

# 80 Kroniek Europese en nationale jurisprudentie aanbestedingsrecht 2013

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, het Gerecht, de nationale civiele rechter en de bestuursrechter over de periode 1 januari tot en met 31 december 2013, voor zover bij auteurs bekend. Nieuw in deze kroniek is dat wij ook de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts bespreken die in genoemde periode zijn uitgebracht en gepubliceerd.<sup>1</sup>

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>

Ter toelichting voor de lezer dient nog het volgende. Op 1 april 2013 trad de Aanbestedingswet 2012 in werking. In veel uitspraken komt uiteraard het Bao nog aan de orde omdat op de betreffende aanbestedingsprocedure het Bao nog van toepassing is. Verder moet worden opgemerkt dat het (nieuwe) onderwerp 'proportionaliteit' vooral wordt behandeld bij de paragrafen over toelaatbaarheid van uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en gunningscriteria.<sup>4</sup>

1 Wij beschikken mogelijk niet over alle niet gepubliceerde vonnissen/arresten/uitspraken/adviezen. Sommige vonnissen/arresten/uitspraken worden in verschillende rubrieken besproken omdat zij om meerdere redenen het signaleren waard zijn.

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. 3, p. 158-209; 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, TA 2012, afl. 2, p. 142-200; Kroniek aanbestedingsjurisprudentie (over de periode januari-december 2012), mr. I.J. van den Berge, mr. M.J. Mutsaers, mr. T.G. Zweers – te Raaij, mr. A.B.B. Gelderman TA 2013, afl. 1, p. 38-73.

3 In deze kroniek zal over Richtlijn worden gesproken indien wordt bedoeld Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het

## 1. Publiekrechtelijke instelling

In het – met betrekking tot bovengenoemd onderwerp in 2013 enige – arrest van het HvJ EU stond een zogenaamde *Ärzttekammer* in Duitsland centraal.<sup>5</sup>

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). Ten slotte worden de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit op verzoek van de redactie voluit geschreven in de tekst.

4 In de voetnoten zal voorzieningenrechter worden afgekort tot Vzr., rechtbank tot Rb. We zullen in tekst en voetnoten ook spreken over 'HR' in plaats van Hoge Raad, over 'Hof' in plaats van Gerechtshof, over 'AB RvS' in plaats van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, over 'CBB' in plaats van College van Beroep voor het bedrijfsleven, over 'HvJ EU' in plaats van het Hof van Justitie EU, over 'CvA' in plaats van Commissie van Aanbestedingsexperts en over het VWEU in plaats van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. In de voetnoten zal verder worden verwezen naar ECLI-nummers. Indien de uitspraak nog niet is gepubliceerd, wordt zaaknummer en 'n.n.g.' vermeld.

5 HvJ EU 12 september 2013, C-526/11.

Deze beroepsvereniging van artsen stond op de lijst van publiekrechtelijke instellingen als bedoeld in bijlage 3 van de Richtlijn. Dit betekent, aldus het HvJ EU, niet dat daaruit een onweerlegbaar vermoeden voortvloeit dat de betreffende entiteit dus een publiekrechtelijke instelling is. Met andere woorden, er moet steeds door een rechter worden getoetst of de vermelding van een instelling op de lijst een correcte toepassing vormt van de bepaling met daarin de voorwaarden voor het kwalificeren als een publiekrechtelijke instelling.

De discussie spitste zich in dit arrest vervolgens toe op twee alternatieve voorwaarden van het derde criterium, namelijk ‘financiering in hoofdzaak door de overheid’ en ‘toezicht op beheer door de overheid’.

Het HvJ EU bevestigt dat het in beide gevallen moet gaan om een sterke afhankelijkheid van de entiteit van de overheid. Het HvJ EU stelt vast dat de Ärztekammer een aanzienlijke autonomie heeft op basis van de wet om aard, omvang en uitvoeringswijze van de activiteiten die zij verricht en de uitvoering van haar taken te bepalen en ook om de financiële middelen (en bijdrage van de leden) zelf vast te stellen. Dat er een toezichthoudende overheidsinstantie is die achteraf controleert of de begroting van de Ärztekammer in evenwicht is, doet niet aan die autonomie af. Omdat Ärztekammer feitelijk beschikt over een organisatie- en begrotingsautonomie kan zij niet worden beschouwd als een van de overheid sterk afhankelijke instelling. Zij is dus geen publiekrechtelijke instelling.

In de nationale rechtspraak kwam de vraag aan de orde of de Stichting IJscap Jaap Eden een publiekrechtelijke instelling was.<sup>6</sup> Het geschil spitste zich toe op het element ‘toezicht op beheer’. Omdat de stichting jaarlijks verantwoording over de besteding van de subsidie aan de gemeente Amsterdam diende te verstrekken, zich moest houden aan bepaalde openingstijden en de verdeling van beschikbare ijsuren onder bepaalde doelgroepen van tevoren moest voorleggen aan de gemeente, zij toestemming moest vragen voor het aangaan van rechtshandelingen met financiële gevolgen en niet haar eigen tarieven mocht bepalen, oordeelt de voorzieningenrechter dat er een ‘nauwe band’ bestaat tussen de stichting en de gemeente Amsterdam. Dit is op zichzelf niet de toetsingsmaatstaf maar vervolgens overweegt de rechter terecht dat er sprake is van een toezicht dat meer is dan een loutere controle achteraf en dat de gemeente Amsterdam een zeer vergaande invloed heeft op de bedrijfsvoering van de stichting, waardoor de gemeente in staat is om de beslissingen van de stichting op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden. De stichting is dus een publiekrechtelijke instelling.<sup>7</sup>

6 V.zr. Rb. Amsterdam 1 mei, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ9202.

7 In hoger beroep heeft het hof de juistheid van dit oordeel van de voorzieningenrechter in het midden gelaten omdat het er voor de bespreking van de grieven en de vorderingen niet toe deed of de stichting een

## 2. Overheidsopdracht algemeen

### a. Algemeen

In het Piepenbrock-arrest<sup>8</sup> heeft het HvJ EU nogmaals bevestigd dat het voor het begrip ‘overheidsopdracht’ en voor de vraag of aan de elementen van dat begrip is voldaan niet van belang is of de ondernemer (die de overeenkomst uitvoert) zelf een aanbestedende dienst is en evenmin of deze entiteit niet hoofdzakelijk winst nastreeft, niet als een onderneming is georganiseerd of zich niet op een regelmatige basis op de markt beweegt.

Ook in een nationaal vonnis<sup>9</sup> gaat de rechter de elementen van ‘overheidsopdracht voor diensten’ af: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen de gemeente Assen en een onderneming waarbij een opdracht voor de verwerking van oud papier was verleend. De stelling van de gemeente dat geen sprake zou zijn van een bezwarende titel, werd verworpen. De gemeente verkocht het oud papier aan de onderneming maar niet bekend was tegen welk bedrag. De rechtbank oordeelt dat er verkocht werd tegen de hoogste prijs minus een bepaald bedrag (dat de gemeente niet bekend wilde maken) en dat er dus een bepaald voordeel werd gegeven, hetgeen als de tegenprestatie van de gemeente werd beschouwd. Niet duidelijk is hoe zich dit verhoudt tot de overweging dat niet in geschil is dat de toepasselijke drempelwaarde met het contract wordt overschreden.

In een ander interessant arrest<sup>10</sup> stond de uitleg van de bepaling centraal die betrekking heeft op opdrachten waarbij aanbestedende diensten voor meer dan 50 procent rechtstreeks subsidie verlenen. Het ging in het bijzonder om het begrip ‘inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding’, zoals opgenomen in art. 2 lid 2 van Richtlijn 93/37/EEG, vergelijkbaar met art. 2.8 lid 1 sub b Aanbestedingswet 2012. Dit begrip wordt nergens in de regelgeving gekwalificeerd of verduidelijkt. Het HvJ EU bepaalt dat in het kader van deze subsidiebepaling het begrip ‘opdrachten’ zoals daar genoemd (NB: er staat dus niet: ‘overheidsopdrachten’) niet beperkt is tot categorieën opdrachten die naar hun aard traditionele behoeften van overheidslichamen betreffen. Dat zou een te beperkte uitleg zijn, het gaat juist om opdrachten voor werken en diensten waarvoor een aanbestedende dienst geld ter beschikking stelt, ongeacht of het een traditionele behoefte van de aanbestedende dienst betreft of niet.

