstige handelsrelaties tot stand zijn gebracht, valt onder dergelijke overwegingen. Volgens het Hof zou de rechtmatigheid van een dergelijke voorwaarde dus aan artikel 26 moeten worden getoetst. Echter, de Commissie had zich bij haar bezwaar tegen het Max Havelaar-keurmerk uitsluitend gebaseerd op artikel 23 Richtlijn en kon niet meer pas in replek haar bezwaar op artikel 26 Richtlijn baseren. Het Hof komt niet meer aan een inhoudelijke beoordeling van deze eis toe.

### 14. (On)geldigheid c.q. terzijdelegging van inschrijvingen

#### *(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 vanwege het gelijkheidsbeginsel ongeldig.<sup>133</sup> 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.<sup>134</sup> In dat geval is het bieden van een herstelkans niet aan de orde. Verder mag de aanbestedende dienst bij de beoordeling of sprake is van een geldige inschrijving/aanmelding in principe slechts afgaan op hetgeen daarin staat vermeld.<sup>135</sup> Dit impliceert dat niet van belang is of een inschrijver op zichzelf voldoet c.q. kan voldoen en dat geen rekening kan worden gehouden met eventuele bij de aanbestedende dienst aanwezige kennis daaromtrent. Bovendien mag de aanbestedende dienst in beginsel uitgaan van de juistheid van de verklaring van de inschrijver/gedagide.<sup>136</sup> Slechts bij gegronde aanwijzingen dat niet kan worden voldaan, rust op de aanbestedende dienst een nadere onderzoeksplicht. Het uiten van enkel vermoedens (die in deze zaak werden gebaseerd op onder andere een uittreksel uit het handelsregister), is daarvoor echter onvoldoende.<sup>137</sup>

Het voorgaande geldt niet alleen voor (Europese) aanbestedingsprocedures van 'officiële' aanbestedende diensten, maar in principe ook voor vrijwillig gekozen offerte-procedures van 'private' aanbesteders.<sup>138</sup>

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. Voor zover wij dat hebben kunnen nagaan leidt de geconstateerde ongeldigheid in alle gevallen tot afwijzing van de vorderingen van de desbetreffende inschrijver en dus niet, zoals in het verleden wel voorkwam, tot niet-ontvankelijkverklaring. Daartoe redeneert de Haagse voorzieningenrechter dat een ongeldige inschrijving als niet-gedaan moet worden beschouwd, zodat deze geen deel (meer) uitmaakt van de aanbestedingsprocedure en de ongeldige inschrijver geen belang (meer) heeft bij zijn vorderingen.<sup>139</sup> Het Hof Leeuwarden oordeelt dat de ongeldige inschrijver op zich geen belang meer heeft bij toetsing van de gehele aanbestedingsprocedure, maar dit lijdt uitzondering voor de bepalingen op grond waarvan zijn inschrijving ongeldig is verklaard. Indien die bepalingen in strijd zijn met het aanbestedingsrecht, dan geldt dit ook voor de daarop gefundeerde ongeldigheid van de inschrijving.<sup>140</sup> Daarnaast kan een ongeldige inschrijver zich verzetten tegen gunning aan een concurrent die eveneens een ongeldige inschrijving

131 Rb. Den Haag 14 november 2012, LJN: BY3967.

132 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10.

133 Vzr. Rb. Maastricht 27 april 2012, LJN: BW5172.

134 Anders: Vzr. Rb. Arnhem 15 maart 2012, LJN: BW0573; Vzr. Rb. Arnhem 15 maart 2012, LJN: BW0577; Vzr. Rb. Den Haag 16 april 2012, LJN: BW2477.

135 Vzr. Rb. Den Haag 30 augustus 2012, LJN: BX6099.

136 Vzr. Rb. Rotterdam 24 februari 2012, LJN: BV7307; Vzr. Rb. Rotterdam 2 april 2012, LJN: BW5803. In enigszins vergelijkbare zin: Vzr. Rb. Amsterdam 21 februari 2012, LJN: BV8489.

137 Vzr. Rb. Den Haag 9 juli 2012, LJN: BX2142; Hof Den Haag 17 juli 2012, LJN: BX1330 (onderzoeksplicht i.v.m. omzeteis). Vgl. ook Vzr. Rb. Den Haag 20 juli 2012, LJN: BX3360.

138 Vzr. Rb. Rotterdam 31 januari 2012, LJN: BW3238; Vzr. Rb. Breda 26 september 2012, LJN: BX9177 (aanbesteding door zorgkantoor).

139 Vzr. Rb. Den Haag 22 februari 2012, LJN: BV8382. Vgl. ook Vzr. Rb. Den Bosch 18 juni 2012, LJN: BW8668 (ongeldige inschrijver heeft 'geen recht van spreken meer').

140 Hof Leeuwarden 5 juni 2012, LJN: BW7551.

heeft gedaan.<sup>141</sup>

In de vorige kronieken signaleerden wij nog een laatste, min of meer vaste lijn in de jurisprudentie, inhoudende 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 prepareren. In 2012 is echter een aantal uitspraken verschenen op basis waarvan niet langer zeker is dat die praktijk kan worden voortgezet. Zie met name het oordeel van de HR in de zaken Tele2/KPN en Staat en Tele2/KPN en hetgeen wij daarover opmerken in het kader van het onderwerp 'Motiveren gunnings- en intrekkingsbeslissing (Bao en Wira)'.<sup>142</sup> Er zijn echter ook meerdere uitspraken gedaan waarin de 'oude' lijn nog wordt toegepast, maar die dateren (meestal) van vóór de eerder genoemde arresten van de HR.<sup>143</sup> In één zaak werd de aanbestedende dienst toegestaan zich ter zitting op een aanvullende ongeldigheidsreden te beroepen, waarna eiseres bij tussenvonnis in de gelegenheid werd gesteld om zich daarover uit te laten.<sup>144</sup> In het eindvonnis komt de rechter tot de conclusie dat inderdaad sprake is van een niet-besteksconforme inschrijving.<sup>145</sup>

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: niet voldoen aan een omzeteis;<sup>146</sup> overleggen van omzetcijfers en een accountantsverklaring die betrekking hebben op de jaren 2009 t/m 2011, terwijl deze op grond van de eigen verklaring moeten zien op de jaren 2008 t/m 2010;<sup>147</sup> niet voldoen aan de (onrechtmatige) eis dat ieder der combinanten in het bezit moet zijn van een TX-keur of gelijkwaardig certificaat;<sup>148</sup> niet voldoen aan een referentie-eis op het gebied van scheepsarcheologie;<sup>149</sup> overleggen van referenties op basis

waarvan de geëiste omvang niet kan worden vastgesteld, waarna de aanbestedende dienst gebruikmaakt van zijn recht om de referenties te verifiëren, om vervolgens te constateren dat deze niet voldoen;<sup>150</sup> overleggen van een referentie waaruit niet kan worden afgeleid dat deze aan de daaraan gestelde eisen voldoet;<sup>151</sup> ontbreken van geldige tevredenheidsverklaringen betreffende referentiewerken.<sup>152</sup> Onder meer de volgende 'gebreken', die verband houden met de 'materiële/inhoudelijke' eisen waaraan moest worden voldaan, hadden ongeldigheid c.q. terzijdelegging c.q. uitsluiting van verdere deelname aan de aanbesteding tot gevolg: (deels) voorwaardelijk inschrijven;<sup>153</sup> een niet realistische, althans onvoldoende onderbouwde inschrijving daar waar het de gecalculerde prestatienorm betreft;<sup>154</sup> een prijsopgave die niet te herleiden is uit de open begroting;<sup>155</sup> achteraf wijzigen van de inschrijving;<sup>156</sup> niet voldoen aan inhoudelijke/technische (besteks)eisen;<sup>157</sup> in strijd met de aanbestedingssystematiek opvoeren van personeelsuren die betrekking hebben op vergaderservices bij het bedrijfsrestaurant;<sup>158</sup> een vage en dubbelzinnige inschrijving;<sup>159</sup> bij aanvang van de uitvoering van de gegunde opdracht niet beschikken over de vereiste milieuvergunning;<sup>160</sup> ontbreken van bepaalde aanneemsommen in de inschrijving;<sup>161</sup> niet voldoen aan de eis dat de zorgaanbieder de Zorgbrede Governancecode heeft ingevoerd, althans niet voldoen aan de bij die code behorende voorwaarden;<sup>162</sup> in strijd met de gunnings-systematiek verdisconteren van de prijzen van de opties in de totaalprijs van een tankautospuit;<sup>163</sup> in strijd met een uitdrukkelijke besteksbevestiging inschrijven met een

141 Vgl. Vzr. Rb. Den Haag 14 augustus 2012, LJN: BX7535.

142 HR 7 december 2012, LJN: BW9233 en BW9231. In vergelijkbare zin: Vzr. Rb. Maastricht 27 februari 2012, LJN: BV7037.

143 Vzr. Rb. Den Haag 11 mei 2012, LJN: BW6061; Vzr. Rb. Den Bosch 18 juni 2012, LJN: BW8668. Vgl. ook Vzr. Rb. Dordrecht 6 december 2012, LJN: BY6309 (inschrijfter toegelaten tot tweede fase, maar haar inschrijving wordt daarna alsnog ongeldig verklaard wegens het niet voldoen aan de eisen); Vzr. Rb. Den Haag 22 februari 2012, LJN: BV8382 (open begroting stemt niet overeen met prijsopgave).

144 Vzr. Rb. Den Haag 2 april 2012, LJN: BW1268.

145 Vzr. Rb. Den Haag 10 mei 2012, LJN: BW6059.

146 Vzr. Rb. Assen 2 april 2012, LJN: BW4855.

147 Vzr. Rb. Den Haag 26 juni 2012, LJN: BX1122.

148 Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 27 juni 2012, LJN: BW9819. De rechter is van oordeel dat deze eis onder meer in strijd is met de Europese jurisprudentie over het doen van een beroep op de kennis, ervaring en middelen van derden en verbiedt de aanbesteder daarom om de opdracht te gunnen aan de desbetreffende inschrijver.

149 Vzr. Rb. Den Haag 14 augustus 2012, LJN: BX7535.

150 Vzr. Rb. Alkmaar 23 augustus 2012, LJN: BY1651.

151 Vzr. Rb. Den Haag 30 augustus 2012, LJN: BX6099.

152 Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 29 maart 2012, LJN: BW1043.

153 Vzr. Rb. Den Haag 3 februari 2012, LJN: BV7771. In Vzr. Rb. Rotterdam 31 januari 2012, LJN: BW3238 is overigens een tamelijk uitgebreide rechts-overweging te vinden, waarin uiteen wordt gezet wanneer volgens deze rechter wél sprake is van een inschrijving onder voorwaarden. Zie ook hierna.

154 Vzr. Rb. Den Haag 22 februari 2012, LJN: BV6759.

155 Vzr. Rb. Den Haag 22 februari 2012, LJN: BV8382.

156 Vzr. Rb. Maastricht 27 februari 2012, LJN: BV7033.

157 Vzr. Rb. Maastricht 27 februari 2012, LJN: BV7037; HR 23 maart 2012, LJN: BV2368; Vzr. Rb. Arnhem 11 mei 2012, LJN: BW7823 (geen enkele inschrijving voldeed aan eisen, reden waarom de aanbestedende dienst de procedure afbreekt en tot heraanbesteding wil overgaan); Vzr. Rb. Zutphen 22 mei 2012, LJN: BW6294; Vzr. Rb. Den Bosch 5 juni 2012, LJN: BX6259 (inrichting inschrijving strookt niet met Standaard RAW 2005); Vzr. Rb. Den Bosch 14 juni 2012, LJN: BW8663 (niet voldaan aan voorschriften ontleding aanneemsom zoals bepaald in artikel 01.01.03 Standaard RAW 2010); Vzr. Rb. Amsterdam 9 juli 2012, LJN: BX2084; Vzr. Rb. Dordrecht 6 december 2012, LJN: BY6309.

158 Vzr. Rb. Den Bosch 28 februari 2012, LJN: BV7619.

159 Vzr. Rb. Maastricht 27 april 2012, LJN: BW5172.

160 Vzr. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, LJN: BX3388. De aanbestedende dienst wordt daarom geboden om de reeds gesloten overeenkomst te beëindigen en verboden om de opdracht aan een ander dan eiseres te gunnen. Daarbij wordt overwogen dat de aanbestedende dienst mag teruggrijpen op het aanbestedingsresultaat.

161 Vzr. Rb. Den Haag 6 juli 2012, LJN: BX7567.

162 Vzr. Rb. Breda 26 september 2012, LJN: BX9177.

163 Vzr. Rb. Arnhem 13 december 2012, LJN: BY8408.



symbolische prijs van € 0,01.<sup>164</sup>

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: in strijd met het bestek samen met zusterondernemingen inschrijven op meer dan twee van de vijf percelen;<sup>165</sup> langs elektronische weg indienen van inschrijvingsbescheiden die niet zijn voorzien van een elektronische of gescande handtekening;<sup>166</sup> onduidelijkheid in de inschrijving over de identiteit van de potentiële opdrachtnemer;<sup>167</sup> niet in een separate, gesloten envelop indienen van tarieven.<sup>168</sup>

Onder de gegeven, specifieke omstandigheden van het geval leidden onder meer de volgende ‘gebreken’ c.q. omstandigheden niet tot ongeldigheid c.q. terzijdelegging c.q. uitsluiting van verdere deelname: in een begeleidende brief bij de inschrijving de voorwaarde opnemen dat minimaal het huidige parkeerbeleid op straat van toepassing blijft;<sup>169</sup> ter voldoening aan de minimumeisen een beroep doen op de draagkracht van een moedermaatschappij en diens dochtermaatschappijen gezamenlijk (omdat niet uit de aanbestedingsdocumenten blijkt dat de gegadigde dan wel een van de entiteiten waarop deze zich beroept (ieder) individueel over de gevraagde draagkracht moet(en) beschikken);<sup>170</sup> ondanks het gebruik van de termen hoofdaannemer en onderaannemer in het aanmeldingsformulier aanmelden c.q. inschrijven als gevolmachtigd verzekeringsagent namens een aantal verzekeraars;<sup>171</sup> een gemiddelde aanvliegtijd van 45 minuten aanbieden (omdat het aanbestedingsdocument niet voorschrijft dat inschrijvers op dit punt een garantie dienen te geven en op voorhand niet is gebleken dat deze aanvliegtijd onhaalbaar is);<sup>172</sup> met negatieve bedragen inschrijven;<sup>173</sup> twee pompen van 120 mWk aanbieden om te kunnen voldoen aan de vereiste opvoerhoogte van 210 mWk;<sup>174</sup> ontbreken van een volledige planning (omdat bij inschrijving slechts een basisplanning wordt geëist);<sup>175</sup> achteraf op verzoek van de aanbestedende dienst toesturen van bepaalde bescheiden, die andere inschrijvers direct al bij hun inschrijving hadden

gevoegd;<sup>176</sup> bij de aanmelding niet een derdenverklaring van een dochtervennootschap voegen;<sup>177</sup> referentieverklaringen (tevredenheidsverklaringen) overleggen waaruit niet woordelijk blijkt dat de opdrachten naar tevredenheid zijn uitgevoerd;<sup>178</sup> de eventuele omstandigheid dat een inschrijver mogelijk niet in staat zal zijn om bij voorlopige gunning de geëiste borgverklaring over te leggen;<sup>179</sup> (per abuis) 175 mfp’s aanbieden in plaats van 162, (per abuis) de prijs van een pak met 500 vellen papier aanbieden in plaats van de prijs van een pak met 2500 vellen papier en het ontbreken van gevraagde informatie.<sup>180</sup>

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.

#### *Toelichting, verduidelijking, aanvulling en fouterstel*

In 2012 is er een belangrijk arrest van het HvJ EU verschenen over dit voor de praktijk belangrijke onderwerp: de SAG-zaak.<sup>181</sup>

In het kader van deze prejudiciële procedure diende het Hof – kort samengevat – de vraag te beantwoorden in hoeverre een aanbestedende dienst, wanneer hij in het kader van een niet-openbare procedure van mening is dat de inschrijving van een gegadigde abnormaal laag of onnauwkeurig is of niet overeenstemt met de technische specificaties van het bestek, de betrokken gegadigde om nadere toelichtingen kan of moet vragen, rekening houdend met de bepalingen van de artikelen 2 en 55 Richtlijn. Het Hof overweegt daartoe – opnieuw kort samengevat – als volgt.