Ook het begrip ‘subsidie’ moet blijkens dit arrest functioneel worden uitgelegd. Het betekent, aldus het HvJ EU, gewoon (sic!) dat een voordeel wordt verschaft. Het betreft niet

publiekrechtelijke instelling was of niet, zie Hof Amsterdam 30 juli 2013, ECLI:GHAMS:2013:2318.

8 HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11.

9 Rb. Noord-Nederland, locatie Assen 3 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4853.

10 HvJ EU 26 september 2013, C-526/11.

alleen positieve prestaties; ook een maatregel voor belastingverlichting kan als een subsidie worden aangemerkt. Het begrip ‘rechtstreekse subsidie’ heeft geen betrekking op personen maar op de betrokken werkzaamheden die rechtstreeks worden gesubsidieerd. Een enge uitleg van begrippen, aldus het HvJ EU, kan snel tot gevolg hebben dat een aanbestedende dienst de Europese aanbestedingsregels kan omzeilen en zich aldus aan een aanbestedingsplicht kan onttrekken. Dit arrest is een mooi voorbeeld van wat het HvJ EU met functionele uitleg bedoelt.

Of een gemengde opdracht als een overheidsopdracht voor werken of als een overheidsopdracht voor leveringen moet worden beschouwd kwam aan de orde in de aanbesteding van de renovatie van het Energiehuis in Dordrecht.<sup>11</sup> De opdracht voor levering en installatie van de audio-installatie moet volgens de rechter als toebehoren van het Energiehuis worden aangemerkt (in de zin van Bijlage 1 bij het Bao, CPV code 45.34 waar staat: “de installatie in en aan gebouwen en andere bouwwerken van toebehoren, niet elders geklasseerd”). De Rotterdamse voorzieningenrechter overweegt dat bij gemengde opdrachten moet worden bekeken welk onderdeel het hoofdvoorwerp van de overeenkomst vormt. Het hoofdvoorwerp moet worden bepaald<sup>12</sup> op basis van de essentiële verplichtingen die primieren en als zodanig kenmerkend zijn voor de betrokken opdracht, en niet op basis van die verplichtingen welke slechts bijkomstig of aanvullend zijn en uit het voorwerp zelf van de overeenkomst voortvloeien. De rechter concludeert dat in casu het samenstel van werkzaamheden te beschouwen is als aanneming van werk (of dit de juiste toetsingsmaatstaf is betwijfelen wij) en dat deze werkzaamheden kenmerkend zijn voor de opdracht en niet uit de levering van apparatuur voortvloeien. Met andere woorden: er is sprake van een overheidsopdracht voor werken en niet voor leveringen.

#### *b. Overheidsopdracht versus raamovereenkomst*

De afbakening tussen overheidsopdracht en raamovereenkomst komt meestal aan bod wanneer een van de partijen zich op het standpunt stelt dat de aanbestede overheidsopdracht (met een lange duur) eigenlijk een verkapte raamovereenkomst is waarvoor geldt dat de looptijd in beginsel slechts vier jaar mag zijn. De Haagse voorzieningenrechter oordeelt dat de in de aanbestedingsstukken gehanteerde terminologie niet doorslaggevend is voor de beantwoording van het twistpunt, maar het daadwerkelijke karakter van de overeenkomst.<sup>13</sup> Omdat de overeenkomst een daadwerkelijke opdrachtverstrekking inhoudt (namelijk: de uitvoering van een opdracht met betaling van een tegenprestatie door de aanbestedende dienst) is sprake van een overheidsopdracht, ook al is het aantal containers dat gereinigd en onderhouden moest worden op voorhand niet bekend. Het gaat erom dat met de aanbesteding beoogd

wordt tot een overeenkomst te komen waarbij binnen een bepaald kerngebied een bepaalde service verleend zal worden, aldus de rechter.

#### *c. Clusterverbod en proportionaliteit*

Nieuw is het zogenaamde clusterverbod zoals neergelegd in art. 1.5 Aanbestedingswet 2012. Daarop (indirect) anticiperend stelde een eisende onderneming zich, voordat de Aanbestedingswet 2012 in werking was getreden, op het standpunt dat de wijze waarop de Staat als aanbestedende dienst de opdracht voor vertaaldiensten in de markt had gezet in strijd was met het proportionaliteitsbeginsel. De rechter gaat er niet in mee en oordeelt dat de Staat bij de keuze voor één bemiddelaar (en dus niet meerdere vertaalbureaus zoals eiseres wenste) zijn vrijheid die hem bij de formulering van de uitvraag toekomt niet heeft overschreden.<sup>14</sup>

In een ander geschil – ter zake van een aanbesteding waarop de Aanbestedingswet 2012 wel van toepassing was – komt de voorzieningenrechter niet aan het clusterverbod toe (dat immers betrekking heeft op onnodig samenvoegen van opdrachten) omdat naar zijn oordeel geen sprake is van twee afzonderlijke opdrachten maar van één enkele opdracht.<sup>15</sup> Overigens hinkt dit oordeel op twee gedachten omdat de rechter vervolgens overweegt dat de enkele omstandigheid dat het mogelijk is om de betreffende functionaliteiten als afzonderlijke opdrachten in de markt te zetten er niet toe leidt dat een aanbestedende dienst ook verplicht is om met meerdere contractspartijen in zee te gaan. Hier komt dus toch een (impliciete) toets aan het clusterverbod om de hoek kijken. Naar onze mening was het juist geweest indien de rechter die vervolgoverweging achterwege had gelaten.

#### *d. Percelenregeling*

Discussies over de percelenregeling zijn niet vaak in rechterlijke uitspraken aan de orde. De Rotterdamse voorzieningenrechter oordeelt in een aan hem voorgelegde zaak dat een beroep kan worden gedaan op de percelenregeling indien de betreffende percelen niet gelijktijdig zijn gegund en hij acht niet van belang dat in de betreffende aanbestedingsdocumentatie niet naar de percelenregeling is verwezen. Mede gezien het feit dat de percelenregeling een uitzondering vormt op de Europese aanbestedingsplicht en uitzonderingen volgens vaste jurisprudentie restrictief moeten worden uitgelegd, kan de betreffende uitzondering naar onze mening niet zo ruim worden uitgelegd dat zij de mogelijkheid biedt om een reeds gedane gunning (en gedeeltelijk uitgevoerde opdracht) achteraf uit te breiden met extra ‘percelen’.<sup>16</sup>

11 Vrz. Rb. Rotterdam 7 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ3535.

12 Conform het arrest HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04.

13 Vrz. Rb. Den Haag 10 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9441.

14 Vrz. Rb. Den Haag 13 februari 2013, C/09/432793 / KG ZA 12-1381, n.n.g.

15 Vrz. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763.

16 Vrz. Rb. Rotterdam 7 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ3535.

### 3. Wezenlijke wijziging

De rechterlijke uitspraken van het afgelopen jaar die (mede) betrekking hebben op het onderwerp ‘wezenlijke wijziging’ kunnen worden onderverdeeld op basis van de twee volgende thema’s: i) is er wél of géén sprake van een wezenlijke wijziging van een overeenkomst die tot (her)-aanbesteding verplicht, en ii) onder welke omstandigheden is de aanbestedende dienst – na staking van de aanbestedingsprocedure (al dan niet op last van de rechter) – verplicht tot het doorvoeren van een wezenlijke wijziging wanneer hij tot heraanbesteding overgaat?