Een inschrijving mag, nadat deze is ingediend, in beginsel niet meer worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver. Het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting verzetten zich immers tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver. Noch uit artikel 2, noch uit een andere bepaling in de Richtlijn, noch uit het beginsel van gelijke behandeling, of uit het transparantiebeginsel blijkt dat de aanbestedende dienst in een situatie waarin sprake is van een inschrijving die de aanbestedende dienst onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht, verplicht zou zijn om contact op te nemen met de betrokken inschrijver. Die zou zich er overigens niet over kunnen beklagen dat er in dit opzicht geen enkele verplichting op de aanbestedende

164 Vزر. Rb. Groningen 12 oktober 2012, LJN: BY3312.

165 Vزر. Rb. Arnhem 15 maart 2012, LJN: BW0573; Vزر. Rb. Arnhem 15 maart 2012, LJN: BW0577.

166 Vزر. Rb. Rotterdam 16 april 2012, LJN: BW5991.

167 Vزر. Rb. Den Haag 16 april 2012, LJN: BW2477.

168 Vزر. Rb. Den Bosch 18 juni 2012, LJN: BW8668

169 Vزر. Rb. Rotterdam 31 januari 2012, LJN: BW3238. Volgens de voorzieningenrechter maakt dit de inschrijving niet voorwaardelijk. Van een inschrijving onder voorwaarde is volgens hem pas sprake wanneer het gaat om aspecten van een inschrijving die onmiskenbaar als voorbehoud of voorwaarde zijn aan te merken en het al dan niet intreden van die voorwaarde zou kunnen leiden tot het algeheel of gedeeltelijk verval van de inschrijving.

170 Vزر. Rb. Den Haag 2 februari 2012, LJN: BV7532.

171 Vزر. Rb. Arnhem 3 februari 2012, LJN: BV6312.

172 Vزر. Rb. Amsterdam 21 februari 2012, LJN: BV8489.

173 Vزر. Rb. Den Bosch 23 februari 2012, LJN: BV6863.

174 Vزر. Rb. Rotterdam 24 februari 2012, LJN: BV7307.

175 Vزر. Rb. Den Haag 11 mei 2012, LJN: BW6061.

176 Vزر. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3549; Vزر. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3550; Vزر. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3551.

177 Vزر. Rb. Den Bosch 3 juli 2012, LJN: BX1125.

178 Vزر. Rb. Haarlem 20 juli 2012, LJN: BY6162.

179 Vزر. Rb. Rotterdam 2 augustus 2012, LJN: BX3795.

180 Hof Arnhem 7 augustus 2012, LJN: BX4609. Het hof bevestigt daarmee het oordeel van Vزر. Rb. Arnhem 24 januari 2012, LJN: BV3641.

181 HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10.

dienst rust, aangezien de onduidelijkheid in de inschrijving slechts het gevolg is van een tekortschieten in zijn zorgvuldigheidsplicht bij het opstellen ervan, waaraan hij net zoals de andere inschrijvers is onderworpen.

Artikel 2 staat er in het bijzonder echter niet aan in de weg dat, in uitzonderlijke gevallen, de gegevens van de inschrijving gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld. Met name omdat deze 'klaarblijkelijk een eenvoudige precisering' behoeft, of om 'kennelijke materiële fouten' recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld.

In de uitoefening van deze beoordelingsbevoegdheid dient de aanbestedende dienst de verschillende inschrijvers gelijk en op loyale wijze te behandelen. Verder mag het verzoek om nadere toelichting slechts worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen. Het verzoek moet bovendien op vergelijkbare wijze worden gericht aan alle inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren, in het bijzonder wanneer de inschrijving hoe dan ook in het licht van andere aspecten moet worden afgewezen. Tot slot moet het verzoek alle punten van de inschrijving behandelen die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek, zonder dat de aanbestedende dienst de inschrijving kan afwijzen wegens onduidelijkheid van een aspect ervan waarop dit verzoek géén betrekking had.

Tot zover een korte samenvatting van de relevante overwegingen uit het SAG-arrest.

Hoewel de aard van de prejudiciële procedure zich daarvoor niet (goed) leent, is het voor de praktijk natuurlijk jammer dat het Hof in dit arrest niet verder verduidelijkt wanneer sprake is van een 'uitzonderlijk geval,' wanneer een inschrijving 'klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeft,' wat een dergelijke 'eenvoudige precisering' inhoudt, wanneer sprake is van een 'kennelijke materiële fout' en waar het omslagpunt naar een 'nieuwe' inschrijving ligt. Verder valt op dat het Hof voor het mogen uitoefenen van deze beoordelingsbevoegdheid door de aanbestedende dienst c.q. het bieden van een herstelmogelijkheid niet relevant lijkt te vinden in wiens risicosfeer de fout is gelegen. Althans, het Hof zegt daar niet expliciet iets over. In eerdere kronieken hebben wij gesignaleerd dat de nationale rechters dat aspect juist wél van belang vinden.

Kort na het verschijnen ervan kreeg het Arnhemse hof de kans het SAG-arrest in de praktijk toe te passen en zich uit te laten over de (ir)relevantie van de hiervóór genoemde risicosfeer.<sup>182</sup> Het hof hanteert als algemeen uitgangspunt dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijvingen moet uitgaan van de inschrijvingen zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn zijn ontvangen. Volgens vaste rechtspraak kan in uitzonderlijke gevallen

echter een uitzondering op dat uitgangspunt worden gemaakt.<sup>183</sup> In dit verband wordt naar de hierboven kort samengevatte overwegingen uit het SAG-arrest verwezen, waarna het Arnhemse hof de criteria uit dat arrest concreet toepast. Op basis daarvan wordt geconcludeerd dat sprake is van een tweetal omissies die voor herstel in aanmerking komen. Of die omissies in de hand zijn gewerkt door de aanbestedende dienst is volgens het hof gelet op het SAG-arrest niet relevant voor de beantwoording of de aanbestedende dienst de inschrijver in staat had mogen stellen om de gebreken te herstellen.

De Haagse voorzieningenrechter lijkt een enigszins tweeslachtig standpunt in te nemen.<sup>184</sup> Enerzijds stelt hij namelijk voorop dat er geen (absoluut) recht op aanvulling c.q. verduidelijking van een inschrijving bestaat. In beginsel komt de aanbestedende dienst in dat verband een discretionaire bevoegdheid toe. Anderzijds overweegt hij echter dat, indien sprake is van een fout c.q. gebrek in een inschrijving, de aanbestedende dienst slechts gehouden is om de inschrijver een herstelmogelijkheid te bieden, wanneer sprake is van een kleine, voor eenieder kenbare omissie, die zich voor eenvoudig herstel leent. Vergelijk ook het oordeel van het Gerecht in de zaak van Dynamiki tegen de Europese Commissie, inhoudende dat de aanbestedende dienst een vergaande vrijheid heeft bij het gebruik van de bevoegdheid om een toelichting te vragen en dat het vragen van een toelichting alleen verplicht is wanneer sprake is van een kenbare fout.<sup>185</sup> Wij vragen ons af in hoeverre een dergelijk oordeel zich verhoudt tot de hierboven weergegeven overwegingen uit het SAG-arrest, waarin het Hof spreekt over een beoordelingsbevoegdheid.

Tot zover enkele meer algemene lijnen uit de zeer casuïstische jurisprudentie over dit onderwerp.

Dan volgen nu enkele voorbeelden van zaken waarin de rechter, gegeven de specifieke feiten en omstandigheden van het geval, tot de conclusie komt dat een toelichting, verduidelijking, aanvulling of fouterstel wél geoorloofd/aangewezen is: het aanbieden van 175 mfp's in plaats van 162, het aanbieden van de prijs van een pak met 500 vellen papier in plaats van de prijs van een pak met 2500 vellen papier, en het ontbreken van gevraagde informatie bij de inschrijvingen betreffen allemaal gebreken die zich voor herstel lenen;<sup>186</sup> een verzoek aan alle inschrijvers om verduidelijking van/nadere toelichting op de ingediende prijzen c.q. een verzoek aan alle inschrijvers om hun prijzen op te geven op een door de aanbestedende dienst ter beschikking gesteld format omdat deze niet goed vergelijkbaar zijn, betreft géén onrechtmatige tweede inschrijfronde, waarbij

183 Eenzelfde rechtsoverweging is te vinden in V.zr. Rb. Den Haag 13 september 2012, LJN: BX7357.

184 V.zr. Rb. Den Haag 30 augustus 2012, LJN: BX6099.

185 Gerecht 24 april 2012, T-554/08.

186 Hof Arnhem 7 augustus 2012, LJN: BX4609. Het hof bevestigt daarmee het oordeel van V.zr. Rb. Arnhem 24 januari 2012, LJN: BV3641.

182 Hof Arnhem 7 augustus 2012, LJN: BX4609.

van belang was dat geen van de inschrijvers zijn prijzen heeft gewijzigd;<sup>187</sup> het indienen van een eigen verklaring inzake uitsluitingsgronden die in strijd met het bestek niet is ondertekend door de hoogste bestuurder van de inschrijver is een gebrek dat zich voor eenvoudig herstel leent;<sup>188</sup> een ontbrekend certificaat van een onderaannemer moet alsnog door de aanbestedende dienst worden opgevraagd, omdat de aanbestedingsleidraad op dat punt onduidelijk is;<sup>189</sup> het alsnog overleggen van een ondertekende conceptovereenkomst is toegestaan, omdat deze slechts ter verduidelijking dient van de inschrijving en de kansen van de andere inschrijvers daardoor niet zijn beïnvloed en de mededinging niet is geschaad.<sup>190</sup>

In een aantal andere gevallen komt de rechter daarentegen tot het oordeel dat het bieden van herstelbaarheid en cetera onder de gegeven omstandigheden niet aan de orde kan zijn: inschrijver verzuimt om door middel van een referentie aan te tonen dat hij voldoet aan een bepaalde geschiktheidseis (géén kleine, voor eenieder kenbare omissie die zich voor eenvoudig herstel leent);<sup>191</sup> inschrijver dient in het kader van een onderhandse procedure ex hoofdstuk 7 ARW 2005 de geëiste bereidverklaring bankgarantie niet tijdig in;<sup>192</sup> bij een stelpost neemt een inschrijver op “Korting bij contract in 2015 EUR – 140.000,00,” hetgeen volgens de voorzieningenrechter géén kennelijke verschrijving is, nu de looptijd van het aanbestede contract 2012 t/m 2014 is plus één optiejaar, zodat sprake is van een (deels) voorwaardelijke inschrijving;<sup>193</sup> uit inschrijving blijkt niet duidelijk wat de identiteit is van de desbetreffende inschrijver;<sup>194</sup> inschrijver voert bij bepaalde besteksposten in strijd met de Standaard RAW 2005 bepalingen een bedrag op (artikel 2.14.4 ARW 2005 komt niet voor toepassing in aanmerking bij een dergelijk gebrek);<sup>195</sup> vragen om een toelichting op een niet-besteksconforme, vage, ondubbelzinnige inschrijving, omdat dit tot een inhoudelijke wijziging zou leiden;<sup>196</sup> overleggen van omzetcijfers en een accountantsverklaring die betrekking hebben op de jaren 2009 t/m 2011, terwijl deze op grond van de eigen verklaring moeten zien op de jaren 2008 t/m 2010;<sup>197</sup> overleggen van referenties op basis waarvan de geëiste omvang niet kan worden vastgesteld, waarna de aanbestedende dienst gebruikmaakt van zijn recht om de referenties te verifiëren, om vervolgens te constateren dat deze niet voldoen, levert géén kennelijke omissie op;<sup>198</sup>

inschrijvers in de gelegenheid stellen om hun inschrijving aan te passen aan de hand van de gewijzigde planning, terwijl het recht om de planning aan te passen is voorzien in de aanbestedingsdocumentatie (alsdan is géén sprake van een uitzonderlijk geval als waarop het SAG-arrest ziet, maar van een verboden (wezenlijke) wijziging).<sup>199</sup>

#### *Model K/eigen verklaring*

Het lijkt erop dat er steeds minder wordt geprocedeerd over dit onderwerp. Wellicht is de jurisprudentie daarover voldoende uitgekristalliseerd.

In het ARW 2005 is bepaald dat de inschrijver bij de inschrijving een verklaring over moet leggen dat de inschrijving niet tot stand is gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht (Model K-verklaring). Deze verklaring dient ondertekend te zijn door een bestuurder die ter zake de inschrijver rechtsgeldig vertegenwoordigt. In het geval de inschrijver een samenwerkingsverband van ondernemers is, verstrekt de inschrijver een dergelijke verklaring van een bestuurder van iedere ondernemer. De inschrijving is ongeldig indien de vereiste verklaring ontbreekt of niet naar waarheid is ingevuld. Het is vaste jurisprudentie dat in die situaties géén sprake is van een voor herstel vatbare fout.

Met bestuurder wordt in dit verband het hoogste management binnen de onderneming van de inschrijver bedoeld. Bij een bv en een nv is dat de statutair bestuurder. Is de inschrijver een combinatie bestaande uit twee bv's, dan dient dus een Model K-verklaring van iedere combinant te worden ingediend, die is ondertekend door de statutair bestuurder van de desbetreffende onderneming.<sup>200</sup>

Wanneer de aanbestedende dienst een fout in het bestek ontdekt, deze herstelt en de inschrijvers vraagt opnieuw in te schrijven, dan dient een nieuwe Model K-verklaring te worden ingediend en kan dus niet worden volstaan met het nogmaals indienen van de Model K-verklaring die in eerste instantie was ingediend.<sup>201</sup>

In eerdere kronieken signaleerden wij dat wanneer het gebrek verband houdt met de eigen verklaring (en de Model K-verklaring) het bieden van een herstelbaarheid meestal ook niet aan de orde kan zijn. In de achterliggende periode is één uitspraak verschenen waarin een ander oordeel is te vinden.<sup>202</sup> De Almeloze voorzieningenrechter vindt het indienen van een eigen verklaring inzake uitsluitingsgronden, die in strijd met het bestek niet is

187 Hof Den Haag 17 juli 2012, LJN: BX1330. Het hof bevestigt daarmee het oordeel van Vzr. Rb. Den Haag 5 maart 2012, LJN: BV8395.

188 Vzr. Rb. Almelo 4 juni 2012, LJN: BW7541.

189 Vzr. Rb. Utrecht 7 september 2012, LJN: BX6236.

190 Vzr. CBB 25 juli 2012, LJN: BX3086.

191 Vzr. Rb. Den Haag 30 augustus 2012, LJN: BX6099.

192 Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 20 februari 2012, LJN: BV6393.

193 Vzr. Rb. Den Haag 3 februari 2012, LJN: BV7771.

194 Vzr. Rb. Den Haag 16 april 2012, LJN: BW2477.

195 Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 18 april 2012, LJN: BW8287. In vergelijkbare zin: Vzr. Rb. Den Bosch 5 juni 2012, LJN: BX6259.

196 Vzr. Rb. Maastricht 27 april 2012, LJN: BW5172.

197 Vzr. Rb. Den Haag 26 juni 2012, LJN: BX1122.

198 Vzr. Rb. Alkmaar 23 augustus 2012, LJN: BY1651.

199 Vzr. Rb. Den Haag 13 september 2012, LJN: BX7357.

200 Zie de conclusie van A-G Timmerman bij HR 10 februari 2012, LJN: BV0892 (artikel 81 RO-zaak).

201 Vzr. Rb. Den Haag 25 juli 2012, LJN: BX3356. De aanbestedende dienst, die het ARW 2005 vrijwillig van toepassing had verklaard, wordt overigens veroordeeld tot heraanbesteding, omdat het transparantiebeginsel is geschonden.

202 Vzr. Rb. Almelo 4 juni 2012, LJN: BW7541.

ondertekend door de hoogste bestuurder van de inschrijver, een gebrek dat zich voor eenvoudig herstel leent. Kortom, een opmerkelijk, zo niet onjuist vonnis.