Ad i)

Als wezenlijke wijziging wordt bijvoorbeeld aangemerkt de vervanging van een contractpartner.<sup>17</sup> De acceptatie van een derde partij als raamcontractant wordt eveneens beschouwd als wezenlijke wijziging.<sup>18</sup> In deze laatste zaak ging het om de doorstart na faillissement van een bv, waartoe een nieuwe bv werd opgericht, maar waarbij de raamovereenkomst met eerstgenoemde bv niet werd beëindigd. Voor het oordeel van de rechter is relevant dat de nieuwe bv niet kon voldoen aan alle eerdere aanbestedingsvoorwaarden. Niet relevant vindt de rechter daarentegen dat de nieuwe bv is samengesteld uit de oude medewerkers, met het oude materieel werkt en gebruik kan maken van de al bestaande ervaring van de (oude) onderaannemers. De nieuwe bv is immers een geheel nieuwe rechtspersoon. Ook het na gunning afspreken van een beding, waardoor het economisch evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer verandert, vormt een wijziging die tot een nieuwe aanbestedingsprocedure verplicht.<sup>19</sup> Het Hof Amsterdam verwijst daarbij naar het bekende Presstext-arrest.<sup>20</sup>

In de Doornakkers-zaak, die in paragraaf 4 van deze kroniek nader zal worden besproken in het kader van het onderwerp gebiedsontwikkeling, kwam ook de vraag aan de orde of sprake was van een wezenlijk gewijzigde opdracht.<sup>21</sup> Dit echter met het oog op de vraag of de Richtlijn van toepassing was, op de toepasselijkheid waarvan de Commissie haar beroep had gegrond. Volgens het HvJ EU is géén sprake van een wezenlijke wijziging, nu de voorwaarden en wezenlijke kenmerken van de opdracht ten tijde van belang (namelijk: in 2002) al bekend waren. Daarbij vindt het HvJ EU niet doorslaggevend, dat i) de verdeling van het financiële risico voor bepaalde onderdelen van het project, en ii) de overname van de kosten van de inrichting van de openbare ruimte pas op een later moment (namelijk: toen de uiterste implementatier-

mijn van de Richtlijn inmiddels was verstreken) definitief konden worden vastgesteld. Gelet op de jurisprudentie (o.a. Presstext) kan geen van deze twee bijzondere aspecten van het project immers worden geacht kenmerken te vertonen die wezenlijk verschillen van die welke aanvankelijk waren voorzien, aldus het HvJ EU.

Ad ii)

Wanneer er zodanige gebreken aan de aanbestedingsprocedure kleven dat niet tot een rechtmatige gunning kan worden gekomen, en de aanbestedende dienst om die reden – al dan niet op last van de rechter – tot staking van die procedure overgaat, dan is hij niet verplicht om de opdracht zélf wezenlijk te wijzigen in het kader van de daaropvolgende heraanbesteding. Natuurlijk zal hij er dan wél voor moeten zorgen dat die gebreken zich niet opnieuw voordoen. Ook zal de aanbestedende dienst zich – in voorkomend geval – bij het formuleren van een nieuwe gunningsystematiek rekenschap moeten geven van de omstandigheid dat marktpartijen inmiddels kennis hebben genomen van het aanbestedingsresultaat van de eerdere aanbesteding op onderdelen die de toets der aanbestedingsrechtelijke kritiek wél kunnen doorstaan.<sup>22</sup> De Groningse voorzieningenrechter lijkt een iets andere benadering aan te hangen:<sup>23</sup>

“Indien de aanbesteding die gestrand is op een ernstig procedureel gebrek kan worden hervat onder het tevens aanbrengen van een wezenlijke wijziging in de specificaties van de opdracht als bedoeld in de jurisprudentie van het Europese Hof (HvJ EG C-454/06, Presstext), wordt het risico van (ongoorloofde) manipulatie zoveel mogelijk uitgebannen. Indien echter de aanbestedende dienst geen behoefte heeft aan andere diensten en zaken dan in de gebrekkige procedure waren gevraagd, levert het slechts op ‘cosmetische’ wijze aanbrengen van veranderingen geen wezenlijke wijziging in de specificaties van de opdracht op; met het aldus nader inrichten van een opdracht is niemand gebaat. In een dergelijke situatie resteert de voorzieningenrechter die wordt gevraagd de heraanbesteding te verbieden, slechts het afwegen van de wederzijdse belangen bij de beoordeling van de geoorloofde van die heraanbesteding.”

Kortom, in de hiervóór bedoelde situatie geniet het volgens deze rechter wél de voorkeur om de opdracht, als het even kan, zélf ook (wezenlijk) te wijzigen. De belangenafweging die de rechter in deze zaak vervolgens toepast, pakt in het voordeel van de aanbestedende dienst uit. Wanneer het voornemen van de aanbestedende dienst om tot heraanbesteding over te gaan niet is ingegeven door de wens of noodzaak om wezenlijke wijzigingen in de specificaties van de opdracht aan te brengen, maar door het feit dat de procedure niet op correcte wijze is gevolgd, dan betekent dit echter niet dat dergelijke wezenlijke wijzigingen niet mogen worden aangebracht.<sup>24</sup> In de laatste zaak komt

17 Rb. Midden-Nederland, locatie Lelystad 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:4691.

18 V.zr. Rb. Limburg, locatie Roermond 17 mei 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482.

19 Hof Amsterdam 19 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ6956.

20 HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06.

21 HvJ EU 11 juli 2013, C 576/10.

22 V.zr. Rb. Amsterdam 22 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0664.

23 V.zr. Rb. Noord-Nederland, locatie Groningen 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197.

24 V.zr. Rb. Noord-Holland 15 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:10751.

de rechter niet toe aan de inhoudelijke beoordeling van de stelling van eiseres dat de verkorting van de looptijd van de opdracht niet als wijziging van de oorspronkelijke opdracht kwalificeert.<sup>25</sup> De situaties waarvan eiseres in haar vorderingen uitging, waren namelijk niet aan de orde.

Staakt de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure echter om andere redenen, dan zal hij de opdracht in principe wél wezenlijk moeten wijzigen. In een opmerkelijk vonnis van de Almelose voorzieningenrechter wordt overwogen dat de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure om hem moverende redenen (i.c. was sprake van nieuwe inzichten) heeft afgebroken nadat tot voorlopige gunning was overgegaan, en dat hij die beslissing ook heeft mogen nemen, nu er nog géén sprake was van een definitieve gunning.<sup>26</sup> Dit betekent volgens de voorzieningenrechter dat de aanbestedende dienst evenzo de vrijheid heeft om over te gaan tot een geheel nieuwe aanbesteding aan de hand van een wezenlijk gewijzigde opdracht. Of daarvan sprake is, kon in dit stadium echter niet worden getoetst. In de laatste zaak ging het om de vraag of de aanbestedende dienst bevoegd was om de aanbestedingsprocedure, die zich inmiddels in de verificatiefase bevond, te staken en een nieuwe aanbestedingsprocedure te starten. Deze vraag wordt vanwege de veranderde behoefte van de aanbestedende dienst bevestigend beantwoord. Volgens de rechter is inderdaad sprake van een wezenlijke wijziging van de opdracht, omdat voorwaarden worden gesteld die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk is gekozen. Concreet bestond de wijziging in andere typen en aantallen apparatuur dan die de aanbestedende dienst eerder had uitgevraagd.<sup>27</sup>

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

Ook het afgelopen jaar zijn weer enkele arresten van het HvJ EU geweest die betrekking hebben op het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’. In een Belgische zaak rees de vraag of de verwezenlijking van sociale woningen die vervolgens tegen gemaximeerde prijzen moesten worden verkocht aan een openbare woningcorporatie, een overheidsopdracht was.<sup>28</sup>

Het HvJ EU kan gelet op gebrek aan feitelijke gegevens deze vraag niet beantwoorden maar geeft enkele nuttige aanwijzingen aan de verwijzende rechter die onder meer betrekking hebben op het begrip ‘overeenkomst’ als element van een overheidsopdracht. Het HvJ EU herinnert er onder meer aan dat er een bepaald contractueel element

moet zijn tussen de aanbestedende dienst en de ondernemer en dat er in die afspraak wordt bepaald welke werken de ondernemer moet realiseren en onder welke voorwaarden dit moet gebeuren. Vervolgens gaat het HvJ EU nog in op welke vormen van publiek-publieke samenwerking zijn toegestaan; dat element wordt behandeld in paragraaf 5b van deze kroniek.

Het Gerecht heeft een ander onderdeel van het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’ beoordeeld en dat betreft het begrip ‘werk’.<sup>29</sup> Het betrof allerlei werkzaamheden in het kader van de verbetering van de watervoorziening in een bepaald gebied in Spanje. De werkzaamheden verschilden van aard en hadden betrekking op afvalwaterzuiveringsinstallaties, verzamelriolen, verwerking van afvalwater, bouw van een waterbekken en leidingen, etc.

De gelijkenis met het eerdere Franse elektriciteitsnet-arrest van het HvJ EG<sup>30</sup> dringt zich snel op.

Ook het Gerecht trekt deze parallel en overweegt dat het product van verschillende werkzaamheden reeds als (één) werk kan worden aangemerkt wanneer zij dezelfde economische functie of dezelfde technische functie vervullen. De vaststelling van een economische identiteit en van een technische identiteit is dus niet cumulatief, maar alternatief, aldus het Gerecht. Het Gerecht voegt daaraan toe dat de gelijktijdigheid van aankondiging, de onderlinge gelijkenis van de aankondigingen, het identieke geografische kader waarbinnen de opdrachten zijn aangekondigd, en het feit dat sprake is van één aanbestedende dienst net zo veel aanwijzingen zijn die pleiten voor de stelling dat de opdrachten voor verschillende werken in werkelijkheid één werk betreffen. Hier is goed te zien dat het Gerecht naar de gehele feitelijke context kijkt en op grond daarvan beoordeelt of sprake is van één werk.

Het HvJ EU heeft in 2013 ten slotte in de Nederlandse Doornakkers-zaak arrest gewezen, maar het prangende punt (namelijk of sprake was van een concessieovereenkomst voor openbare werken) is niet aan bod gekomen omdat het HvJ EU de Commissie die deze inbreukprocedure tegen Nederland was begonnen niet-ontvankelijk heeft verklaard. De Commissie had zich beroepen op de Richtlijn (2004/18/EG) terwijl ten tijde van het sluiten van de litigieuze overeenkomst Richtlijn 93/37 nog van toepassing was. Een jammerlijke aftocht voor de Commissie en geen inhoudelijk oordeel van het HvJ EU dus.<sup>31</sup>

#### 5. Uitzonderingen op en aanbestedingen buiten Richtlijn/Aanbestedingswet 2012

##### a. Concessies voor diensten

In twee arresten die op dezelfde dag zijn gewezen laat het HvJ EU zich uit over de vraag of de aan de orde zijnde

25 V.zr. Rb. Noord-Holland 25 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:6947.

26 V.zr. Rb. Overijssel, locatie Almelo 26 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1598.

27 V.zr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 15 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ1349.

28 HvJ EU 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11.

29 Gerecht 29 mei 2013, T384/10.

30 HvJ EG 5 oktober 2000, C-16/98.

31 HvJ EU 11 juli 2013, C576/10.

dienstenconcessie een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.

Allereerst in het arrest *Comune di Ancona*.<sup>32</sup> Daarin gaat het om de plaatselijke haven in de gemeente Ancona, waarbij drie infrastructurele projecten worden gefinancierd met EFRO-gelden door de Regione Marche. Voor het gebrek aan transparantie (lees: het onderhands gunnen) is volgens het HvJ EU geen objectieve rechtvaardiging aangevoerd. Het argument van de gemeente dat de verleende concessie niet interessant was voor ondernemingen in andere lidstaten, aangezien die concessie geen netto-opbrengsten van betekenis kon opleveren voor de concessiehouder, of hem of de gemeente geen onrechtmatig voordeel kon verschaffen, wordt door het HvJ EU van de hand gewezen. Daaruit kan volgens het HvJ EU niet worden afgeleid dat die concessie geen economisch belang heeft voor ondernemingen die in andere lidstaten zijn gevestigd. Het kan immers een economische strategie zijn om activiteiten in een andere lidstaat te ontplooiën en om die reden kan het een tactisch besluit zijn om een concessie in die andere lidstaat aan te vragen, ook al levert dat onvoldoende winst. Dit biedt dan de kans om op de markt van die lidstaat toe te treden en bekendheid te verwerven en zo toekomstige expansie voor te bereiden. Kortom: ondanks het beperkte geldelijke belang van de concessie komt het HvJ EU tot de conclusie dat een grensoverschrijdend belang aanwezig kan zijn, zodat de verwijzende rechter dat moet nagaan.

In de tweede zaak, het *Belgacom*-arrest, is het (aanzienlijke) geldelijke belang van de concessie weer wél de reden dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.<sup>33</sup> Het HvJ EU verduidelijkt verder dat voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet vereist is dat een marktdeelnemer daadwerkelijk belangstelling heeft geuit. Als een concessie onderhands is gegund en er dus geen transparantie heeft plaatsgevonden, hebben marktdeelnemers uit andere lidstaten immers geen reële mogelijkheid gekregen om hun belangstelling voor de betrokken concessie te uiten, aldus het HvJ EU. Voorts verduidelijkt het HvJ EU dat uit het Unierecht dezelfde verplichtingen voortvloeien als het gaat om het verlenen van een vergunning om een economische activiteit uit te oefenen als wanneer het gaat om een contractuele verplichting om de overgedragen activiteit uit te oefenen. Een ander interessant aspect aan dit arrest ten slotte betreft het (verrassende?) oordeel van het HvJ EU dat indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang de transparantieplichting geldt ten aanzien van elke potentiële inschrijver, ook al is deze gevestigd in dezelfde lidstaat als de aanbestedende dienst waarop die transparantieplichting rust. Wij zijn benieuwd of het HvJ EU deze lijn voortzet. Het is immers al lange tijd een bestendige lijn in de jurisprudentie van het

HvJ EU dat de transparantieplichting bij een duidelijk grensoverschrijdend belang slechts strekt ter bescherming van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen tegen een voor hen nadelige ongelijke behandeling.

In een *Estse* zaak wenste de verwijzende rechter te vernemen of de artikelen 49 en 56 VWEU zich ertegen verzetten dat een lokaal lichaam het uitsluitend recht toekent om bepaalde soorten op zijn grondgebied opgehaalde afvalstoffen te verwerken, hetzij (a) direct in een dienstenconcessie die specifiek het beheer van een afvalverwerkingsinstallatie betreft, hetzij (b) indirect door degene die een dienstenconcessie voor afvalophaling en -vervoer krijgt de verplichting op te leggen dit afval aan een door dit lichaam ambtshalve aangewezen marktdeelnemer te leveren. Het is vaste jurisprudentie van het HvJ EU dat de artikelen 49 en 56 VWEU slechts van toepassing zijn in situaties met grensoverschrijdende aspecten; in louter interne situaties missen zij toepassing. Dat betekent dat als alle relevante aspecten van een dienstenconcessie (zoals in deze zaak het geval) zich in één lidstaat afspelen en er ook geen duidelijk grensoverschrijdend belang bestaat, de artikelen 49 en 56 VWEU niet van toepassing zijn, aldus het HvJ EU.<sup>34</sup>

In het kader van de vervoersconcessie betreffende het personenvervoer over de Waddenzee tussen het vasteland en de Waddeneilanden Terschelling, Vlieland, Ameland en Schiermonnikoog speelde de vraag of met het openbaar vervoer sprake is van cabotage in de zin van de Cabotageverordening.<sup>35</sup> Als namelijk sprake is van cabotage dan is het onderhands gunnen van de concessie niet toegestaan, omdat daarmee niet wordt voldaan aan het beginsel van non-discriminatie zoals neergelegd in art. 4 eerste lid van de Cabotageverordening.

Daarvoor is relevant of de Waddenzee aangemerkt moet worden als een zee in de zin van de Cabotageverordening dan wel als binnenwater, in welk geval de verordening niet van toepassing zou zijn. Het probleem is (onder meer) dat in de Cabotageverordening geen definitie is gegeven van het begrip 'zee'. In Richtlijn 2006/87 is de Waddenzee als binnenwater aangemerkt. Deze richtlijn heeft echter gelet op haar considerans een ander doel dan de Cabotageverordening. Daardoor is het voor het CBB onduidelijk of met een beroep op vorengenoemde richtlijn het toepassingsbereik van de Cabotageverordening nader kan worden ingevuld. Omdat de jurisprudentie van het HvJ EU geen aanknopingspunten biedt om op dit punt uitsluitsel te kunnen geven, ziet het CBB zich gehouden om het HvJ EU op grond van art. 267 VWEU om een prejudiciële beslissing te verzoeken.<sup>36</sup>

32 HvJ EU 14 november 2013, C-388/12.

33 HvJ EU 14 november 2013, C-221/12.

34 HvJ EU 12 december 2013, C-292/12.

35 CBB 2 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ9205.

36 Dat geldt ook voor een aantal restvragen betreffende toepassing van de PSO-verordening in verhouding tot de Cabotageverordening, die hier verder onbesproken wordt gelaten.