*Abnormaal lage inschrijving (artikel 56 BAO en artikel 7.19 ARW)*

In eerder genoemd SAG-arrest zijn ook interessante overwegingen te vinden over het onderwerp abnormaal lage inschrijvingen.<sup>203</sup> Uit artikel 55 lid 1 Richtlijn, welke bepaling in dwingende bewoordingen is geformuleerd, volgt volgens het Hof duidelijk dat de Uniewetgever de aanbestedende dienst heeft willen verplichten om de samenstelling van abnormaal lage inschrijvingen te onderzoeken, door hem in dat opzicht te verplichten de gegadigden te verzoeken de nodige motiveringen te verstrekken teneinde te bewijzen dat deze inschrijvingen serieus zijn. Het bestaan van een daadwerkelijk contradictoer debat, op een nuttig tijdstip in de procedure van het onderzoek van de inschrijvingen, vormt dus een vereiste van de Richtlijn om willekeurig optreden van de aanbestedende dienst te voorkomen en een gezonde mededinging te garanderen. De lijst met te onderzoeken punten van artikel 55 lid 1 tweede alinea, is weliswaar niet uitputtend, maar evenmin louter indicatief. Het staat de aanbestedende dienst daarom niet vrij om te bepalen welke relevante aspecten in overweging moeten worden genomen alvorens een abnormaal laag lijkend bod uit te sluiten. Het nuttig effect van artikel 55 lid 1 Richtlijn heeft bovendien tot gevolg dat de aanbestedende dienst de aan de betrokken gegadigden gerichte vraag duidelijk moet formuleren teneinde hen in staat te stellen om ten volle en op nuttige wijze te rechtvaardigen dat hun inschrijvingen serieus zijn. Tot zover een korte samenvatting van de relevante rechtsoverwegingen uit het SAG-arrest.

Het onderwerp abnormaal lage inschrijving is ook meerdere malen onderwerp van discussie bij de nationale rechter geweest. Deze rechtspraak geeft in grote lijnen het volgende beeld.

De aanbestedende dienst is niet verplicht om inschrijvingen waarbij geen realistische c.q. marktconforme prijzen zijn aangeboden, terzijde te leggen. Uit artikel 56 Bao, vaste jurisprudentie en de literatuur blijkt volgens de Haagse voorzieningenrechter immers dat het daarbij gaat om een discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst om abnormaal lage aanbiedingen terzijde te leggen.<sup>204</sup> In een vonnis van de Rotterdamse voorzieningenrechter is dezelfde overweging (maar dan ten overvloede) te vinden.<sup>205</sup> Uit het SAG-arrest kan volgens deze rechter, anders dan

eiseres betoogde, niet worden afgeleid dat de aanbestedende gemeente in casu zonder meer gehouden was een nadere toelichting te vragen aan de (overige) inschrijvers om de seriositeit van de inschrijvingen te kunnen toetsen.

De Groningse voorzieningenrechter laat de vraag in het midden of andere inschrijvers zich tegen de gunning aan een concurrent kunnen verzetten op grond van het enkele feit dat de aanbestedende ten onrechte heeft nagelaten de gewraakte inschrijvingsom te onderzoeken, of ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat geen sprake is van een abnormaal lage aanbidding. De aanbestedingsregels die betrekking hebben op de abnormaal lage aanbidding hebben volgens deze rechter met name de strekking de aanbestedende dienst te beschermen tegen inschrijvers die abnormaal laag inschrijven en later blijken de opdracht niet, althans niet voor de geoffreerde prijs, te kunnen uitvoeren.<sup>206</sup> In een vonnis van een iets latere datum in een andere zaak voegt dezelfde rechter daar aan toe dat er in een dergelijk geval hoe dan ook niet een verplichting voor de aanbestedende dienst bestaat de desbetreffende inschrijver om opheldering te vragen omtrent de door hem geoffreerde prijs.<sup>207</sup> Deze toevoeging lijkt ons op zijn zachtst gezegd op gespannen voet te staan met de hierboven verkort weergegeven overwegingen uit het SAG-arrest.

Verder is de aanbestedende dienst niet verplicht artikel 56 Bao (analoog) toe te passen, wanneer een inschrijving reeds op een andere grond ongeldig is.<sup>208</sup> Aan de toepassing van artikel 56 Bao wordt dan niet toegekomen.<sup>209</sup>

Het in artikel 59 Bass (= artikel 56 Bao = artikel 55 Richtlijn 2004/18/EG) bedoelde verduidelijkingsverzoek is wat anders dan alle inschrijvers vragen om opnieuw in te schrijven en hen er daarbij onder meer op wijzen dat de prijzen marktconform moeten zijn. Met laatstbedoelde vraag wordt namelijk aan de inschrijvers gelegenheid gegeven om hun inschrijving te wijzigen, hetgeen in strijd is met het aanbestedingsrecht. Aldus de Arnhemse voorzieningenrechter.<sup>210</sup> Desondanks wijst hij de vorderingen van eiseres wegens gebrek aan belang af, omdat i) geen van de inschrijvers naar aanleiding van dat verzoek een aanvankelijk ingevuld streepje en dus de aanbidding van € 0,00 op een onderdeel heeft gewijzigd in een (ander) bedrag op het inschrijfbiljet, en ii) verdere toelichting daarop heeft uitgewezen dat sprake is van marktconforme

203 HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10.

204 Vzr. Rb. Den Haag 16 mei 2012, LJN: BW6515. Vervolgens zet de rechter uiteen dat en waarom het bezwaar van eiseres tegen de inschrijving van haar concurrent ongegrond is. Daaraan doet volgens hem niet af dat die concurrent, overigens net als eiseres zelf, op bepaalde onderdelen met een prijs van € 0,01 heeft ingeschreven. Evenmin vindt de rechter relevant de vraag of bepaalde prijzen van de concurrent onder de cao-norm liggen.

205 Vzr. Rb. Rotterdam 2 augustus 2012, LJN: BX3795.

206 Vzr. Rb. Groningen 5 oktober 2012, LJN: BX9238.

207 Vzr. Rb. Groningen 12 oktober 2012, LJN: BY3312.

208 Vzr. Rb. Den Haag 22 februari 2012, LJN: BV8382 (open begroting en prijsopgave stemmen niet met elkaar overeen); Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 18 april 2012, LJN: BW8287 (in strijd met uitdrukkelijke besteksindieningen van een inschrijving die niet op alle onderdelen marktconform en realistisch is c.q. in strijd met de besteksvoorschriften opnemen van een bepaald bedrag aan staartposten).

209 Vgl. Vzr. Rb. Den Bosch 28 februari 2012, LJN: BV7619. In vergelijkbare zin: Vzr. Rb. Den Bosch 5 juni 2012, LJN: BX6259. In die zaak wordt in het midden gelaten of sprake is van een abnormaal lage inschrijving, nu deze reeds om andere redenen ongeldig (niet-besteksconform) is.

210 Vzr. Rb. Arnhem 24 januari 2012, LJN: BV3641. Dit vonnis is in hoger beroep bekrachtigd, zie Hof Arnhem 7 augustus 2012, LJN: BX4609.

biedingen, zodat het ervoor moet worden gehouden dat geen van de inschrijvers na de eerste inschrijfronde van verdere deelname had moeten worden uitgesloten wegens het doen van een abnormaal lage aanbieding.

Uit de jurisprudentie blijkt tot slot dat het voor inschrijvers lastig is om (in kort geding) aannemelijk te maken dat sprake is van een abnormaal lage inschrijving c.q. niet-marktconforme/onrealistische prijzen.<sup>211</sup> Daarbij wordt door de Rotterdamse voorzieningenrechter overwogen dat het buiten de reikwijdte van een procedure als de onderhavige valt om tot in detail ieder prijs onderdeel op marktconformiteit te toetsen.<sup>212</sup> De eigen inschrijfsom van degene die zich erop beroept dat zijn concurrent een abnormaal lage aanbieding heeft gedaan vormt overigens niet de maatstaf om te concluderen dat sprake is van een abnormaal lage prijs.<sup>213</sup>

Zien wij het goed, dan wordt in 2012 in geen enkele zaak door de rechter geoordeeld dat sprake is van een abnormaal lage inschrijving die na toepassing van de procedure ex artikel 56 Bao terzijde moet worden gelegd.

#### *Strategische inschrijving*

In zijn algemeenheid is strategisch inschrijven bij aanbestedingen toelaatbaar (en niet ongebruikelijk), aldus het Hof Den Haag.<sup>214</sup> Inschrijvers mogen hun biedingen dan ook zo invullen dat daardoor een maximaal of minimaal (afhankelijk van de systematiek) aantal punten wordt gescoord. De bedoeling van gunningscriteria is immers om aan te geven op welke wijze de aanbestedingsprocedure kan worden gewonnen.<sup>215</sup> Strategisch inschrijven is echter niet toelaatbaar wanneer de aanbestedingsdocumenten dat verbieden.<sup>216</sup>

211 Vzr. Rb. Den Haag 20 juli 2012, LJN: BX3360 (eiseres stelt dat de door een concurrent aangeboden lage prijs te laag is om besteksconform te kunnen zijn, maar slaagt er niet in aannemelijk te maken dat sprake is van een abnormaal lage prijs); Vzr. Rb. Groningen 5 oktober 2012, LJN: BX9238 (aanbestedende dienst heeft aan de hand van processen-verbaal van andere, soortgelijke aanbestedingsprocedures voldoende weersproken dat grote verschillen tussen inschrijfsommen vaak voorkomen en dat die verschillen nogal eens, zowel in absoluut als relatief, zeer omvangrijk zijn); Vzr. Rb. Groningen 2 november 2012, LJN: BY2168 (prijversverschil van circa 11% is volgens de rechter geen extreem prijsverschil waardoor sprake zou zijn van dumping).

212 Vzr. Rb. Rotterdam 2 augustus 2012, LJN: BX3795.

213 Vzr. Rb. Groningen 2 november 2012, LJN: BY2168; Vzr. Rb. Rotterdam 2 augustus 2012, LJN: BX3795.

214 Hof Den Haag 20 november 2012, LJN: BY3637.

215 Vzr. Rb. Rotterdam 2 augustus 2012, LJN: BX3795 (onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van ongeoorloofd strategische, manipulatieve, dan wel abnormaal lage inschrijvingen); Vzr. Rb. Den Bosch 23 februari 2012, LJN: BV6863 (inschrijven met negatieve bedragen op bepaalde besteksposten niet ontoelaatbaar strategisch c.q. niet ongeldig).

216 Hof Den Bosch 10 januari 2012, LJN: BV1126. Vgl. ook Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 18 april 2012, LJN: BW8287 (niet-besteksconforme, want niet op alle onderdelen marktconforme en realistische inschrijving, die door de aanbestedende dienst werd gekwalificeerd als een strategische inschrijving, waarbij symbolische prijzen zijn gehanteerd); Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 27 juni 2012, LJN: BW9818 (voldoende aannemelijk gemaakt dat mutatietarieven ad 0,01% geen realistisch percentage betreffen, hetgeen een strategische, manipulatieve inschrijving oplevert, die in strijd met

#### *Manipulatieve inschrijving*

Een (in principe toelaatbare/geldige) strategische inschrijving moet worden onderscheiden van een (ontoelaatbare/ongeldige) manipulatieve inschrijving. Daarvan kan sprake zijn wanneer, als gevolg van miskenning door de inschrijver van bepaalde aannames van de aanbestedende dienst, de beoordelingssystematiek zo wordt gemanipuleerd, dat het daarmee beoogde doel, zoals bijvoorbeeld het innemen van een realistische positie, wordt verstoord.<sup>217</sup> In drie uitspraken wordt geoordeeld dat (voldoende aannemelijk is gemaakt dat) sprake is van een manipulatieve inschrijving,<sup>218</sup> in vier uitspraken komt de rechter tot de tegenovergestelde conclusie<sup>219</sup> en in één uitspraak laat de rechter in het midden of een manipulatieve inschrijving aan de orde is.<sup>220</sup>

## 15. Rechtsbescherming

### *Algemeen*

Het hangt sterk af van de concrete situatie hoe ver een voorzieningenrechter in kort geding dient en wenst te gaan met geven van een voorziening bij voorraad. Als op afzienbare termijn een uitspraak van de bodemrechter te verwachten valt en er geen sprake is van onherstelbare situaties indien er geen voorziening bij voorraad wordt gegeven, dan kan de voorzieningenrechter groot gewicht toekennen aan de verwachting hoe de uitspraak in de bodemprocedure zal uitvallen.<sup>221</sup> Als weinig zekerheid bestaat over het oordeel dat de bodemrechter zal geven, zal de gevraagde voorziening in kort geding niet snel worden toegewezen.

het bestek is); Vzr. Rb. Den Haag 5 maart 2012, LJN: BV8395 (niet aannemelijk gemaakt dat concurrent in strijd met de aanbestedingsstukken strategisch heeft ingeschreven). Dit laatste vonnis is in hoger beroep bevestigd door Hof Den Haag 17 juli 2012, LJN: BX1330.

217 Vzr. Rb. Rotterdam 2 augustus 2012, LJN: BX3795. Vgl. ook Vzr. Rb. Den Haag 22 februari 2012, LJN: BV8345.

218 Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 27 juni 2012, LJN: BW9818 (voldoende aannemelijk gemaakt dat mutatietarieven ad 0,01% geen realistisch percentage betreffen, hetgeen een strategische, manipulatieve inschrijving oplevert, die in strijd met het bestek is); Vzr. Rb. Arnhem 13 december 2012, LJN: BY8408 (verdisconteren prijsopties in prijs voor standaard brandweerauto verstoort beoordelingssystematiek); Vzr. Rb. Den Haag 22 februari 2012, LJN: BV8345 (wel manipulatieve inschrijving door in strijd met de aanbestedingsstukken de korting bewust slechts in mindering te brengen op de post aanwezigheidsdetectie, teneinde de hoogste, althans een (zeer) hoge score te behalen op dat onderdeel, waardoor de kenbare bedoelingen van de aanbestedende dienst worden gefrustreerd).

219 Vzr. Rb. Rotterdam 2 augustus 2012, LJN: BX3795 (onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van ongeoorloofd strategische, manipulatieve, dan wel abnormaal lage inschrijvingen); Hof Arnhem 7 augustus 2012, LJN: BX4609 (niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van manipulatieve inschrijvingen, bestaande uit een extreem lage, niet-marktconforme prijs in combinatie met een extreem hoge, niet-marktconforme prijs, doordat eiseres een en ander enkel met fictieve voorbeelden heeft geadstrueerd); Vzr. Rb. Den Haag 16 mei 2012, LJN: BW6515 (niet aannemelijk gemaakt dat concurrent aanbod niet kan waarmaken); Hof Den Bosch 10 januari 2012, LJN: BV1126.

220 Vzr. Rb. Den Bosch 28 februari 2012, LJN: BV7619.

221 Hof Den Bosch 17 januari 2012, LJN: BV1367.



Een opmerkelijk aanbestedingsgeschil dat hier het noemen waard is betreft een aanbesteding waarbij de bestuursrechter zich bevoegd acht om het verzoek voorlopige voorzieningen te behandelen.<sup>222</sup> Het ging om de aanwijzing van een inzamelaar in het Uitvoeringsbesluit (waarin een nadere regeling plaatsvond van onderwerpen op basis van de Afvalstoffenverordening) voor de inzameling van textiel. De opdracht tot inzameling vloeide rechtstreeks voort uit de verordening; nadere afspraken hierover in de vorm van een privaatrechtelijke overeenkomst waren niet nodig en er werd ook geen overeenkomst gesloten. Er was dan ook geen sprake van een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling als bedoeld in artikel 9:3 Awb en dus achtte de bestuursrechter zich bevoegd.

#### *Eiswijziging*

In kort geding is procesrechtelijk meer toegestaan dan in een bodemprocedure. Met een vermeerdering van eis wordt dan ook over het algemeen soepel omgegaan. Twee dagen voor de zitting een eiswijziging indienen is niet in strijd met de goede procesorde. Dat geldt als tijdig voor de zitting, zeker indien gesteld noch gebleken is dat gedaagde onvoldoende gelegenheid heeft gehad om deugdelijk verweer te voeren en dus niet in zijn procesbelangen is geschaad.<sup>223</sup> Een dag voor de zitting een eiswijziging indienen kan onder omstandigheden in strijd met de goede procesorde zijn, omdat dat aan de late kant is. Toch wordt de eiswijziging toegelaten omdat de grondslag van de gewijzigde vordering niet helemaal uit de lucht kwam vallen en daar kennelijk al in de dagvaarding op was gepreludeerd.<sup>224</sup> Daarbij acht de rechter het in het belang van alle betrokkenen dat alle naar voren gebrachte relevante aspecten van de onderhavige aanbesteding in eerste aanleg worden beoordeeld.<sup>225</sup> Zelfs ter zitting in kort geding kan in de pleitnota een eiswijziging worden opgenomen indien niet is gebleken dat gedaagde door de inhoud van de eiswijziging in haar procesbelang is geschaad.<sup>226</sup>

Een ontoelaatbaar tijdstip om een eis te wijzigen in een kort geding is ter zitting nadat partijen gerepliceerd en gedupliceerd hebben, zeker gezien het feit dat de mondelinge behandeling vóór repliek en dupliek was geschorst op verzoek van de partij die aan het eind van de zitting de eiswijziging indiende. Dat is ontijdig en in strijd met de goede procesorde.<sup>227</sup>

#### *Wira*

De Wira is op grond van artikel 21 van die wet niet van toepassing op overeenkomsten die zijn gesloten voor 20 december 2009.<sup>228</sup>

De Wira is ook niet van toepassing op vrijwillige aanbestedingen of concessies voor diensten waarop het Bao niet van toepassing is.<sup>229</sup> Indien bij de concessie echter mogelijk ook sprake is van een bovendrempelige opdracht voor de levering van producten, dan is niet uit te sluiten dat de Wira wel van toepassing is.<sup>230</sup>

De Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen die via de Wira in de nationale wetgeving zijn geïmplementeerd bevatten minimumharmonisatie. Dat betekent dat als het nationale recht meer bescherming biedt dan het communautaire recht het nationale recht dient te worden toegepast, aldus de Amsterdamse voorzieningenrechter.<sup>231</sup>

In het kader van de vraag in kort geding of de vordering die strekte tot het opleggen van een verbod een reeds gesloten overeenkomst verder uit te voeren kansrijk was of niet, werd naar analogie van de Wira en de daarin neergelegde vernietigingsgronden geredeneerd.