In een zaak betreffende de (voorgenomen) aanwijzing als inzameldienst van textiel oordeelt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland dat aan dit voornemen niet het vertrouwen kan worden ontleend dat de inzameling ook daadwerkelijk gegund zal worden. Volgens de rechter staat het een aanbestedende dienst in dit kader vrij om te kiezen voor een aanbestedingsprocedure, ook al bestaat bij een dienstenconcessie geen gehoudenheid daartoe.<sup>37</sup>

#### *b. Quasi-inhouse en andere publiek-publieke samenwerking*

Overeenkomsten die worden gesloten tussen aanbestedende diensten vallen in beginsel onder de reikwijdte van het aanbestedingsrecht. Dat was ook aan de orde in de zaak Piepenbrock.<sup>38</sup> Het betrof een overeenkomst tussen twee aanbestedende diensten tot reiniging van bestuurs- en schoolgebouwen waarbij een kostenvergoeding zou worden betaald. Schoonmaakonderneming Piepenbrock stelde zich op het standpunt dat de overeenkomst Europees aanbestedingsplichtig is. Het HvJ EU oordeelt dat een beroep op de van aanbesteding uitgezonderde quasi-inbesteding (verticale samenwerking) niet mogelijk is. Er is namelijk geen sprake van toezicht van de ene op de andere aanbestedende dienst én aan het merendeelcriterium wordt niet voldaan. De uitvoerende aanbestedende dienst verricht immers niet het merendeel van zijn werkzaamheden voor de opdrachtgevende aanbestedende dienst. Ook van de van een aanbestedingsplicht uitgezonderde horizontale samenwerkingsvorm, zoals aan de orde in de arresten Stadtreinigung Hamburg (HvJ EG 9 juni 2009, C-480/06) en Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce (HvJ EU 19 december 2012, C-159/11), is geen sprake. Volgens het HvJ EU gaat het hier namelijk niet om een samenwerking om een gezamenlijke taak van algemeen belang uit te voeren. Bovendien maakt de in het geding zijnde overeenkomst het mogelijk om een beroep te doen op derden voor de uitvoering van de in deze overeenkomst vastgestelde taak. Dit zou ertoe kunnen leiden dat een derde wordt bevoordeeld tegenover andere ondernemingen die op dezelfde markt actief zijn. Op grond hiervan is ook van deze uitzondering geen sprake, zodat de overeenkomst Europees had dienen te worden aanbesteed.

In een nationale zaak werd de quasi-inhouse-uitzondering wel aangenomen.<sup>39</sup> Het betrof een afvalzaak. Het ging om FM NW, een vennootschap die zich bezighoudt met het verwijderen van afvalstoffen in het noordwestelijk deel van Friesland. Dit is een dochtervennootschap van Fryslân Miljeu NV (FM). De aandelen van FM worden gehouden door zeventien Friese gemeenten (de gemeenten). De Europese Commissie oordeelde (naar aanleiding van een klacht van een tweetal marktpartijen) in augustus 2009 al dat aan de voorwaarden van de quasi-in-house-uitzonde-

ring lijkt te zijn voldaan door de statutaire bepalingen, die inhouden dat het bestuur van FM bij het uitbrengen van een stem in de algemene vergadering van aandeelhouders van FM NW de voorafgaande toestemming van de houders van de A-aandelen (zijnde de gemeenten) nodig heeft, terwijl de statuten van FM NW weer bepalen dat voor belangrijke besluiten het bestuur van die vennootschap de voorafgaande toestemming van de algemene vergadering van aandeelhouders behoeft. Het hof vindt het niet van belang hoe de gemeenten die mogelijkheden feitelijk benutten en welk standpunt zij op welk moment precies in welk forum innemen. Daarmee is naar het oordeel van het hof dan ook voldaan aan het vereiste van gezamenlijk toezicht. Het hof is derhalve van oordeel dat aan de voorwaarden voor de quasi-inhouse-uitzondering is voldaan, zodat een aanbesteding achterwege heeft kunnen blijven.

#### *c. Uitsluitend recht*

In diezelfde afvalzaak speelde eveneens de vraag of sprake was van een uitsluitend recht, zodat ook om die reden de betreffende gemeente niet hoefde aan te besteden.<sup>40</sup> De gemeente had namelijk betoogd dat zij aan FM NW bij APV een uitsluitend recht had verleend op basis van art. 17 Bao. Het hof oordeelt dat het beroep op deze uitzondering terecht is gedaan. Dat volgt allereerst uit het feit dat FM NW aan de criteria voldoet om als publiek-rechtelijke instelling te kwalificeren, zodat aan het vereiste dat sprake is van een overheidsopdracht voor diensten die door een aanbestedende dienst wordt gegund aan een andere aanbestedende dienst of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten, is voldaan. Ten slotte is ook aan het tweede vereiste voor een uitsluitend recht voldaan, te weten dat het uitsluitend recht met het VWEU verenigbaar dient te zijn. Daarvoor acht het hof van belang dat de quasi-in-house-uitzondering opgaat en dat geen sprake is van verboden staatssteun. Ook om die reden hoefde de gemeente de opdracht niet aan te besteden.

## 6. Aanbestedingsprocedures

#### *a. Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking*

Op grond van art. 30 lid 2 van de Richtlijn mag in bepaalde gevallen gebruik worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking met als doel de door de inschrijvers ingediende inschrijvingen aan te passen aan de eisen die zijn vermeld in de aankondiging van de opdracht, in het bestek en in de eventuele aanvullende stukken. Die onderhandelingsbevoegdheid is echter niet onbegrensd, zo blijkt uit een arrest van het HvJ EU. In een Estse zaak heeft de Estse wegedienst een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking uitgeschreven voor de opdracht “ontwerp en aanleg van het weggedeelte Aruvala-Kose van de E263”. Alle inschrijvingen werden

<sup>37</sup> V.zr. Rb. Noord-Holland 15 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:10751.

<sup>38</sup> HvJ EU 13 juni 2013, C386/11.

<sup>39</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675.

<sup>40</sup> Idem.

toelaatbaar geacht, ondanks het feit dat één inschrijving voorzag in een middenberm van 6 meter over de gehele lengte van voornoemd weggedeelte, terwijl dat volgens het aanbestedingsdocument voor één gedeelte 13,5 meter breed had moeten zijn. In de loop van de onderhandelingen die volgden op de indiening van die inschrijvingen heeft de aanbestedende dienst aan alle inschrijvers, behalve aan de betreffende (niet-besteksconforme) inschrijver voorgesteld om de breedte van de middenberm zoals die in de aanvankelijke inschrijvingen was vermeld, vast te stellen op 6 meter over de gehele lengte van het betrokken weggedeelte. Na onderhandelingen met alle inschrijvers hebben laatstgenoemden hun inschrijvingen ingediend, na de prijzen te hebben gecorrigeerd naar aanleiding van de gevraagde wijziging. Het HvJ EU oordeelt dat hoewel de aanbestedende dienst onderhandelingsbevoegdheid heeft deze er altijd zorg voor dient te dragen dat aan de eisen van de opdracht waaraan hij een dwingend karakter heeft gegeven, wordt voldaan. Het toelaatbaar achten van een inschrijving die niet voldoet aan deze dwingende eisen maakt, met het oog op de onderhandelingen, het vaststellen van dwingende voorwaarden in de aanbestedingsprocedure nutteloos. Bovendien zou dat betekenen dat de aanbestedende dienst niet in staat is om de onderhandelingen met de inschrijvers op basis van gelijkheid te voeren, aldus het HvJ EU. Art. 30 lid 2 van de Richtlijn staat het de aanbestedende dienst dan ook niet toe te onderhandelen met indieners van inschrijvingen die niet beantwoorden aan de dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht<sup>41</sup>

Onjuist lijkt dan ook de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland die oordeelt dat een niet-besteksconforme inschrijving dient te worden toegelaten tot de onderhandelingsprocedure waarvan de voorafgaande bekendmaking achterwege was gelaten.<sup>42</sup> Het ging in deze zaak om de vraag of een inschrijver wiens inschrijving niet voldeed aan de voorgeschreven uitvoeringsfasering in het bestek mocht deelnemen aan de onderhandelingsprocedure waarbij de voorafgaande bekendmaking op grond van art. 5.3.1. ARW 2012 achterwege was gelaten. Gelet op het hiervoor beschreven arrest van het HvJ EU lijkt het oordeel van deze rechter dat toelating van een dergelijke inschrijving niet in strijd zou zijn met het gelijkheidsbeginsel niet juist te zijn. Dit zou (gelet op het Estse arrest) slechts anders kunnen zijn als de uitvoeringsfasering in het Bestek niet als een *eis* met een *dwingend karakter* zou kunnen worden beschouwd.