Er werd in dat kader gekeken naar de in artikel 8 lid 1 Wira genoemde vernietigingsgronden en daarbij aansluiting gezocht. Impliciet werd een beroep gedaan op de sub b geformuleerde grond. Gesteld werd dat de aanbestedende dienst de termijnen van artikel 4 lid 1 dan wel artikel 7 Wira niet in acht zou hebben genomen, althans de gunningsbeslissing onvoldoende had gemotiveerd. Het Haagse hof oordeelt dat deze gronden zich niet voordeden. Er wordt – na ook andere factoren te hebben meegewogen – geen verbod tot verdere uitvoering van de overeenkomst opgelegd.<sup>232</sup>

In het geval een overeenkomst is gesloten en de aanbestedende dienst daarvan een kennisgeving aan partijen zendt, dan verstrijkt de termijn voor die partijen om vernietiging van die overeenkomst te vorderen na een periode van dertig kalenderdagen ingaande op de dag dat de kennisgeving is verzonden (zie artikel 8 lid 1 en 8 lid 2 sub a Wira).<sup>233</sup>

Als pas na een voor de aanbestedende dienst gunstig vonnis in eerste aanleg de opdracht definitief is gegund, dan heeft de aanbestedende dienst zich gehouden aan artikel 7 Wira en dan doen de vernietigingsgronden van artikel 8 lid 1 Wira zich niet voor. Dan kan slechts nog in de overeenkomst worden ingegrepen indien aannemelijk is dat de aanbestedende dienst met de verdere uitvoering van de overeenkomst misbruik van bevoegdheid maakt of anderszins onrechtmatig handelt jegens appellante. Daarvan zou sprake kunnen zijn indien de overeenkomst

222 Vzr. Rb. Den Bosch 27 april 2012, LJN: BW6321.

223 Vzr. Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN: BV7050.

224 Vzr. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN: BW5760.

225 Vzr. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN: BW5760; zie ook Vzr. Rb. Rotterdam 23 februari 2012, LJN: BV7307.

226 Vzr. Rb. Rotterdam 16 april 2012, LJN: BW5991.

227 Vzr. Rb. Den Bosch 28 februari 2012, LJN: BV7619.

228 Hof Leeuwarden 15 mei 2012, LJN: BW6167, met een verwijzing in dat

arrest naar HvJ EU 10 november 2011, C-348/10, rov. 63.

229 Vzr. Rb. Amsterdam 14 juni 2012, LJN: BY0490.

230 Vzr. Rb. Amsterdam 21 september 2012, LJN: BX9050.

231 Vzr. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, LJN: BX3388.

232 Hof Den Haag 17 juli 2012, LJN: BX0981.

233 Vzr. Rb. Almelo 24 juli 2012, LJN: BX2992.

is aangegaan met klaarblijkelijke miskening van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, waardoor reële kansen op gunning van de opdracht aan appellante zijn gefrustreerd.<sup>234</sup>

In dit arrest van het Hof Den Haag wordt de eerder ingezette Haagse lijn ten aanzien van de Wira en de mogelijkheden die er nog zijn om een reeds gesloten overeenkomst aan te tasten voortgezet.<sup>235</sup> Het hof herhaalt dat met het sluiten van de overeenkomst de aanbestedingsprocedure tot een einde is gekomen. Daarmee zijn vorderingen die gericht zijn op handelen of nalaten in de aanbestedingsprocedure niet toewijsbaar want achterhaald. Dat laat onverlet dat de Wira niet de mogelijkheden voor de teleurgestelde inschrijver beperkt om in een bodemgeschil verdere rechtsbescherming te zoeken.

#### *Motiveren gunnings- en intrekingsbeslissing (Bao en Wira)*

##### *Gunningsbeslissing*

Wat betreft de motivering van de gunningsbeslissing is een mooie overweging te vinden in een vonnis van de Amsterdamse voorzieningenrechter die overweegt dat uitgangspunt is dat een verliezende inschrijver op basis van de verstrekte motivering moet kunnen begrijpen waarom de winnende inschrijving boven zijn inschrijving is verkozen. Er is slechts reden tot ingrijpen indien blijkt dat sprake is van een onjuiste of onbegrijpelijke beoordeling. Vervolgens toetst deze rechter inhoudelijk of de beoordeling juist en begrijpelijk is, kijkt hij daarbij wel degelijk naar onderdelen van de inschrijving en de daarvoor toegekende punten en stelt hij vast dat niet geconcludeerd kan worden dat de uitgevoerde beoordeling onjuist is en oordeelt hij dat aan de motiveringsverplichting is voldaan.<sup>236</sup>

De Haagse voorzieningenrechter is van oordeel dat om de controleerbaarheid te waarborgen van de uitgevoerde beoordelingen inzichtelijk dient te worden gemaakt waarom een inschrijver per subgunningscriterium niet het maximum aantal te behalen punten toegekend heeft gekregen. Ter bevordering van de transparantie kan, aldus deze rechter, ook in voorkomende gevallen de door de respectieve beoordelaars gegeven puntenwaardering worden besproken met de inschrijver, zulks teneinde inzichtelijk te maken hoe de uiteindelijke waardering van de criteria is verlopen.<sup>237</sup> Uit hoeveel leden deze beoordelingscommissie bestond, blijkt overigens niet uit het vonnis. Het lijkt ons wel dat het aantal beoordelaars doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of de aanbestedende dienst de individuele beoordelingen inzichtelijk dient te maken.

In het kader van een Bass aanbesteding is de Utrechtse voorzieningenrechter weer erg mild voor de aanbestedende dienst en oordeelt hij dat nu juist niet de scores per subcriterium behoeven te worden verstrekt net zo min als een toelichting waarom niet ten aanzien van alle subcriteria de maximale score is behaald. Alleen de kenmerken en de relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving, niet meer en niet minder, behoeven volgens deze rechter te worden verstrekt.<sup>238</sup>

Waarom de Utrechtse voorzieningenrechter ten aanzien van artikel 50 lid 4 Bass tot een ander oordeel komt dan de Haagse voorzieningenrechter ten aanzien van artikel 41 lid 4 Bao (deze bepalingen zijn gelijkkluidend) wordt niet duidelijk.

In een Gronings vonnis in kort geding ten slotte wordt in ieder geval het verstrekken van de puntenscore per subgunningscriterium van het criterium 'Kwaliteit', de behaalde rangorde per subgunningscriterium en een nadere motivering per subgunningscriterium voldoende geacht.<sup>239</sup>

Hoe ver de motiveringsplicht nu precies strekt is – kortom – uit de casuïstische rechtspraak niet af te leiden. Bijvoorbeeld de vraag hoe ver de motiveringsplicht strekt indien sprake is van een subcriterium 'Kwaliteit' met 5 subcriteria die elk weer in minimaal 10 en maximaal 50 subvragen zijn onderverdeeld (en of dan alleen op de 5 subcriteria of ook op alle subvragen een score moet worden verstrekt en redenen waarom) wordt in de jurisprudentie ook niet beantwoord.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre een nadere toelichting op een eerder verzonden motivering is toegestaan overweegt de Haagse voorzieningenrechter dat dat is toegestaan omdat het onvoldoende motiveren van een gunningsbeslissing er slechts toe leidt dat de Alcatel-termijn niet aanvangt. Slechts bij uitzondering zou een nadere toelichting buiten beschouwing moeten worden gelaten, indien deze toelichting dermate laat wordt gegeven dat het toelaten daarvan in strijd komt met de goede procesorde.<sup>240</sup>

Tot zover het geven van een nadere toelichting op een eerder verstrekte motivering.

Hoe zit het met een aanvulling op een eerder gegeven motivering in een gunningsbeslissing? Zowel de Arnhemse als de Haagse voorzieningenrechter oordeelt dat dat is toegestaan, waarbij in sommige gevallen een nadere motivering – die soms niet een toelichting is op de eerder gegeven motivering maar echt een aanvulling – op de zitting ook toelaatbaar wordt geacht. De redenering is hierbij steeds dat het niet opnemen van alle relevante redenen in de motivering van de gunningsbeslissing slechts kan leiden

234 Hof Den Haag 27 november 2012, LJN: BY8708.

235 Hof Den Haag 17 juli 2012, LJN: BX0981; eerdere arresten Hof Den Haag 17 mei 2011: LJN: BQ4365 en BQ5659.

236 Vzr. Rb. Amsterdam 20 januari 2012, LJN: BX3384.

237 Vzr. Rb. Den Haag 13 februari 2012, LJN: BV7746.

238 Vzr. Rb. Utrecht 1 augustus 2012, LJN: BX3372.

239 Vzr. Rb. Groningen 2 november 2012, LJN: BY2168.

240 Vzr. Rb. Den Haag 13 februari 2012, LJN: BV7746.

tot verlenging van de Alcatel-termijn maar niet leidt tot ongeldigheid van de gunningsbeslissing. Enige voorwaarde is dat een inschrijver zich tegen de nieuwe redenen tijdig kan verweren. In sommige gevallen wordt gebillijkt dat een nadere motivering (lees: aanvulling) pas op de zitting wordt gegeven.<sup>241</sup>

Echter, een strengere lijn hanteert de Maastrichtse voorzieningenrechter. Deze is van oordeel dat alle relevante redenen in de afwijzing moeten staan.<sup>242</sup>

Het opnemen van alle relevante redenen in de gunningsbrief – en niet nader aanvullen van gronden – lijkt na de arresten van de HR in december 2012 inderdaad de veiligste lijn.<sup>243</sup>

De HR overweegt in beide arresten namelijk dat een samenvattende beschrijving in veel gevallen onvoldoende houvast zal kunnen bieden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is, hetgeen ertoe zal leiden dat bij twijfel een inschrijver vaak ervoor zal kiezen om een procedure aanhangig te maken voordat de opschortingstermijn is verstreken. De HR is van oordeel dat artikel 6 lid 1 Wira zo moet worden uitgelegd dat een latere aanvulling van de daarin bedoelde relevante redenen in beginsel niet mogelijk is. Een nadere toelichting mag wel. Het aanvoeren van nieuwe redenen mag niet.

Een uitzondering kan echter gerechtvaardigd zijn in het geval van bijzondere redenen of omstandigheden die de aanbestedende dienst aannemelijk moet maken. Twee punten merken wij hier op. Ten eerste dat het voor de praktijk mooi zou zijn geweest als de HR zich, bijvoorbeeld door het noemen van een aantal voorbeelden, had uitgelaten aan welke bijzondere redenen of omstandigheden kan worden gedacht. En ten tweede hoe het feit dat een aanbestedende dienst in eerste instantie zijn werk niet helemaal goed gedaan heeft (en een relevante reden, bijvoorbeeld een reden voor ongeldigverklaring van een bepaalde inschrijving over het hoofd heeft gezien) zich verhoudt tot het in acht nemen van het gelijkheidsbeginsel dat de aanbestedende dienst ten aanzien van alle inschrijvers dient te respecteren?

Wat ervan zij, aanbestedende diensten doen er goed aan hun brieven zo volledig mogelijk in te richten en alle relevante redenen op te nemen, met inbegrip van ongeldigheidsgronden.

Een laatste opmerking betreft de rechtspraak die betrekking heeft op motivering in het geval van ondeugdelijke aanbestedingsdocumentatie of een ondeugdelijke beoordeling. Waar het op neerkomt is dat als de aanbestedingsstukken zelf niet transparant zijn of de beoordeling gebrekkig is geweest dit vrijwel automatisch leidt tot een gebrekkige motivering en die motivering meestal niet kan worden verbeterd; de gebrekkigheid in de stukken of in de uitgevoerde beoordeling zal meestal tot een bevel tot heraanbesteding of in het gunstigste geval tot een herbeoordeling of tot het inrichten van een nieuwe beoordelingscommissie leiden.<sup>244</sup>

*Intrekkingsbeslissing*

Vaste jurisprudentie is dat als uitgangspunt heeft te gelden dat een aanbestedende dienst in beginsel in ieder stadium van de aanbestedingsprocedure mag afzien van opdrachtverlening.<sup>245</sup> Dit is slechts anders indien een inschrijver erop mocht vertrouwen dat er een definitieve overeenkomst tot stand zou komen.<sup>246</sup> Tot heraanbesteding kan ook niet altijd worden overgegaan. De ruimte om tot intrekking van een opdracht en tot heraanbesteding over te gaan is beperkt. Dit is volgens de voorzieningenrechter in Amsterdam in beginsel slechts mogelijk als er geen geschikte inschrijvingen zijn gedaan, dan wel indien er procedurele gebreken aan de aanbestedingsprocedure kleven, die maken dat een rechtmatige gunning niet mogelijk is.<sup>247</sup> De voorzieningenrechter van de Rechtbank Leeuwarden oordeelt dat de bevoegdheid tot intrekking van de aanbestedingsprocedure beperkt wordt door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, alsmede de precontractuele goede trouw. Deze rechter overweegt dat toepassing van de goede trouw en de bestuursrechtelijke beginselen niet mag leiden tot schending van het beginsel van gelijke behandeling, welk laatste beginsel – als kernbeginsel van het aanbestedingsrecht – prevaleert.<sup>248</sup>

#### *Voeging, tussenkomst en derdenverzet*

Voeging, tussenkomst en derdenverzet

Verzoeken tot tussenkomst lijken minder procedurele verwickelingen op te leveren in 2012 dan de jaren ervoor. De pragmatische aanpak lijkt de overhand te krijgen. Zo wordt in sommige vonnissen niets inhoudelijks overwogen omtrent voeging of tussenkomst en wordt slechts aangegeven dat het verzoek is toegewezen. Veelal echter wordt overwogen dat de tussenkomende partij aannemelijk heeft gemaakt dat zij bij tussenkomst voldoende belang heeft en dat niet is gebleken dat het verzoek tot tussenkomst aan de vereiste spoed in het kort geding en de goede procesorde in het algemeen in de weg staat,<sup>249</sup> of dat verzoeker tot tussenkomst een rechtstreeks

241 Vzr. Rb. Arnhem 17 februari 2012, LJN: BV7084; Vzr. Rb. Den Haag 22 februari 2012, LJN: BV8345; Vzr. Rb. Den Haag 22 februari 2012, LJN: BV8382; Vzr. Rb. Den Haag 9 mei 2012, LJN: BW6556; Vzr. Rb. Den Haag 11 mei 2012, LJN: BW6061; Vzr. Rb. Den Haag 16 mei 2012, LJN: BW6515; Vzr. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3549; Vzr. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3550; Vzr. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3551; Vzr. Rb. Den Haag 7 augustus 2012, LJN: BX6803).

242 Vzr. Rb. Maastricht 27 februari 2012, LJN: BV7037.

243 HR 7 december 2012, LJN: BW9233 en BW9231.

244 Vzr. Rb. Den Haag 17 februari 2012, LJN: BV8342; Vzr. Rb. Zutphen 1 maart 2012, LJN: BW5058; Vzr. Rb. Den Haag 19 juni 2012, LJN: BW9894.

245 Vzr. Rb. Arnhem 11 mei 2012, LJN: BW7823.

246 Vzr. Rb. Amsterdam 5 juni 2012, LJN: BX3727 en Vzr. Rb. Amsterdam 5 juni 2012, LJN: BX3731.

247 Vzr. Rb. Amsterdam 5 juni 2012, LJN: BX3731.

248 Vzr. Rb. Leeuwarden 5 juli 2012, LJN: BX2163.

249 Vzr. Rb. Den Haag 13 januari 2012, LJN: BV0894; Vzr. Rb. Den Haag 22

in rechte te erkennen belang heeft om tussen te komen.<sup>250</sup> Ook de passage ‘dat verzoeker door tussenkomst in staat is om benadeling of verlies van een hem toekomend recht te voorkomen’ komt in vonnissen terug,<sup>251</sup> of wordt tussenkomst eenvoudigweg toegestaan met de overweging dat tegen de tussenkomst geen bezwaar is gemaakt, soms onder de aanvulling dat aan de wettelijke eisen, in het bijzonder het belangvereiste, is voldaan.<sup>252</sup>

De naar onze mening minder juiste overweging – dat het kenmerkende verschil tussen voeging en tussenkomst is dat een gevoegde partij geen zelfstandige, eigen vordering jegens andere partijen instelt en een tussenkomende partij wel – zien we nog in één vonnis terug.<sup>253</sup>

Blijkens de wet (zie art. 217 Rv) is dit geen kenmerkend verschil. Het Hof Arnhem legt het in een arrest<sup>254</sup> goed uit, reden waarom wij hier een overweging citeren:

“Voor toewijzing van een verzoek tot tussenkomst geldt niet de eis dat de verzoeker een zelfstandige vordering indient. Voor toewijzing van een verzoek tot tussenkomst moet blijken van een belang van de verzoeker om benadeling of verlies van een hem toekomend recht te voorkomen (HR 14 maart 2003, LJV AF2833). Van een dergelijk belang is aan de zijde van Van Boekel, naar het oordeel van het hof, sprake nu zij haar positie als winnende inschrijver van de onderhavige aanbesteding, welke positie zij heeft verkregen met de gunningsbeslissing van 31 mei 2012, dreigde te verliezen door het door Van Spijker tegen die gunningsbeslissing bij de voorzieningenrechter ingeleide kort geding. Inzet van die procedure was immers een verbod op (definitieve) gunning aan Van Boekel en daarmee het aantasten van de positie die Van Boekel op grond van de gunningsbeslissing van 31 mei 2012 als winnende inschrijver had verkregen.”

Eén vonnis gaat in op het rechtsmiddel derdenverzet.<sup>255</sup> Hierin wordt geoordeeld dat derdenverzet een buitengewoon rechtsmiddel is dat een zeer beperkt toepassingsgebied heeft. Noodzakelijk is dat er bij de derde die het derdenverzet instelt, door een vonnis waarin hij geen partij is geweest, sprake is van benadeling in een recht. Gelet op

februari 2012, LJV: BV6759; Vvr. Rb. Den Haag 5 maart 2012, LJV: BV8395; Vvr. Rb. Rotterdam 26 maart 2012, LJV: BW5773; Vvr. Rb. Den Haag 6 juli 2012, LJV: BX7567; Vvr. Rb. Den Haag 9 juli 2012, LJV: BX2142; Vvr. Rb. Den Haag 17 juli 2012, LJV: BX2146; Vvr. Rb. Den Haag 20 juli 2012, LJV: BX3360; Vvr. Rb. Rotterdam 2 augustus 2012, LJV: BX3795; Vvr. Rb. Den Haag 7 augustus 2012, LJV: BX6803; Vvr. Rb. Den Haag 13 september 2012, LJV: BX7357; zie voor een vergelijkbare overweging ten aanzien van een verzoek tot voeging: Vvr. Rb. Haarlem 6 maart 2012, LJV: BV7715.

250 Vvr. Rb. Arnhem 24 januari 2012, LJV: BV3641; Vvr. Rb. Arnhem 15 maart 2012, LJV: BW0573; Vvr. Rb. Arnhem 15 maart 2012, LJV: BW0577 en Vvr. Rb. Arnhem 13 december 2012, LJV: BY8408.

251 Vvr. Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJV: BV3091; Vvr. Rb. Almelo 24 juli 2012, LJV: BX2992.

252 Vvr. Rb. Den Bosch 27 maart 2012, LJV: BW0035; Vvr. Rb. Den Bosch 3 juli 2012, LJV: BX1125; Vvr. Rb. Den Bosch 10 juli 2012, LJV: BX2394; Vvr. Rb. Arnhem 17 juli 2012, LJV: BX4570; Vvr. Rb. Alkmaar 23 augustus 2012, LJV: BY1651.

253 Vvr. Rb. Groningen 1 februari 2012, LJV: BV3104.

254 Hof Arnhem 30 oktober 2012, LJV: BY2248.

255 Vvr. Rb. Zutphen 22 mei 2012, LJV: BW6294.

de omstandigheden van het geval oordeelt de voorzieningenrechter dat de eisende partij niet ontvankelijk wordt verklaard in het door haar ingestelde derdenverzet.

Eénmaal is het verzoek tot tussenkomst afgewezen. Reden daarvoor is dat voldoende aannemelijk was dat de aanbestedende partij in haar processuele belangen ernstig werd geschaad indien de tussenkomst werd toegestaan, gelet op het korte tijdstip voor de zitting waarop zij van de vordering heeft kunnen kennisnemen en daardoor niet in staat was effectief verweer te voeren tegen de vorderingen die de tussenkomende partij wenste in te stellen.<sup>256</sup>

#### *Rechtsverwerking/Grossmann-verweer*

De Haagse voorzieningenrechter honoreert het verweer van aanbestedende diensten dat klager zijn rechten om bezwaar te maken heeft verwerkt het vaakst. Overigens behandelt die rechtbank ook de meeste aanbestedingskortgedingen. Naar relatieve percentages van het wel en het niet verwerpen van een beroep op rechtsverwerking hebben wij geen onderzoek gedaan.

De rechtspraak is zeer casuïstisch te noemen. Wij proberen er een paar lijnen uit te destilleren.

Vrij vaak slaagt een beroep op rechtsverwerking indien zaken ter discussie worden gesteld die vanaf het begin af aan uit de aanbestedingsdocumentatie kenbaar waren en pas in het stadium dat sprake is van een kort geding voor het eerst aan de aanbestedende dienst worden gepresenteerd als onregelmatigheden, onduidelijkheden of zelfs schendingen van het aanbestedingsrecht. Het betreft dan bijvoorbeeld de beoordelingsmethodiek of -systematiek,<sup>257</sup> het wel of niet ingesteld hebben van een beoordelingscommissie,<sup>258</sup> het feit dat de samenstelling van de beoordelingscommissie pas na beoordeling bekend zou worden gemaakt,<sup>259</sup> de beoordelingscriteria,<sup>260</sup> het feit dat in twee fases zou worden aanbesteed,<sup>261</sup> het disproportionele karakter van een minimumeis,<sup>262</sup> de verwarring van een geschiktheidseis en een gunningscriterium,<sup>263</sup> een referentie- en omzeteis,<sup>264</sup> een tariefbepalend criterium,<sup>265</sup> of een plafondbedrag.<sup>266</sup>

Het feit dat er vragen zijn gesteld, al dan niet door de betreffende inschrijver zelf, is niet altijd genoeg om een

256 Vvr. Rb. Zwolle 27 juni 2012, LJV: BW9819.

257 Vvr. Rb. Den Haag 13 februari 2012, LJV: BV7746; Vvr. Rb. Den Haag 13 september 2012, LJV: BX7357; Hof Den Haag 17 juli 2012, LJV: BX1330.

258 Vvr. Rb. Den Haag 19 juni 2012, LJV: BW9894.

259 Vvr. Rb. Utrecht 1 augustus 2012, LJV: BX3372.

260 Vvr. Rb. Den Haag 17 juli 2012, LJV: BX2146.

261 Vvr. Rb. Rotterdam 2 augustus 2012, LJV: BX3795.

262 Vvr. Rb. Alkmaar 23 augustus 2012, LJV: BY1651.

263 Vvr. Rb. Den Haag 12 september 2012, LJV: BX8643.

264 Hof Den Bosch 17 januari 2012, LJV: BV1472; Vvr. Rb. Dordrecht 20 november 2012, LJV: BY3491.

265 Vvr. Rb. Den Haag 7 december 2012, LJV: BY5538; Vvr. Rb. Den Haag 12 december 2012, LJV: BY7546; Vvr. Rb. Den Haag 12 december 2012, LJV: BY7547; Vvr. Rb. Den Haag 12 december 2012, LJV: BY7549.

266 Vvr. Rb. Den Haag 25 september 2012, LJV: BX9779.

beroep op rechtsverwerking te pareren.<sup>267</sup>

Het blijft gevaarlijk om als inschrijver maar één keer een vraag te stellen en het daar vervolgens bij te laten. Het blijft helemaal gevaarlijk om andere inschrijvers de vraag te laten stellen en zelf niets te vragen. Als een inschrijver echt problemen heeft met een bepaalde eis of een bepaald criterium of een bepaalde beoordelingsmethodiek, dan doet hij er oftewel wijs aan om echt bezwaar te maken in duidelijke bewoordingen en nog beter: om een kort geding te beginnen als hij er een punt van wil maken, oftewel om in te schrijven maar dan kan hij achteraf bij een onwelgevallige beslissing niet meer beginnen over criteria/eisen/methodiek, want het risico is groot dat hij dan nul op het rekest krijgt.

Toch zijn er nog een paar rechters die het wel relevant vinden of er – al dan niet door de in kort geding procederende inschrijver – vragen zijn gesteld en dan het beroep op rechtsverwerking afwijzen.<sup>268</sup>

Wanneer een beroep op rechtsverwerking evident niet slaagt, is als dit verweer wordt opgeworpen ten aanzien van bezwaren die een inschrijver niet eerder kenbaar kon maken, eenvoudigweg omdat het handelingen of nalaten van de aanbestedende dienst betreft die niet uit de aanbestedingsdocumentatie blijken. Dus bijvoorbeeld als het gaat om de uitgevoerde beoordeling,<sup>269</sup> de daadwerkelijk uitgevoerde controle van referenties,<sup>270</sup> de uitvoering van tests,<sup>271</sup> de manier waarop de aanbestedende dienst de systematiek heeft uitgelegd<sup>272</sup> of het achteraf hanteren van wegingsfactoren die niet van tevoren kenbaar waren gemaakt.<sup>273</sup>

Ten slotte zijn er nog uitspraken waarin uit de doeken wordt gedaan wat er naar nationaal recht nu precies nodig is voor het aannemen van rechtsverwerking. De overweging is dat enkel tijdsverloop of enkel stilzitten onvoldoende is. Vereist is de aanwezigheid van een bijzondere omstandigheid als gevolg waarvan hetzij het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de inschrijver haar aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de andere partijen onredelijk zouden worden benadeeld in geval zij haar aanspraak alsnog geldend zou maken.<sup>274</sup> Tegen deze achtergrond wordt door de Amsterdamse voorzieningenrechter rechtsverwerking niet aangenomen indien de inschrijver een waarschuwing over een minimumeis heeft geformuleerd waarop de aanbestedende dienst niet meer

heeft gereageerd.<sup>275</sup> Ook de Haagse voorzieningenrechter is van oordeel dat na het stellen van een vraag over een disproportionele eis en het verkrijgen van een negatief antwoord van de aanbestedende dienst niet verwacht kan worden dat inschrijver een kort geding zou starten.<sup>276</sup>

Het Hof Leeuwarden heeft een geheel eigen invulling van het zogenaamde Grossmann-verweer. Volgens dit hof heeft de klachtplicht betrekking op onduidelijkheden in het bestek maar niet op strijdigheden met het recht.<sup>277</sup> De voorzieningenrechter in Den Bosch vindt dat impliciet ook: als een aanbesteding een ‘schoolvoorbeeld’ geeft van gebrek aan transparantie en duidelijkheid in de beantwoording van de – onder meer door eiseres – gestelde vragen, en in feite de inschrijvers in de nota van inlichtingen steeds met een kluitje in het riet werden gestuurd, dan komt de gemeente uiteindelijk geen beroep op rechtsverwerking toe.<sup>278</sup>

#### *Geen (spoedeisend) belang*

Met de stelling dat geen sprake zou zijn van een spoedeisend belang wordt in aanbestedingskortgedingen veelal korte metten gemaakt. Ook in een kort geding waarin een raamcontractant stelde dat de aanbestedende dienst geen uitvoering gaf aan haar verplichtingen uit de raamovereenkomst als gevolg waarvan zij schade leed, wordt het spoedeisend belang aangenomen (ook al was de raamovereenkomst 2,5 jaar daarvoor gesloten), omdat eiseres onmiddellijk maar vergeefs actie had ondernomen om de situatie te beëindigen.<sup>279</sup>

In een gestaakte aanbestedingsprocedure deden zich de volgende complicaties voor. Eerst was een voornemen tot gunning uitgegaan met een Alcatel-termijn. Eiseres verzette zich tegen dat voornemen en was een kort geding gestart. Vervolgens trok de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure in. Ook de brief waarin die mededeling werd gedaan bevatte een Alcatel-termijn. Vervolgens wijzigde eiseres haar eis (in het reeds aanhangige kort geding), vorderde een gebod tot gunning aan haar en een verbod tot gunning aan een ander dan aan haar, maar eiste daarin niet een gebod tot herroeping van die beslissing tot intrekking en/of een verbod tot heraanbesteding. De voorzieningenrechter oordeelt over de vraag of eiseres een voldoende (spoedeisend) belang heeft bij de door haar ingestelde vorderingen dat gunning van de opdracht slechts kan geschieden in het kader van een lopende aanbesteding (en die was nu juist ingetrokken). Omdat een opdracht van dezelfde omvang opnieuw zou worden aanbesteed vindt de rechter dat eiseres daarmee alsnog voldoende belang heeft verkregen bij een uitspraak op haar vorderingen in kort

267 Vrz. Rb. Groningen 1 februari 2012, LJN: BV3104; Hof Leeuwarden 5 juni 2012, LJN: BW7551; Vrz. Rb. Groningen 12 oktober 2012, LJN: BY3312.

268 Hof Arnhem 23 januari 2012, LJN: BV1139 en Vrz. Rb. Rotterdam 26 maart 2012, LJN: BW5773.

269 Vrz. Rb. Den Haag 13 februari 2012, LJN: BV7746; Vrz. Rb. Zutphen 1 maart 2012, LJN: BW5058.

270 Vrz. Rb. Rotterdam 2 april 2012, LJN: BW5803.

271 Vrz. Rb. Haarlem 6 maart 2012, LJN: BV7715.

272 Vrz. Rb. Arnhem 13 december 2012, LJN: BY8408.

273 Vrz. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN: BW5760.

274 Zie bijvoorbeeld Vrz. Rb. Haarlem 14 juni 2012, LJN: BX0160.

275 Vrz. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, LJN: BX3388.

276 Vrz. Rb. Den Haag 30 oktober 2012, LJN: BY4999.

277 Hof Leeuwarden 20 november 2012, LJN: BY3635.

278 Vrz. Rb. Den Bosch 10 juli 2012, LJN: BX2394.

279 Vrz. Rb. Den Haag 13 januari 2012, LJN: BV0894.



geding.<sup>280</sup>

Het standaardverweer van aanbestedende diensten dat een partij die een ongeldige inschrijving heeft gedaan geen belang heeft bij haar vorderingen<sup>281</sup> wordt zeker niet altijd gehonoreerd; indien namelijk de inschrijvingen van de overige inschrijvers ook ongeldig zijn dan staat het de aanbestedende dienst niet vrij om aan een van die inschrijvers te gunnen. Dan zal, aldus de voorzieningenrechter in Den Bosch, de aanbestedingsprocedure moeten worden afgebroken (dat is naar onze mening niet altijd het geval) en zal tot heraanbesteding moeten worden overgegaan. Daarmee is het belang bij de primaire vordering (namelijk tot staking van de lopende aanbestedingsprocedure en tot heraanbesteding, voor zover de opdracht nog gegund gaat worden) een gegeven.<sup>282</sup>

Ook het hof in Leeuwarden onderschrijft dat de ongeldige inschrijver op zich geen belang meer heeft bij toetsing van de gehele aanbestedingsprocedure maar geeft daarbij tevens aan dat zulks uitzondering lijdt voor de bepalingen op grond waarvan zijn inschrijving ongeldig is verklaard. Indien die bepalingen in strijd zijn met het aanbestedingsrecht, dan geldt zulks ook, aldus het hof, voor de daarop gefundeerde ongeldigheid van de inschrijving.<sup>283</sup>