#### *b. Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking*

Het is vaste jurisprudentie van het HvJ EU dat uitzonderingsbepalingen en dus ook die van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

restrictief moeten worden uitgelegd. Bovendien moet de aanbestedende dienst die zich op de uitzondering wil beroepen, bewijzen dat daadwerkelijk sprake is van de uitzonderlijke omstandigheden die de toepassing ervan rechtvaardigen. In dit laatste waren de Spaanse autoriteiten volgens het Gerecht niet geslaagd.<sup>43</sup> Spanje had onvoldoende onderzoek verricht of inderdaad sprake was van de situatie dat de vervaardiging of levering van de producten omwille van hun specifieke technische of artistieke kenmerken of om redenen van bescherming van exclusieve rechten, slechts aan één bepaalde leverancier kon worden toegewezen. Dat de betreffende onderneming uitermate geschikt was om de opdracht uit te voeren toont niet aan dat die onderneming de enige was die over de noodzakelijke kennis beschikte, aldus het Gerecht. Doordat geen grondig onderzoek in de Unie was gedaan, viel niet uit te sluiten dat ook een andere onderneming in staat was om die kennis te verwerven en dus in staat was om een geschikte dienst te leveren. Ook was geen sprake van een specifiek technisch kenmerk dat grond opleverde voor de toepassing van de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking. Het ging namelijk om de levering van standaardproducten. Daaruit vloeit ook voort dat het geen producten betreffen die uitsluitend gefabriceerd zouden worden voor onderzoek, proefneming, studie of ontwikkeling, zoals Spanje als tweede grond voor de uitzonderingssituatie had aangegeven. De Spaanse autoriteiten waren namelijk volledig bekend met het materiaal dat noodzakelijk was om hun doel te bereiken. Ook die grond kon derhalve niet door Spanje worden bewezen, zodat de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging niet kon worden gerechtvaardigd.

#### *c. Meervoudig onderhands*

Er zijn rechters die oordelen dat het enkele feit dat gekozen is voor een meervoudig onderhandse aanbesteding al met zich brengt dat de algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn.<sup>44</sup> Zo ook de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant, die overweegt dat de algemene beginselen van aanbestedingsrecht vanzelfsprekend onverkort van toepassing zijn.<sup>45</sup> Hoewel deze zaak is geweest onder vigeur van de Aanbestedingswet 2012 is opvallend dat deze rechter hierbij geen onderscheid maakt naar beginselen enerzijds, die op grond van afdeling 1.2.2 Aanbestedingswet 2012 van toepassing zijn op Europese aanbestedingen, en uitgangspunten anderzijds, die op grond van afdeling 1.2.3 respectievelijk 1.2.4 Aanbestedingswet 2012 van toepassing zijn op nationale en meervoudig onderhandse aanbestedingen.

<sup>43</sup> Gerecht 15 januari 2013, T-54/11.

<sup>44</sup> Vzr. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 18 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3477; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 11 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7758.

<sup>45</sup> Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 11 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7758.

<sup>41</sup> HvJ EU 5 december 2013, C-561/12.

<sup>42</sup> Vzr. Rb. Noord-Holland 28 november 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11453.



Andere rechters achten aanbestedende diensten die een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure organiseren gebonden aan het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel via de band van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen.<sup>46</sup>

#### *d. Erkenningsregeling (speciale sectoren)*

In een zaak bij het Hof Arnhem verschilden partijen (onder meer) van mening over de vraag welke onderdelen van het Bass op de erkenningsfase en welke onderdelen ervan op de gunningsfase van toepassing zijn. Meer in het bijzonder spitste dit geschil zich toe op de rol die het bepaalde in art. 31 Bass speelt in de erkenningsfase.

Op grond van art. 54 lid 2 Bass kunnen ondernemers te allen tijde een erkenning aanvragen. Zo ook een Poolse ondernemer die bij TenneT had verzocht om toegelaten te worden tot de erkenningsregeling betreffende de levering van stationsautomatisering en beveiligingsapparatuur ten behoeve van de hoogspanningsinfrastructuur van TenneT in Nederland en Duitsland. Deze ondernemer werd echter niet toegelaten tot de erkenningsregeling, omdat volgens TenneT de producten waarmee deze ondernemer zich had aangemeld niet zouden voldoen aan de in de erkenningsregeling gestelde technische eisen. De Poolse ondernemer stelde vervolgens dat TenneT in deze fase van de procedure de geschiktheid van de producten als bedoeld in art. 31 lid 7 Bass nog helemaal niet had mogen toetsen, maar pas in de gunningsfase, en dus dat de geformuleerde technische eisen niet in overeenstemming zijn met het Bass. Het hof oordeelt echter dat dat op grond van art. 54 Bass, gelezen in het licht van art. 53 lid 3 van Richtlijn 2004/17/EG, wel degelijk het geval is. Aan dit oordeel ligt de volgende overweging ten grondslag:

*“Artikel 54, lid 3 Bass laat immers, gelijk artikel 53, lid 2 van Richtlijn 2004/17/EG, de mogelijkheid open dat bij het beheer van de erkenningsregeling de aanbestedende dienst als onderdeel van de daarbij te hanteren objectieve criteria en voorschriften technische specificaties formuleert, waarop in dat geval het bepaalde in artikel 31 Bass van toepassing is. Dit sluit ook aan bij opzet en strekking van een erkenningsregeling, zoals blijkt uit de considerans bij de Richtlijn (onder randnummer 51) waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat in het kader van een dergelijke regeling de aanbestedende dienst naar keuze de capaciteit onderzoekt van de ondernemingen en/of de kenmerken van de werken, leveringen of diensten waarop de regeling betrekking heeft.”<sup>47</sup>*

## 7. 2B-diensten

Het is vaste jurisprudentie van het HvJ EU dat als een overheidsopdracht voor 2B-diensten een duidelijk grens-

overschrijdend belang heeft, deze onderworpen is aan de fundamentele Verdragsregels en de algemene beginselen van het Unierecht (gelijke behandeling en transparantie). Daaruit vloeit dan de verplichting voort om de opdracht met een passende mate van (voorafgaande) openbaarheid in de markt te zetten, zodat geïnteresseerde ondernemingen kunnen meedingen. Het HvJ EU oordeelt in een Deense zaak dat ten aanzien van de aanbesteding van diensten die zijn vereist voor de exploitatie van zeven centra voor oriëntatie en beroepsadvies (vallend onder categorie 24 ‘onderwijsdiensten’ van Bijlage 2B bij de Richtlijn) sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.<sup>48</sup> Het HvJ EU motiveert dat als volgt:

*“Uit de bij het Hof ingediende opmerkingen lijkt te volgen dat dit in het hoofdgeding het geval is vanuit de aanbestedende dienst zelf bekeken, aangezien de gegadigden in de aankondiging van de opdracht met name werd verzocht op erewoord te verklaren niet alleen in Denemarken, maar in voorkomend geval ook in hun lidstaat van vestiging, hun sociale premies en fiscale bijdragen te hebben betaald. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om dienaangaande de nodige vaststellingen te doen.”*

Er is onder die omstandigheden dan ook al vrij snel sprake van een (duidelijk) interstatelijk effect en dus van toepasselijkheid van eerdergenoemde beginselen, zo lijkt uit dit oordeel van het HvJ EU te volgen. Ook al wordt bij 2B-diensten juist vermoed dat deze niet interessant zijn voor buitenlandse partijen en wij ons die buitenlandse interesse bij onderwijsdiensten overigens ook niet goed kunnen voorstellen.<sup>49</sup>

In een ander (nationaal) arrest komt aan de orde dat een dienstenconcessie betrekking heeft op 2B-diensten (exploitatie parkeergarage) op grond waarvan appellante, P1, dient te bewijzen dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Bij een 2B-dienst wordt immers vermoed dat die interesse er juist niet is. Daarin was P1 echter niet geslaagd.<sup>50</sup>

In een nationale zaak betoogde de gemeente dat zij niet gehouden was om op transparante wijze vooraf inzicht te geven in de (sub)gunningscriteria, omdat de aanbestede 2B-dienst geen duidelijk grensoverschrijdend belang kende en om die reden het transparantie- en gelijkheidsbeginsel in de zin van art. 49 en 56 VWEU niet van toepassing waren. Het Hof Den Bosch is het eens met de niet-toepasselijkheid van het transparantiebeginsel zoals dat voortvloeit uit art. 49 en 56 VWEU, omdat het duidelijk grensoverschrijdend belang niet aannemelijk is gemaakt. Dat betekent echter niet dat het gebrek aan transparantie de gemeente niet kan worden verweten. Het hof acht de gemeente gebonden aan het transparantiebeginsel op grond van haar eigen inkoopbeleid dat op deze aanbesteding van toepassing is

<sup>46</sup> Vzr. Rb. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden 29 mei 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA1485; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 28 maart 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ6534.