Verworpen wordt het verweer van de aanbestedende dienst dat eiseres niet-ontvankelijk is in haar vorderingen bij gebrek aan belang, omdat haar inschrijving om meer redenen ongeldig zou zijn, en zij, ook wanneer wel sprake zou zijn van een geldige inschrijving, nimmer als eerste zou zijn geëindigd. Overwogen wordt dat eiseres er zeker belang bij heeft de rechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure aan de rechter voor te leggen ter toetsing en daarmee een uitspraak te verkrijgen over de geldigheid van haar inschrijving en de noodzaak van een heraanbesteding.<sup>284</sup>

Evident geen belang bij een vordering in kort geding heeft de inschrijver die niet ingeschreven heeft op het perceel dat in het kort geding ter discussie staat.<sup>285</sup>

#### *Tardief verweer aanbestedende dienst*

Er is één vonnis in 2012 over een (te) laat beroep op ongeldigheid door de aanbestedende dienst, anders dan in voorgaande jaren. In dit vonnis komt een private aanbestede (kerkgenootschap) kennelijk pas ter zitting met een ongeldigheidsverweer dat door de rechter wordt gepasseerd. Reden hiervoor is dat het een eenvoudige aanbesteding betrof waarbij de offertes op eenvoudige wijze

konden worden beoordeeld hetgeen ook was geschied. Bovendien was het kerkgenootschap al veel eerder bekend met de gestelde ongeldigheid, namelijk twee maanden voordat de mondelinge behandeling plaatsvond.<sup>286</sup>

#### *Schadevergoeding*

In een geschil waarin de eisende partij stelde dat een gemeente voor de vestiging van een apotheek een aanbestedingsprocedure diende te houden oordeelt de rechtbank dat er op grond van de aanbestedingsregels noch op basis van andere regels een plicht bestaat tot het houden van een aanbesteding voor de vestiging van een apotheek en dat dus geen sprake is van onrechtmatig handelen op die grond. De vordering tot het opleggen van een gebod aan te besteden wordt afgewezen. Omdat eiseres ook niet had uiteengezet welke schade zij had geleden door het niet laten plaatsvinden van concurrentie en zij haar schade dus niet had onderbouwd worden ook de vorderingen tot het geven van een verklaring voor recht en tot schadevergoeding al om die reden afgewezen.<sup>287</sup>

Het door een advocaat niet-tijdig (binnen de Alcatel-termijn) aanhangig maken van een kort geding en het verzuimen zijn cliënt te wijzen op de gevolgen van het ongebruikt laten verstrijken van de Alcatel-termijn leidt niet tot een schadevergoedingsplicht van die advocaat aan zijn cliënt omdat de inschrijving van die onderneming ongeldig was en zij dus geen schade had geleden als gevolg van het niet aanhangig maken van een kort geding. De vraag of een beroepsfout is begaan behoeft niet meer te worden beantwoord. Bij cassatie had de betreffende partij geen belang meer en de zaak wordt door de HR op grond van art. 81 RO afgedaan.<sup>288</sup>

In een andere zaak waarin de adviseur door de inschrijver in rechte werd betrokken, in dit geval omdat de adviseur zou hebben verzuimd haar te waarschuwen dat haar referenties ontoereikend waren, en inschrijver meende dat indien zij dat zou hebben kunnen herstellen nog een gereede kans op gunning had gehad, geeft de rechtbank de betreffende adviseur een bewijsopdracht. De adviseur wordt toegelaten – om door het overleggen van bewijsstukken dan wel het horen van getuigen – te bewijzen dat zij de betreffende inschrijver er wel op heeft gewezen dat de referenties ontoereikend waren.<sup>289</sup> In een volgende kroniek zullen wij hier ongetwijfeld op terugkomen.

In een aanbesteding door een private partij die door de voorzieningenrechter als onzorgvuldig en onrechtmatig wordt bestempeld, wordt geoordeeld dat dit op twee manieren ongedaan kan worden gemaakt; of door heraanbesteding of door een schadevergoeding, welke laatste bestaat uit een redelijke vergoeding voor de gemiste kans

280 Vzr. Rb. Den Haag 22 maart 2012, LJN: BW0098.

281 Oftewel in de betreffende aanbesteding 'geen recht van spreken meer hebben', zie Vzr. Rb. Den Bosch 18 juni 2012, LJN: BW8668.

282 Vzr. Rb. Den Bosch 27 maart 2012, LJN: BW0035.

283 Hof Leeuwarden 5 juni 2012, LJN: BW7551.

284 Vzr. Rb. Den Haag 6 juli 2012, LJN: BX7567.

285 Vzr. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3549 en Vzr. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3550.

286 Vzr. Rb. Leeuwarden 3 oktober 2012, LJN: BX9015.

287 Rb. Assen 30 mei 2012, LJN: BW7185.

288 HR 8 juni 2012, LJN: BW32180.

289 Rb. Arnhem 22 augustus 2012, LJN: BX6422.

om de opdracht te verwerven. De rechter legt een verbod op de voorgenomen overeenkomsten te sluiten tenzij een voorschot wordt betaald op te verwachten schadevergoeding. Het voorschot bedraagt 30.000 euro. Indien eiseres dan wel gedaagde meent dat dit voorschot te laag dan wel te hoog is in verhouding tot de werkelijk geleden schade door de gemiste kans, dan moet door deze partij de gang naar de rechter in een bodemprocedure worden gemaakt.<sup>290</sup>

Een opmerkelijke zaak – want niet vaak voorkomend in de jurisprudentie – is die waarin een inschrijver van de prijs waarvoor hij had ingeschreven af wilde en weigerde de overeenkomst met aanbestedder aan te gaan. De Rechtbank Dordrecht overweegt dat in het licht van het bij de aanbestedder gewekte gerechtvaardigd vertrouwen dat de overeenkomst tot stand zou komen tegen de prijs waarvoor was ingeschreven en onder de omstandigheid dat het hier om een Europese aanbesteding gaat waarbij vaststaat dat het gedurende 90 dagen gestand doen van de inschrijving een precontractuele verplichting uit het bestek is, het inschrijver niet vrijstaat om de onderhandelingen met aanbestedder af te breken. Door dit wel te doen handelt zij onrechtmatig en is zij verplicht de schade die aanbestedder hierdoor lijdt te vergoeden. Uitgangspunt bij schadevergoeding is dat aanbestedder hierdoor in de positie wordt gebracht alsof de overeenkomst tot stand was gekomen.<sup>291</sup>

#### *Belangenafweging in kort geding*

Indien er geen fouten zijn gemaakt door de aanbestedende dienst is er geen ruimte voor een belangenafweging.<sup>292</sup>

Indien sprake is van (dreigend) handelen in strijd met het aanbestedingsrecht door de aanbestedende dienst, dan is volgens de Haagse voorzieningenrechter in beginsel geen plaats voor een belangenafweging omdat een dergelijke belangenafweging ten koste gaat van een effectieve rechtsbescherming van de klagende inschrijver. Dit zou uitzondering kunnen lijden in het geval van bijzondere belangen. Die bijzondere belangen zijn niet gelegen in oplopende kosten bij de aanbestedende dienst. Een veiligheidsbelang van de Nederlandse politiefunctaris zou een dergelijk bijzonder belang kunnen zijn maar dan moet dat veiligheidsbelang wel van voldoende gewicht zijn.<sup>293</sup>

Indien de rechter het opleggen van een heraanbesteding op zijn plaats acht, zal de door diezelfde rechter in zijn vonnis te maken belangenafweging niet snel een ander licht op de zaak werpen. Het belang van een gemeente om spoedig tot bodemsanering van een bepaalde locatie over te gaan weegt niet op tegen het maatschappelijke belang dat aanbestedende diensten de aanbestedingsrechtelijke

beginselen van gelijkheid en transparantie in acht nemen.<sup>294</sup>

In een geschil waarbij de aanbestedende dienst tot intrekking van de aanbestedingsprocedure en tot heraanbesteding wilde overgaan, welk voornemen door de (in de gestaakte aanbestedingsprocedure) voorlopige winnaar werd aangevochten, oordeelt de rechter dat een afweging van belangen in het voordeel van de aanbestedende dienst uitvalt. Hiertoe was met name van belang dat toewijzing van de vordering van eiseres zou betekenen dat er acute problemen in de tijdelijke regeling van inkoop van de betreffende dienstverlening zouden ontstaan en mogelijk ook juridische problemen met de andere betrokken inschrijvers die terecht bezwaar zouden kunnen maken. Bovendien had eiseres in de heraanbesteding een nieuwe kans om alsnog opdrachten te verwerven.<sup>295</sup>

Mogelijk ietwat kort door de bocht achten wij een overweging ten aanzien van de belangenafweging van de Amsterdamse voorzieningenrechter in het kader van een kort geding met als inzet een verbod op verdere uitvoering van een gesloten overeenkomst. Hij bepaalt namelijk dat in het kader van de te maken belangenafweging economische belangen van aanbestedende dienst en contractant in beginsel niet mogen worden meegewogen gelet op art. 11 lid 2 Wira. Echter, dat artikel heeft betrekking op vernietiging van een overeenkomst en niet op een verbod op verdere uitvoering van een overeenkomst. Het is mogelijk dat de rechter heeft willen aansluiten bij de Wira maar geheel duidelijk blijkt dat uit de bewoordingen van dit vonnis niet. Wij vragen ons af of het aanhaken bij de wijze waarop belangen bij vernietiging van een overeenkomst een rol mogen spelen in geval van een situatie waarbij geen sprake is van vernietiging van een overeenkomst maar een minder vergaande sanctie wordt opgelegd, wel zo wenselijk is.<sup>296</sup>

#### *Inzage en openbaarmaking*

Een aantal malen is discussie gevoerd over de vraag of een aanbestedende dienst tot bekendmaking van informatie uit de winnende inschrijving verplicht is. In een Bass-aanbesteding oordeelt de Rotterdamse voorzieningenrechter dat uitgangspunt is dat een verliezende inschrijver zodanige informatie moet krijgen van de aanbestedende dienst dat hij daaruit kan begrijpen waarom zijn aanbieding niet als winnend uit de beoordeling is gekomen. Daaronder valt echter niet informatie die de rechtmatige commerciële belangen van een inschrijver zou kunnen schaden (art. 50 lid 5 Bass). Als het gaat om informatie ten aanzien van een financieel gunningscriterium is het voldoende als naast de kenbaar gemaakte wijze van puntenberekening de door de winnaar behaalde score wordt verstrekt. Dan behoeven de aanneemsom of andere financiële componenten van de winnende prijs niet

290 Vzr. Rb. Amsterdam 29 mei 2012, LJN: BX1677.

291 Rb. Dordrecht 14 november 2012, LJN: BY3500.

292 Vzr. Rb. Amsterdam 20 januari 2012, LJN: BX3384.

293 Vzr. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN: BV1636 en Vzr. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN: BV1638.

294 Vzr. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN: BW5760.

295 Vzr. Rb. Amsterdam 5 juni 2012, LJN: BX3727 en Vzr. Rb. Amsterdam 5 juni 2012, LJN: BX3731.

296 Rb. Amsterdam 21 september 2012, LJN: BX9050.

bekend te worden gemaakt. Dat is immers bedrijfsgevoelige informatie waarvan niet kan worden uitgesloten dat het openbaar maken daarvan de rechtmatige commerciële belangen van de winnaar zou kunnen schaden.<sup>297</sup>

Hetzelfde geldt op grond van art. 2.29.9 ARW 2005 (geen openbaarmaking van gegevens die de rechtmatige commerciële belangen van de winnaar zou kunnen schaden) ten aanzien van de namen van de door de winnaar ingediende referentieprojecten.<sup>298</sup>

Een vordering tot het verkrijgen van inzage in de volledige inschrijvingen van alle inschrijvers dan wel van de winnaar(s) van (meerdere) raamovereenkomsten wordt evenmin toegewezen omdat hier evident sprake is van concurrentiegevoelige informatie, te meer nu de winnende raamcontractanten ter zake van de onder de raamovereenkomst te verstrekken afzonderlijke opdrachten met elkaar moeten concurreren (in minicompetities) en een aanbestedende dienst zorgvuldig dient om te gaan met de aan hem verstrekte concurrentiegevoelige informatie.<sup>299</sup>

Ook een vordering tot afgifte van een intern (beoordelings-) document wordt afgewezen omdat er geen aanbestedingsrechtelijke verplichting rust op de aanbestedende dienst om afschriften van documenten met interne beoordelingsresultaten te verstrekken aan een verliezende inschrijver.<sup>300</sup>

#### *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

Als een aanbestedende dienst, bijvoorbeeld een gemeente, een ongereguleerde (want niet-Europese) aanbesteding houdt, bijvoorbeeld in het kader van de verkoop van drie parkeergarages, dan brengt de keuze voor een vrijwillige aanbestedingsprocedure mee dat zij is gehouden zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid en naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>301</sup> Dit houdt in elk geval in de eerbiediging van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, te weten het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.<sup>302</sup> Dit geldt ook als een gemeente voor een onderdempelige opdracht gericht twee partijen (onderhands dus) heeft uitgenodigd.<sup>303</sup>

Onjuist lijkt de overweging dat pas sprake is van een vrijwillige aanbesteding indien de gevolgde procedure sterk lijkt op een aanbestedingsprocedure waarbij vervolgens door de rechter wordt gekeken naar de bewoordingen in de documentatie (“nergens wordt gesproken over een aanbesteding”) en de vraag of gunnings- en selectiecriteria zijn geformuleerd. De kenmerkende eigenschappen van

een aanbesteding zouden ontbreken en partijen zouden slechts zijn uitgenodigd om een vrijblijvende aanbieding te doen. De rechter komt tot de conclusie dat geen sprake is geweest van een aanbesteding maar van een onderhandse meervoudige offerteprocedure (oftewel: een aanbesteding wat ons betreft). Wat er van zij, vervolgens overweegt hij terecht dat de gemeente wel is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en meer in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel.<sup>304</sup>

#### *Voorlopig getuigenverhoor*

Bewijslevering is in een kort geding anders dan in een bodemprocedure.

Een poging om voordat de mondelinge behandeling van een kort geding plaatsvond de rechter te bewegen tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor en daarnaast het verzoek indienen om de behandeling van het kort geding aan te houden tot een tijdstip na het houden van het voorlopig getuigenverhoor werd afgestraft.<sup>305</sup> De Haagse voorzieningenrechter hield de behandeling van het kort geding niet aan en was niet bereid om getuigen bij gelegenheid van het kort geding onder ede te horen. Daarbij wees hij op de mogelijkheid om aanwezig tijdens het kort geding als informant vragen te stellen. Vervolgens heeft dit kort geding doorgang gevonden.

#### *Dwangsom*

Aan overheidsinstellingen zoals gemeenten aan wie in rechte een gebod of een verbod wordt opgelegd wordt niet snel een dwangsom opgelegd, althans niet in een aanbestedingskortgeding. Soms overweegt de voorzieningenrechter dat gelet op de positie van de gemeente, als overheidsinstantie die geacht wordt rechterlijke oordelen volledig en onvoorwaardelijk na te leven, aan de veroordeling geen dwangsom wordt verbonden.<sup>306</sup> Ook blijkt voldoende voor het niet opleggen van een dwangsom de verklaring van de aanbestedende dienst ter zitting het vonnis op te zullen volgen,<sup>307</sup> oftewel een dergelijke verklaring waarbij er voorts geen aanleiding bestaat om aan te nemen dat aan die toezegging geen gestand zal worden gedaan<sup>308</sup> oftewel indien gewoonweg ‘onvoldoende aannemelijk’ is geworden dat de aanbestedende dienst het vonnis niet zal opvolgen.<sup>309</sup> Een andere overweging die voorkomt is dat gemeenten in de regel vonnissen plegen na te komen en er onvoldoende is gesteld waarom dat in de onderhavige zaak niet het geval zou zijn.<sup>310</sup>

Dit lijkt anders uit te pakken voor private partijen die een aanbestedingsprocedure volgen en aan wie een gebod

297 Vzr. Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN: BV7050.

298 Vzr. Rb. Utrecht 22 februari 2012, LJN: BV6410.

299 Vzr. Rb. Rotterdam 2 augustus 2012, LJN: BX3795.

300 Vzr. Rb. Den Haag 13 februari 2012, LJN: BV7746.

301 Vzr. Rb. Amsterdam 14 juni 2012, LJN: BY0490.

302 Vzr. Rb. Rotterdam 31 januari 2012, LJN: BW3238 en Vzr. Rb. Den Haag 19 juni 2012, LJN: BW9894.

303 Vzr. Rb. Den Haag 17 februari 2012, LJN: BV8342.

304 Vzr. Rb. Den Bosch 10 september 2012, LJN: BX7223.

305 Vzr. Rb. Den Haag 20 juli 2012, LJN: BX3360.

306 Vzr. Rb. Maastricht 27 februari 2012, LJN: BV7037.

307 Vzr. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, LJN: BX3388.

308 Vzr. Rb. Zutphen 1 maart 2012, LJN: BW5058.

309 Vzr. Rb. Arnhem 15 maart 2012, LJN: BW0577.

310 Vzr. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN: BW5760.

of verbod wordt opgelegd. Een dwangsom wordt aan de veroordeling verbonden. Niet duidelijk wordt uit de betreffende vonnissen of daartegen verweer is gevoerd.<sup>311</sup>

#### *Aanhouding zaak in kort geding*

Slechts zelden worden beslissingen in kort geding aangehouden. Als er pas op de zitting een technisch complexe discussie ontstaat, kan een partij soms onvoldoende gelegenheid hebben gehad om op bepaalde stellingen van de wederpartij in te gaan. Dan kan de beslissing een aantal weken worden aangehouden om een partij in de gelegenheid te stellen zich uit te laten waarna de wederpartij daarop weer schriftelijk kan reageren.<sup>312</sup>

#### *Wet openbaarheid van bestuur (Wob)*

In drie uitspraken in 2012 stond de reikwijdte van de uitzonderingsgronden van de Wob ter discussie.

De ABRvS oordeelt<sup>313</sup> over een Wob-verzoek met betrekking tot de aanschaf van vaccins tegen de Mexicaanse griep, dat bedrijfs- en fabricagegegevens in de zin van art. 10 lid 1, aanhef en onder c, Wob, slechts die gegevens zijn waaruit wetenswaardigheden kunnen worden afgelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces, dan wel met betrekking tot de afzet van de producten of de kring van afnemers en leveranciers. Ook gegevens die uitsluitend de financiële bedrijfsvoering betreffen, kunnen onder omstandigheden zodanige bedrijfsgegevens zijn. Als de stukken inzicht geven in hoe een onderneming haar bedrijfsvoering heeft ingericht en welke vraag naar bepaalde producten zij in een bepaalde periode aankan, of over de opslagmogelijkheden van die producten of over het logistieke proces van een onderneming, of over de contracts- en betalingsvoorwaarden, dan zijn dit bedrijfs- en fabricagegegevens in de zin van bovengenoemde bepaling.

Indien uit bepaalde documenten blijkt hoe de Staat zich opstelt tijdens onderhandelingen die onder grote tijdsdruk worden gevoerd (bijvoorbeeld in het kader van levering van vaccins), dan kunnen bij gehele openbaarmaking van die documenten de economische of financiële belangen van de Staat in het geding komen, omdat dan duidelijk blijkt hoe de Staat zich bij toekomstige nieuwe onderhandelingen wellicht opstelt.

Ten slotte kan de wetenschap van de beschikbare hoeveelheid vaccins van een bepaalde producent een relevant en concurrentiegevoelig gegeven zijn, nu andere producenten in onderhandelingen hun biedings- en leveringsstrategie hierop kunnen afstemmen.

Minder spectaculair is het oordeel van de ABRvS dat het, wanneer een bestuursorgaan stelt dat na onderzoek is gebleken dat een bepaald document niet onder hem berust en een dergelijke mededeling niet ongeloofwaardig voorkomt, in beginsel aan degene is die om informatie verzoekt om aannemelijk te maken dat een bepaald document toch onder dat bestuursorgaan berust.<sup>314</sup>

Een derde zaak over de Wob betrof de aanbestedingsprocedure van de exploitatie van de Luchthaven Twente.<sup>315</sup> Verzoeker vroeg om bekendmaking van de namen van de drie inschrijvers. Verweerder weigerde dat omdat het openbaar maken van de namen economische en tevens financiële risico's voor verweerder meebracht. Echter, de rechtbank vond het niet aannemelijk dat een van de inschrijvers zou hebben verzocht om de namen niet bekend te maken, temeer nu in de aanbestedingsdocumentatie stond opgenomen dat de namen van de inschrijvers actief bekend zouden worden gemaakt. Verweerder had bovendien onvoldoende geconcretiseerd en gepreciseerd op welke wijze de onderhandelingspositie van verweerder en daarmee zijn financiële en economische belangen zouden worden benadeeld door openbaarmaking van de namen van de inschrijvers.

#### *Alcatel- en vervaltermijn*

De Alcatel-termijn (de stand still- oftewel de opschortingstermijn) gaat niet lopen indien de gunningsbeslissing onvoldoende is gemotiveerd.<sup>316</sup> Of, zoals in een ander vonnis verwoord: art. 6 Wira markeert het aanvangsmoment van de opschortingstermijn (= Alcatel-termijn) van art. 4 Wira waarbinnen de aanbestedende dienst de opdracht nog niet definitief mag gunnen.<sup>317</sup> Die opschortingstermijn beslaat ook de periode in afwachting van de uitkomst van een tijdens de opschortingstermijn aanhangig gemaakt kort geding over de juistheid van de gunningsbeslissing. Dit betekent echter niet dat na het verstrijken van de Alcatel-termijn zonder meer een verplichting tot sluiting van een contract door de aanbestedende dienst met de winnende inschrijver ontstaat.<sup>318</sup>

De Alcatel-termijn is dus een opschortingstermijn en geen vervaltermijn. Hierop geldt slechts een uitzondering indien de Alcatel-termijn in de aanbestedingsdocumenten in duidelijke en niet mis te verstane bewoordingen als een vervaltermijn is vermeld.<sup>319</sup> Naar onze mening is dat pas het geval indien een inschrijver binnen de termijn een kort geding dient aanhangig te maken op straffe van niet-ontvankelijkheid of verval van recht daartoe.

Waakzaamheid is gelet op de jurisprudentie echter op

311 Vzr. Rb. Amsterdam 29 mei 2012, LJN: BX1677; Vzr. Rb. Amsterdam 25 juni 2012, LJN: BX4835 en Vzr. Rb. Zwolle 27 juni 2012, LJN: BW9819. In die laatste zaak was overigens namens de gemeente Kampen een aanbesteding gehouden, toch werd een dwangsom opgelegd.

312 Vzr. Rb. Den Haag 2 april 2012, LJN: BW1268.

313 ABRvS 3 oktober 2012, LJN: BX8990.

314 ABRvS 5 december 2012, LJN: BY5137.

315 Rb. Almelo 20 december 2012, LJN: BY7268.

316 Vzr. Rb. Den Haag 13 februari 2012, LJN: BV7746.

317 Vzr. Rb. Arnhem 17 februari 2012, LJN: BV7084.

318 Vzr. Rb. Assen 2 april 2012, LJN: BW4855.

319 Vzr. Rb. Dordrecht 18 oktober 2012, LJN: BY0431.

zijn plaats. De ene rechter leest in een bepaalde passage namelijk wel een vervaltermijn, de andere rechter niet. Zo vindt de Zwolse voorzieningenrechter de zin “Gedurende een periode van 15 dagen na datum verzending besluit kunnen gegadigden bezwaar maken tegen het selectiebe-sluit” voldoende om de vordering van een gegadigde, die een kort geding na de periode van 15 dagen (namelijk 35 dagen) aanhangig maakte, af te wijzen.<sup>320</sup> Anders is dat in Den Haag waarbij de rechter een paragraaf waarin verliezers erop worden gewezen dat zij een kort geding aanhangig kunnen maken niet genoeg vindt om een contractuele vervaltermijn aan te nemen.<sup>321</sup>

Feit is wel dat of er nu wel of niet een vervaltermijn is gehanteerd in de aanbestedingsdocumentatie een inschrijver die niet binnen 15 dagen in kort geding ageert wel degelijk rekening dient te houden met de mogelijkheid dat een rechter oordeelt dat zij haar rechten om bezwaar te maken tegen het gunningsvoornemen heeft verwerkt.<sup>322</sup> Met andere woorden: het laten lopen van de Alcatel-termijn – ook al is deze niet als contractuele vervaltermijn opgenomen – is zeer risicovol omdat rechtsverwerking in het kader van de plicht voortvarendheid te betrachten dan alsnog kan worden tegengeworpen.<sup>323</sup>

Daar waar de aanbestedende dienst zelf de Alcatel-termijn heeft verlengd kan hij zich uiteraard niet op niet-ontvanke-lijkheid beroepen als eiseres niet binnen de eerste termijn maar wel binnen de verlengde termijn dagvaardt.<sup>324</sup>

Als een aanbestedende dienst in de aanbestedingsleidraad bepaalt dat de gunningsbeslissing wordt gecommuniceerd per brief en die brief wordt pas op datum x ontvangen (terwijl vier dagen eerder de brief ook per e-mail was verzonden), dan geldt een 15-dagentermijn vanaf datum x en niet vanaf de datum van verzending van het e-mailbericht volgens de Haarlemse voorzieningenrechter.<sup>325</sup> Of deze overweging juist is betwijfelen wij.

#### *Proces- en nakostenveroordeling*

De in kort geding in het ongelijk gestelde partij wordt veelal veroordeeld in de proceskosten.

Uitzondering daarop is een vonnis waarin de vorderingen van eiseres werden afgewezen maar gedaagde toch werd veroordeeld in de kosten van eiseres omdat deze gemeente in weerwil van de haar bekende informatie waarom niet gegund kon worden aan eiseres, dat toch met een voorlopige gunning had gedaan en dat vervolgens die gunning weer had ingetrokken, met alle gevolgen voor eiseres en de andere

inschrijvers van dien.<sup>326</sup> Een andere uitzondering daarop is een vonnis waarin gedaagde pas na het uitbrengen van de dagvaarding de inschrijving van eiseres grondig had gecontroleerd, tegen ongeldigheid aanliep, en vervolgens (terecht) de inschrijving ongeldig verklaarde. Gedaagde wordt ondanks het feit dat de vorderingen worden afgewezen veroordeeld in de proceskosten van eiseres.<sup>327</sup>

Soms worden proceskosten gecompenseerd, bijvoorbeeld als pas ter zitting duidelijk wordt waarom een partij – vaak de aanbestedende dienst – zo heeft gehandeld als is geschied en kennis daarvan waarschijnlijk een kort geding had voorkomen.<sup>328</sup> Of als de aanbestedende dienst (ook al betreft het een vrijwillige aanbesteding van een diensten-concessie) drie dagen na bekendmaking van de uitslag een overeenkomst heeft gesloten en de opdracht definitief heeft gegund zonder een stand-stilltermijn van 15 dagen in acht te nemen.<sup>329</sup>

Wat betreft de nakosten waarop aanspraak wordt gemaakt overweegt de Maastrichtse voorzieningenrechter dat daarover niet bij kortgedingvonnis wordt beslist, gelet op het bepaalde in art. 237 lid 3 en 4 Rv en in overeenstemming met het beleid van de rechtbank.<sup>330</sup> In Den Haag veroordeelt de voorzieningenrechter eiseres als in het ongelijk gestelde partij soms zonder meer soms deels voorwaardelijk in de door gedaagden gevorderde nakosten. Een nadere motivering wordt niet altijd door voorzieningenrechters gegeven.<sup>331</sup>

#### *Wilsgebreken*

Een aanbestedende dienst mag in beginsel uitgaan van de juistheid van de aan hem in de inschrijving verstrekte gegevens. Dit is slechts anders als er sprake is van een voor eenieder kenbare fout. Het gaat dan bijvoorbeeld om voor iedereen aanstonds kenbare rekenfouten, zoals een onjuiste optelling van bedragen of een verkeerd geplaatste punt of komma in een bedrag. Het gegeven dat een inschrijving uitzonderlijk laag is, maakt nog niet dat dit een objectief als zodanig herkenbare vergissing is aangezien dit ook met opzet kan zijn gedaan. Dit geldt temeer omdat het onder de huidige marktomstandigheden normaal is dat er laag wordt ingeschreven. De aanbestedende dienst mocht er in het onderhavige geval van uitgaan dat wil en verklaring van de inschrijver overeenstemden bij het doen van de inschrijving. Het beroep van de inschrijver op het ontbreken van een op een rechtsgevolg gerichte wil in de

320 Vزر. Rb. Zwolle 19 april 2012, LJN: BW3325.

321 Vزر. Rb. Den Haag 7 augustus 2012, LJN: BX6803.

322 Vزر. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, LJN: BX3388.

323 Vزر. Rb. Den Haag 7 augustus 2012, LJN: BX6803, bekrachtigd in hoger beroep: Hof Den Haag 27 november 2012, LJN: BY8708.

324 Vزر. Rb. Den Bosch 10 juli 2012, LJN: BX2394.

325 Vزر. Rb. Haarlem 20 juli 2012, LJN: BY6162.

326 Vزر. Rb. Assen 2 april 2012, LJN: BW4855.

327 Vزر. Rb. Den Haag 16 april 2012, LJN: BW2477.

328 Vزر. Rb. Amsterdam 5 juni 2012, LJN: BX3727 en Vزر. Rb. Amsterdam 5 juni 2012, LJN: BX3731.

329 Vزر. Rb. Amsterdam 14 juni 2012, LJN: BY0490.

330 Vزر. Rb. Maastricht 27 februari 2012, LJN: BV7033 en Vزر. Rb. Maastricht 27 februari 2012, LJN: BV7037.

331 Vزر. Rb. Amsterdam 20 januari 2012, LJN: BX3384; Vزر. Rb. Den Haag 9 mei 2012, LJN: BW6556; Vزر. Rb. Den Haag 16 mei 2012, LJN: BW6515; Vزر. Rb. Den Haag 17 juli 2012, LJN: BX2146; Vزر. Rb. Den Haag 7 augustus 2012, LJN: BX6803; Vزر. Rb. Alkmaar 23 augustus 2012, LJN: BY1651.



zin van art. 3:33 BW wordt verworpen.<sup>332</sup>

Ook het Haagse hof oordeelt dat een aanbestedende dienst de berekeningen in de ingeleverde inschrijfstaten niet behoefde te controleren. Van een redelijk ervaren en oplettend inschrijver mag worden verwacht dat deze zelf zijn inschrijving controleert voordat deze wordt ingestuurd. Als er een afwijking in de inschrijving zit ten opzichte van het gemiddelde van de inschrijvingen dan nog hoeft een aanbestedende dienst niet bedacht te zijn op een fout, indien er meer afwijkingen zijn of nog grotere op bijvoorbeeld andere percelen. De afwijking blijft dan voor risico van de inschrijver.<sup>333</sup>

## 16. Varia

### *Beoordelings- en beleidsvrijheid aanbestedende dienst en beoordelingscommissie*

Dat aanbestedende diensten in beginsel een ruime beoordelingsvrijheid hebben bij het (kwalitatief) beoordelen van inschrijvingen is ook dit jaar weer onderstreept. Vaak is sprake van een ‘marginale’ of ‘terughoudende’ toetsing door de voorzieningenrechter. Deze marginale of terughoudende toetsing houdt in dat de voorzieningenrechter in beginsel niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaat zitten en zich niet bemoeit met de inhoudelijke beoordeling van inschrijvingen, waaronder begrepen de inhoudelijke beoordeling op referentie-eisen.<sup>334</sup> Slechts in het geval van ‘aperte – procedurele dan wel inhoudelijke – onjuistheden’ of in het geval van ‘grove fouten en andere evidente misslagen’ is plaats voor ingrijpen van de voorzieningenrechter.<sup>335</sup> Deze terughoudendheid van de rechter geldt ook ten aanzien van de beleidsvrijheid van aanbestedende diensten om te bepalen wat de inhoud van de aan te besteden opdracht en de reikwijdte daarvan zijn.<sup>336</sup>

Het staat aanbestedende diensten vrij om in het kader van hun beoordeling de verschillen tussen inschrijvingen te duiden en te waarderen. Een dergelijke waardering houdt niet automatisch het introduceren van nieuwe gunningscriteria in. Hiervan is slechts sprake als een inschrijver een bepaalde concrete toepassing van de gunningscriteria niet behoefde te verwachten en die concrete toepassing van de gunningscriteria – als zij vooraf bekend was geweest – ook

tot andere aanbiedingen had geleid.<sup>337</sup>

Een ander uitgangspunt op het gebied van beoordelingsvrijheid lijkt te zijn dat wanneer een aanbestedende dienst meer maatregelen heeft genomen om een objectieve en zorgvuldige aanbestedingsprocedure te waarborgen, een voorzieningenrechter de beoordeling van kwalitatieve gunningscriteria met een grotere terughoudendheid zal toetsen.<sup>338</sup>