<sup>47</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem 15 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY7963.

<sup>48</sup> HvJ EU 10 oktober 2013, nr. C-336/12.

<sup>49</sup> Zie HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543.

<sup>50</sup> HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543.

verklaard. Het hof volgt vervolgens de uitleg die het HvJ EG (29 april 2004, C-496/99: *Succhi di frutta*) en de HR (4 november 2005, NJ 2006, 204: *Staat/Gebroeders Van der Stroom*) geven aan de transparantieplichting en niet hoe dat op basis van het inkoopbeleid zou moeten worden uitgelegd.<sup>51</sup>

In een zaak waar partijen niet twisten over zowel de kwalificatie als 2B-dienst van de opdracht tot het geven van schaatslessen en schaatsinstructie alsook niet over het grensoverschrijdende karakter daarvan oordeelt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam dat het niet noodzakelijk is om de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie te plaatsen. De rechter acht het in het kader van de passende mate van openbaarheid voldoende dat de aanbestedende dienst de aankondiging van de aanbestedingsprocedure ook al op de eigen website, in vakbladen en op *Aanbestedingskalender.nl* heeft gepubliceerd.<sup>52</sup>

Als sprake is van een 2B-dienst op grond van de Aanbestedingswet 2012 is een meervoudig onderhandse procedure toegestaan.<sup>53</sup> Dat volgt uit het feit dat op grond van art. 2.38 Aanbestedingswet 2012 de procedure voor B-diensten kan worden toegepast. Een Europese aanbesteding is dan ook niet verplicht en de Aanbestedingswet 2012 is op grond van art. 2.39 slechts beperkt van toepassing.<sup>54</sup>

## 8. Aanbesteding door private partijen

De meest in het oog springende zaak dit jaar op het gebied van private aanbestedingen betreft de KLM-zaak.<sup>55</sup> Het Hof Amsterdam oordeelde in 2011 al dat, wil een private aanbesteding niet aan de beginselen van gelijkheid en transparantie gebonden zijn, hij de potentiële inschrijvers dan vooraf expliciet dient te waarschuwen dat de beginselen geen opgeld doen, zulks om gerechtvaardigde verwachtingen bij (potentiële) inschrijvers te voorkomen.<sup>56</sup> Dat is in deze aanbesteding volgens het hof onvoldoende gebeurd. Hoewel KLM zich in het RfQ een zekere mate van vrijheid van handelen had voorbehouden, ziet het hof daarin geen vrijbrief voor KLM dat deze de fundamentele beginselen van gelijkheid en transparantie zou mogen negeren en dat inschrijvers dit uit die bepalingen hadden moeten opmaken. Omdat KLM na de sluitingsdatum voor het indienen van de offertes alléén aan één partij de gelegenheid had geboden om haar bod (nogmaals) aan te passen, oordeelt het hof dat KLM in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen heeft gehandeld en dat het betreffende contract niet aan die partij had mogen worden gegund, maar aan de partij die oorspronkelijk de laagste

inschrijving had gedaan. KLM laat het er niet bij zitten en gaat – met succes – in cassatie. De HR oordeelt allereerst in lijn met het arrest van het hof dat de eisen van redelijkheid en billijkheid (die de precontractuele fase beheersen) kunnen meebrengen dat de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dienen te worden genomen. De HR overweegt dat dat niet automatisch het geval is. Dat is slechts aan de orde als de (potentiële) aanbieders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteding die beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen en verwijst daarbij naar het arrest *RZG/ComforMed*.<sup>57</sup> Of in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is naar het oordeel van de HR afhankelijk van de aanbestedingsvoorwaarden en van de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen. Uit de contractsvrijheid vloeit verder voort, aldus de HR, dat het partijen in een private aanbesteding in beginsel vrijstaat om in de aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel uit te sluiten. Dit laat overigens onverlet dat een beroep op een zodanige uitsluiting in verband met de bijzondere omstandigheden van het betrokken geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. De HR acht het oordeel van het hof vervolgens onbegrijpelijk dat de door partijen overeengekomen aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel niet zouden uitsluiten. Hoewel die voorwaarden niet expliciet melding maken van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, laten zij KLM in beginsel alle vrijheid van handelen, en staan zij haar in het bijzonder toe om tijdens het aanbestedingsproces onderhandelingen aan te gaan en een overeenkomst te sluiten met een andere inschrijver of een niet bij de inschrijving betrokken partij. Het arrest van het Hof Amsterdam wordt dan ook vernietigd en er vindt een verwijzing van de zaak plaats naar het Hof Den Haag.

In lijn met het KLM-arrest van de HR oordeelt het Arnhemse hof dat een private opdrachtgever zich wel kan binden aan het aanbestedingsrecht (dan wel delen daarvan), maar dat daarvoor dan wel concrete aanwijzingen moeten bestaan. Het enkel organiseren van (enige vorm van) een aanbestedingsprocedure is daarvoor onvoldoende.<sup>58</sup> In de summier aanbestedingsstukken die aanleiding gaven tot deze zaak waren dergelijke concrete aanwijzingen niet te vinden, aldus het hof. Dat bij de offerte een Model K-verklaring (als bedoeld in het ARW 2005) moest worden gevoegd, houdt volgens het hof ook niet in dat de aanbesteding daarmee heeft beoogd het gehele ARW 2005 dan wel de aanbestedingsregelgeving van toepassing te verklaren. Ook de omvang van de aanbesteding als speler op de relevante markt kan geen verwachtingen hebben gewekt. Het kerkge-

51 Hof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1714.

52 V.zr. Rb. Amsterdam 1 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ29202.

53 V.zr. Rb. Noord-Holland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:9969.

54 V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 11 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7758.

55 HR 2 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

56 Hof Amsterdam 20 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT1963.

57 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830.

58 Onjuist in die zin V.zr. Rb. Den Haag 2 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8198, r.o. 4.1.

nootschap beheert hoogstens enkele kerkgebouwen, aldus het hof. Het hof oordeelt dan ook dat het kerkgenootschap zich niet vrijwillig aan de aanbestedingsregelgeving heeft onderworpen noch die verwachting heeft gewekt. Er bestaat derhalve alle vrijheid voor het kerkgenootschap om te gunnen aan de partij die hij voor ogen had. Dat het kerkgenootschap geen gunningscriterium in de aanbestedingsstukken heeft opgenomen, doet daaraan niets af. Het hof oordeelt dat dat niet meebrengt dat het kerkgenootschap daardoor gebonden zou zijn aan de inschrijver met de laagste prijs. Gelet op de gehanteerde aanbestedingsvoorwaarden heeft het kerkgenootschap dan ook alle ruimte om bij de gunningsbeslissing andere aspecten dan alleen de prijs te betrekken.<sup>59</sup>

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam oordeelt – gelet op het KLM-arrest – terecht dat als private partijen (vrijwillig) kiezen voor een aanbestedingsprocedure zij slechts gebonden zijn aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen als de gekozen procedure en de verwachtingen die de toegelaten inschrijvers daaraan redelijkerwijze mochten ontleen daartoe aanleiding geven.<sup>60</sup> Omdat in deze aanbesteding de regels van aanbestedingsrecht expliciet zijn uitgesloten, hebben inschrijvers door in te schrijven de gekozen procedure alsmede de uitsluiting van het aanbestedingsrecht in beginsel aanvaard.<sup>61</sup> Van enige verwachting kan dan uiteraard geen sprake zijn. Rest nog slechts de vraag of een beroep op de uitsluiting van de regels van aanbestedingsrecht achterwege zou moeten blijven, omdat een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De voorzieningenrechter oordeelt dat dat het geval zou kunnen zijn als de private aanbestedder “bij het uitschrijven en de invulling van de tender volstrekt willekeurig te werk zou (zijn ge)gaan of bij voorbaat partijen van deelneming zou hebben uitgesloten”. Dat is in dit geval niet aan de orde, aldus de rechter.