De marginale of terughoudende toetsing neemt niet weg dat rechters wél controleren of de beoordeling is uitgevoerd conform de bekendgemaakte beoordelings-systematiek. In dat kader kan de voorzieningenrechter bijvoorbeeld besluiten om de leden van de beoordelingscommissie ter zitting te horen over de uitgevoerde beoordeling.<sup>339</sup> Daarnaast controleren voorzieningenrechters of een beoordeling tegenstrijdigheden bevat<sup>340</sup> en of de door de aanbestedende dienst verschaft motivering van de scores voldoende duidelijk is.<sup>341</sup>

In het kader van de terughoudende beoordeling wordt door rechters bekeken of de aanbestedende dienst c.q. beoordelingscommissie ‘in redelijkheid’ tot de punten-toekenning heeft kunnen komen. Is dat niet het geval, bijvoorbeeld omdat de door de aanbestedende dienst uitgevoerde beoordeling van de inschrijving niet logisch voortvloeit uit hetgeen daarover in de aanbestedingsdocumentatie is vermeld, dan is er plaats voor ingrijpen door de rechter. In dat geval is het echter niet zo dat de rechter zelf tot een puntentoekening overgaat, maar zal de rechter de aanbestedende dienst in de regel veroordelen tot een herbeoordeling conform de bekendgemaakte beoordelings-systematiek.<sup>342</sup>

### *Belangenverstrengeling/voorkennis/level playing field*

Dat zittende aanbieders bepaalde (inherente) voordelen hebben, leidt niet automatisch tot de conclusie dat geen sprake is van een level playing field. Het feit dat andere aanbieders meer moeite moeten doen om zich in de bestaande situatie in te leven, maakt bijvoorbeeld niet dat de zittende aanbieder op onrechtmatige wijze wordt bevoordeeld. Wat vaak doorslaggevend lijkt, is of alle inschrijvers over dezelfde informatie kunnen beschikken die benodigd is om een inschrijving te kunnen doen. Is dat het geval, dan worden klachten over een ‘ongelijk speelveld’ vaak verworpen.<sup>343</sup> Dit geldt ook wanneer

332 Rb. Dordrecht 14 november 2012, LJN: BY3500.

333 Hof Den Haag 20 november 2012, LJN: BY3637.

334 Vzr. Rb. Rotterdam 2 april 2012, LJN: BW5803.

335 Vzr. Rb. Amsterdam 21 februari 2012, LJN: BV8489; Vzr. Rb. Rotterdam 24 februari 2012, LJN: BV7307; Vzr. Rb. Den Bosch 27 april 2012, LJN: BW6321; Vzr. Rb. Den Haag 11 mei 2012, LJN: BW6061; Vzr. Rb. Almelo 4 juni 2012, LJN: BW7541; Vzr. Rb. Amsterdam 7 juni 2012, LJN: BW7787; Vzr. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3549; Vzr. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3551; Vzr. Rb. Den Haag 19 juni 2012, LJN: BW9894; Vzr. Rb. Arnhem 17 juli 2012, LJN: BX4570; Vzr. Rb. Den Haag 7 augustus 2012, LJN: BX6803.

336 Vzr. Rb. Den Haag 14 november 2012, LJN: BY3967.

337 Vzr. Rb. Amsterdam 7 juni 2012, LJN: BW7787; zie ook Vzr. Rb. Amsterdam 21 februari 2012, LJN: BV8489.

338 Vzr. Rb. Zutphen 27 april 2012, LJN: BX2348; Vzr. Rb. Almelo 4 juni 2012, LJN: BW7541; Rb. Utrecht 1 augustus 2012, LJN: BX3372.

339 Vzr. Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN: BV7050.

340 Vzr. Rb. Haarlem 6 maart 2012, LJN: BV7715.

341 Vzr. Rb. Den Haag 19 juni 2012, LJN: BW9894.

342 Vzr. Rb. Amsterdam 27 januari 2012, LJN: BV3081.

343 Vzr. Rb. Amsterdam 20 januari 2012, LJN: BX3384; Vzr. Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN: BV3091; Vzr. Rb. Den Haag 5 maart 2012, LJN: BV8642; Vzr. Rb. Den Haag 18 september 2012, LJN: BY5228.

bepaalde potentiële aanbieders later over relevante informatie kunnen beschikken dan andere (zittende) aanbieder. Ook dit leidt niet automatisch tot de conclusie dat geen sprake meer is van een level playing field.<sup>344</sup>

Zelfs het feit dat een bepaalde inschrijver een financiële vergoeding/subsidie van de overheid heeft ontvangen (en om die reden goedkoper kan inschrijven dan de concurrentie) lijkt geen reden voor ingrijpen. Ook hier geldt kennelijk dat het niet aan de aanbestedende dienst is om op dit punt volkomen gelijkheid te creëren. Slechts in het geval van een 'evidente schending van het verbod op staatssteun' kan dit anders liggen.<sup>345</sup>

Verder is er geen reden voor ingrijpen in de situatie dat de aanbestedende dienst voorafgaand aan inschrijving per ongeluk een proces-verbaal aan een van de inschrijvers toezendt waarin concurrentiegevoelige informatie staat over een andere inschrijver. In die situatie moet blijkbaar eerst afgewacht worden of de eerstgenoemde inschrijver voor voorlopige gunning in aanmerking komt. Slechts in dat geval moet nader onderzocht worden of de toezending van het proces-verbaal tot dit resultaat heeft geleid.<sup>346</sup>

Klachten over een ontoelaatbare belangenverstrengeling leiden niet snel tot ingrijpen door de voorzieningenrechter. Het feit dat bepaalde personen in de beoordelingscommissie in het verleden mogelijk hebben samengewerkt met een van de inschrijvers leidt bijvoorbeeld niet tot de conclusie dat sprake is van een ontoelaatbare belangenverstrengeling.<sup>347</sup> Ook het feit dat een van de inschrijvers bij de voorbereiding van de aanbesteding betrokken is geweest leidt er niet zonder meer toe dat haar inschrijving buiten beschouwing gelaten moet worden. Waar het om gaat is of de inschrijver die bij de voorbereiding betrokken was een kennisvoorsprong heeft ten opzichte van andere inschrijvers, die van invloed was of kon zijn op haar eigen inschrijvers. Is dat niet het geval, dan grijpt de voorzieningenrechter niet in.<sup>348</sup>

#### *Hoedanigheid inschrijver*

Aanbestedende diensten dienen in beginsel entiteiten tot hun aanbestedingsprocedures toe te laten die subsidie ontvangen. Dit geldt ook wanneer die entiteiten als gevolg van de subsidies aanbiedingen kunnen doen waarvan de prijzen veel lager zijn dan die van hun mededingers die geen subsidie ontvangen. Gelet op dit uitgangspunt mag een aanbestedende dienst dus niet een inschrijver weren die gebruikmaakt van werknemers met een Wsw-indicatie, die deels gesubsidieerde arbeid verrichten. Ook het feit dat diezelfde onderneming gedeeltelijk is vrijgesteld van ven-

nootschapsbelasting leidt niet tot een andere conclusie.<sup>349</sup>

#### *Raakvlakken met staatssteun*

Net zoals vorig jaar blijkt dat (voorzieningen)rechters niet of nauwelijks gevoelig zijn voor staatssteunrechtelijke argumenten in het kader van aanbestedingsprocedures. De staatssteunrechtelijke argumenten worden over het algemeen verworpen met het argument dat 'onvoldoende concrete gegevens' zijn aangedragen of dat een 'deugdelijke onderbouwing' ontbreekt.<sup>350</sup> Op staatssteunrechtelijke argumenten wordt ook niet inhoudelijk ingegaan wanneer een procespartij "niet (concreet onderbouwd) heeft gesteld dat aan elk van de in art. 107, lid 1 VWEU genoemde voorwaarden is voldaan"<sup>351</sup> of wanneer een onderneming geen (proces)belang heeft bij dit oordeel.<sup>352</sup>

Een inhoudelijk oordeel over de vraag of sprake is van staatssteun komt – kortom – zelden aan de orde. Zo wordt de stelling dat een inschrijver (abnormaal) laag kan inschrijven, als gevolg van de onrechtmatige staatssteun die zij ontvangt, verworpen naar aanleiding van het argument van de beschuldigde inschrijver dat zij voor haar inkomsten niet volledig afhankelijk is van staatssteun, maar dat zij ook commerciële activiteiten ontplooit en een verlies dus ook met die commerciële gelden kan compenseren.<sup>353</sup>

Een inhoudelijk oordeel over de vraag of sprake is van (onrechtmatige) staatssteun is wél (kort) aan de orde in een zaak van voorzieningenrechter van de Rechtbank Zutphen. Deze voorzieningenrechter komt in het licht van de in het geding gebrachte taxaties tot de conclusie dat geen sprake is van een voordeel in staatssteunrechtelijke zin.<sup>354</sup> Een ander inhoudelijk oordeel over de aanwezigheid van staatssteun wordt gegeven door de Rechtbank Den Bosch. Deze rechtbank volgt de Europese Commissie in haar voorlopige oordeel dat geen sprake is van een voordeel in staatssteunrechtelijke zin. Tegen de achtergrond van het voorlopige oordeel van de Commissie heeft de klagende onderneming volgens de rechtbank onvoldoende gemotiveerd gesteld dat er sprake is van selectieve begunstiging in de zin van art. 107 lid 1 VWEU. In tegenstelling tot andere rechtbanken, geeft de Rechtbank Den Bosch daarbij wel duidelijk aan waarom de verschaftte motivering niet voldoende is in haar ogen.<sup>355</sup>

Een opmerkelijk oordeel inzake staatssteun betreft het oordeel van de Rechtbank Leeuwarden inzake de concessie voor veerdiensten naar Terschelling. In deze zaak verwerpt de rechtbank de staatssteunrechtelijke argumenten primair met de stelling dat van een selectieve bevoordeling geen

344 Vزر. Rb. Den Haag 27 maart 2012, LJN: BW0018.

345 Vزر. Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN: BV3091, zie ook Vزر. Rb. Groningen 5 oktober 2012, LJN: BX9238.

346 Vزر. Rb. Den Haag 3 mei 2012, LJN: BW6559.

347 Vزر. Rb. Utrecht 1 augustus 2012, LJN: BX3372.

348 Vزر. Rb. Arnhem 6 november 2012, LJN: BY4928.

349 Vزر. Rb. Groningen 5 oktober 2012, LJN: BX9238.

350 Hof Den Bosch 17 januari 2012, LJN: BV1367; Vزر. Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN: BV3091.

351 Hof Leeuwarden 15 mei 2012, LJN: BW6167.

352 Rb. Assen 30 mei 2012, LJN: BW7185.

353 Vزر. Rb. Den Haag 27 maart 2012, LJN: BW0018.

354 Vزر. Rb. Zutphen 22 mei 2012, LJN: BW6294.

355 Rb. Den Bosch 24 oktober 2012, LJN: BY1110.

sprake is. Opmerkelijk aan deze uitspraak is dat de rechtbank hieraan toevoegt dat er bij de concessieverlening eveneens geen sprake is van een beïnvloeding van het tussenstaatse handelsverkeer, zodat een beroep op art. 107 VWEU ook om die reden faalt.<sup>356</sup>

#### *Raakvlakken met mededingingsrecht*

Aanbestedingsdocumentatie bevat niet zelden spelregels die tot doel hebben om bid-rigging te voorkomen. Een voorbeeld van een dergelijke spelregel was aan de orde in een kort geding voor de Rechtbank Den Haag. In deze zaak had de aanbestedende dienst, ter voorkoming van kartelvorming, bepaald dat inschrijvers onderling geen contact mochten hebben. De stelling dat een van de inschrijvers dit contactverbod had overtreden door via de website linkedin.com contact te hebben met een andere inschrijver wordt echter verworpen omdat dat contact de eerlijke marktwerking niet had verstoord.<sup>357</sup>

Schending van het (nationale) kartelverbod is evenmin aan de orde in een zaak waarin de ene inschrijver met de andere inschrijver ná inschrijving een vaststellingsovereenkomst sluit om zo een discussie over een auteursrecht-inbreuk te beëindigen. Doorslaggevend daarbij is dat de vaststellingsovereenkomst niet tot doel had om een van de inschrijvers ongestoord de aanbesteding te laten winnen. Er was kortom niet sprake van een 'reparatieovereenkomst' tussen twee concurrenten, die tot doel had om een van de twee ongestoord de aanbesteding te laten winnen.<sup>358</sup>

Een interessante overweging omtrent economische machtsposities treft men aan in een vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem. Deze voorzieningenrechter overweegt dat zorginkoper Menzis mede vanwege haar economische machtspositie in de regio Twente gehouden is een verifieerbaar, transparant en non-discriminatoire contracteerbeleid te hanteren. Deze machtspositie ten opzichte van zorgaanbieders brengt tevens met zich mee dat aan Menzis zware eisen gesteld mogen worden ten aanzien van de zorgvuldigheid die zij bij de totstandbrenging van contracten in acht moet nemen, nu een onderneming met een economische machtspositie in staat is zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen ten opzichte van haar concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers.<sup>359</sup> Deze uitspraak impliceert dus dat ondernemingen met een machtspositie gehouden zijn om bij aanbestedingen de kernbeginselen van het aanbestedingsrecht in acht te nemen.

#### *Raakvlakken met IE-recht*

In een reeds genoemde uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam was aan de orde of het nationale kartelverbod werd geschonden door twee inschrijvers door ná inschrijving een vaststellingsovereenkomst te sluiten om zo een discussie over een auteursrecht-inbreuk te beëindigen. Een inhoudelijke discussie omtrent het intellectuele eigendom blijft in deze uitspraak buiten schot.<sup>360</sup>

De stelling van een inschrijver op een aanbestedingsprocedure dat alle inschrijvers waren aangewezen op onderneming Hexspoor voor een zogenoemde Otabind-inbindmethode strandt omdat uit het Benelux Merkenregister blijkt dat het merk Otabind al eerder was komen te vervallen. In die omstandigheid had het op de weg van de klagende inschrijver gelegen om aan te geven op grond van welk intellectueel eigendomsrecht Hexspoor toch als enige onderneming in Nederland de Otabind-inbindmethode mocht hanteren.<sup>361</sup>

#### *Variant*

Wanneer in een aanbestedingsleidraad niet expliciet is vastgelegd in welke mate een aangeboden variant dient af te wijken van de besteksconforme oplossing, dan houdt dat in dat ieder aanbod dat niet besteksconform is en door de inschrijver als variant wordt aangeboden als variant in de zin van de aanbestedingsleidraad moet worden aangemerkt en als zodanig moet worden beoordeeld. Een andere uitleg verdraagt zich niet met het transparantiebeginsel, al was het alleen al omdat inschrijvers dan in het duister tasten over de mate waarin de variant ten minste dient af te wijken van de besteksconforme opdracht.<sup>362</sup>

Het begrip variant komt ook aan de orde in (de conclusie van A-G Keus bij) een arrest van de Hoge Raad omtrent de aanbesteding van het aanbrengen van een damwand. Nadat er aan een onderneming is gegund op basis van de door haar aangeboden besteksconforme oplossing, wenst deze onderneming alsnog de door haar als alternatief/variant aangeboden damwanden aan te bieden. De Hoge Raad ziet in deze zaak geen reden tot cassatie omdat de klachten niet nopen tot de beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.<sup>363</sup>

#### **Over de auteurs**

Ingrid van den Berge, Matthijs Mutsaers, Dorien Zweers en Arnold Gelderman zijn advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen N.V.

356 Rb. Leeuwarden 12 december 2012, LJN: BY5837.

357 Vزر. Rb. Den Haag 9 juli 2012, LJN: BX2142.

358 Vزر. Rb. Amsterdam 9 maart 2012, LJN: BV8483.

359 Vزر. Rb. Arnhem 8 augustus 2012, LJN: BX4463. Vgl. ook Vزر. Rb. Den Haag 12 december 2012, LJN: BY7546; Vزر. Rb. Den Haag 12 december 2012, LJN: BY7547; Vزر. Rb. Den Haag 12 december 2012, LJN: BY7549; Vزر. Rb. Arnhem 12 december 2012, LJN: BY8223.

360 Vزر. Rb. Amsterdam 9 maart 2012, LJN: BV8483.

361 Vزر. Rb. Rotterdam 2 augustus 2012, LJN: BX3795.

362 Vزر. Rb. Zwolle 12 november 2012, LJN: BY3162.

363 HR 6 april 2012, LJN: BV6696.