Ook dit jaar zijn er enkele uitspraken verschenen in het kader van zorginkoopprocedures. Deze deden zich uitsluitend bij de Haagse voorzieningenrechter voor. In een uitspraak (die voorafgaand aan het KLM-arrest is geweest) wordt door de rechter op basis van de gehanteerde inkoopprocedure,<sup>62</sup> die in zijn vorm en uitwerking alle kenmerken van een aanbestedingsprocedure heeft, geconcludeerd dat de beginselen van gelijkheid en transparantie, als uitvloeisel van de precontractuele goede trouw, van toepassing zijn. Dat brengt vervolgens met zich dat Achmea al bij de bekendmaking van haar gunningsvoornemen alle relevante redenen voor

terzijdelegging had moeten meedelen en dat dus niet pas in een later stadium mocht doen. Om die reden wordt door de rechter aan dat verweer van Achmea voorbijgegaan.<sup>63</sup> In twee andere uitspraken (van na het KLM-arrest) motiveert de rechter uitgebreider waarom de beginselen van gelijkheid en transparantie van toepassing zijn. Hoewel Achmea geen aanbestedende dienst is en om die reden de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving met betrekking tot overheidsaanbestedingen niet van toepassing is, laat dat onverlet dat Achmea is onderworpen aan de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen, aldus de rechter. Vervolgens wordt het meervoudige karakter van de zorginkoop relevant geacht voor het oordeel dat het inkoopbeleid verifieerbaar, transparant en non-discriminatoire dient te zijn.<sup>64</sup> In een van deze zaken wordt vervolgens op grond van deze algemene overweging de *Succhi di frutta*-norm uit de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie aangehaald om een oordeel te geven over het aan de orde zijnde geschil. En wordt ook nog – op Grossmann-achtige wijze – geoordeeld dat de betreffende zorgaanbieder onvoldoende proactief heeft gehandeld op grond waarvan sprake is van rechtsverwerking. Kortom, de zaak wordt geheel langs de lat van aanbestedingsrechtelijke kaders c.q. jurisprudentie beoordeeld en afgedaan.

In één zaak kwam ten slotte de vraag aan de orde of een particulier/consument die bij diverse partijen een vrijblijvende prijsopgave voor de bouw van zijn huis had opgevraagd, gebonden was aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam oordeelt dat dat niet het geval is, omdat deze particulier/consument geen machtspositie heeft en ook niet gekozen heeft voor een aanbesteding. De rechter voegt daaraan toe dat het maatschappelijk belang bij een ander oordeel ook niet gediend zou zijn.<sup>65</sup>

## 9. Uitsluitingsgronden

Als een aanbestedende dienst (aanvullende) uitsluitingsgronden wenst te hanteren, dan dienen die uitsluitingsgronden ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsdocumentatie te worden vermeld.<sup>66</sup> Deze vuistregel van de HR brengt volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland met zich dat een aanbestedende dienst niet zonder meer mag varen op een Bibob-screening ter vaststelling of sprake is van een ‘ernstige fout’ in de zin van art. 45 lid 3 sub d Bao. Als de aanbestedende dienst dat wel wenst te doen, dan dient dat tot uiting te komen in de aanbestedingsdocumentatie. Bij gebrek aan een ondubbelzinnig voorschrift kan de

59 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden 2 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4715.

60 Vزر. Rb. Amsterdam 18 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8748.

61 Vزر. Rb. Den Haag 6 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18500 voor het omgekeerde geval, namelijk dat de beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing worden geacht, omdat deze niet expliciet in de aanbestedingsstukken worden uitgesloten.

62 Vزر. Rb. Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4179.

63 Vزر. Rb. Den Haag 16 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8670.

64 Vزر. Rb. Den Haag 13 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15331 en Vزر. Rb. Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15057.

65 Vزر. Rb. Rotterdam 27 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6325.

66 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 en ECLI:NL:HR:2012:BW9231.

aanbestedende dienst niet snel tot de conclusie komen dat sprake is van een ernstige fout die leidt tot uitsluiting. Zo valt een ‘opstelsom’ van een gering aantal kleine vergrijpen van verschillende aard<sup>67</sup> of individueel frauduleus gedrag van een werknemer<sup>68</sup> niet te kwalificeren als ernstige fout. Evenmin kan een ernstige fout binnen een concern snel functioneel worden toegerekend aan een inschrijver wanneer die inschrijver geheel zelfstandig inschrijft en geen beroep doet op de concernonderneming die beticht wordt van een ernstige fout.<sup>69</sup>

Van een ernstige fout is in de regel wél sprake indien een onderneming verboden kartelafspraken heeft gemaakt en de aanbestedende dienst in de aanbestedingsdocumentatie bijvoorbeeld heeft verduidelijkt dat bij een ernstige fout kan worden gedacht aan ‘mededingingsrechtelijke overtredingen’.<sup>70</sup> In dat geval mag de aanbestedende dienst tot uitsluiting van een inschrijver overgaan, mits die uitsluiting proportioneel is.<sup>71</sup> Daarbij is het overigens niet zo dat uitsluitend onherroepelijke boetebeschikkingen van de ACM als ernstige fout kunnen worden aangemerkt. Uit het Forposta-arrest van het HvJ EU volgt namelijk dat onherroepelijkheid geen vereiste is.<sup>72</sup> Een dergelijke onherroepelijkheid is daarentegen – gezien de wettekst – wél vereist in het geval een beroep wordt gedaan op valsheid in geschrifte in de zin van art. 225 van het Wetboek van Strafrecht jo. art. 45 lid 1 Bao.<sup>73</sup>

## 10. Geschiktheidseisen en selectiecriteria

### a. Algemeen

Aanbestedende diensten hebben bij het stellen van geschiktheidseisen en selectiecriteria een ruime discretionaire bevoegdheid. Dat neemt niet weg dat de gestelde eisen in een redelijke verhouding tot de aard en omvang van de opdracht dienen te staan. Dergelijke eisen dienen dus proportioneel te zijn. Of een gestelde eis proportioneel is wordt door voorzieningenrechtters, vanwege die discretionaire bevoegdheid, beperkt getoetst.<sup>74</sup>

Uit diverse uitspraken kan men de algemene rechtsregel destilleren dat geschiktheidseisen en selectiecriteria conform de cao-norm moeten worden uitgelegd in het licht

van de gehele aanbestedingsdocumentatie.<sup>75</sup> Daarnaast spelen ook de gangbare taalkundige betekenissen<sup>76</sup> en de specifieke kenmerken van de markt in kwestie een rol bij deze uitleg.<sup>77</sup> Voorts bevestigt de jurisprudentie dit jaar wederom de algemene rechtsregel dat eenmaal gestelde eisen in beginsel niet gedurende de aanbestedingsprocedure mogen worden aangevuld, gewijzigd of geëcarteerd.<sup>78</sup> Aanbestedende diensten dienen eenmaal gestelde eisen strikt te handhaven. Ook als een inschrijver op een haar na niet voldoet aan een gestelde eis, is het een aanbestedende dienst niet toegestaan de hand te lichten. Zoals de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam enigszins wrang, doch terecht vaststelt, is het in het aanbestedingsrecht niet doorslaggevend of een leverancier capabel is, maar of een inschrijver voldoet aan een formeel criterium. Een andere opvatting levert strijd op met het gelijkheidsbeginsel.<sup>79</sup>

Aanbestedende diensten die eisen wél aanvullen, wijzigen of ecarteren (zonder rectificatie van de aankondiging van de opdracht) lopen het risico veroordeeld te worden tot een heraanbesteding. Een dergelijk gebod tot heraanbesteding wordt opmerkelijk genoeg niet opgelegd in een zaak waarin aanbestedende diensten enkele eisen hadden geëcarteerd. In die zaak zou inschrijver Dynatest namelijk als gevolg van een heraanbesteding een tweede kans krijgen om alsnog aan enkele niet-geëcarteerde geschiktheidseisen te voldoen. De voorzieningenrechter te Arnhem oordeelt dat het gunnen van een dergelijke tweede kans aan één van de inschrijvers de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht zou schenden. In dat kader acht de voorzieningenrechter het van belang dat naar verwachting exact dezelfde inschrijvers zouden inschrijven en dat Dynatest reeds kennis had genomen van de prijzen van de concurrentie, terwijl de concurrentie niet op de hoogte was van de prijzen van Dynatest. Onder die omstandigheden zou Dynatest dus door een heraanbesteding worden bevoordeeld. Gelet op de belangen van de andere inschrijvers worden de vorderingen van Dynatest afgewezen.<sup>80</sup>

Indien een inschrijver (geëindigd op de tweede plaats) betwijfelt of de voorlopige winnaar van een aanbestedingsprocedure voldoet aan een omzeteis, dient hij voldoende aannemelijk te maken dat de winnende inschrijver niet aan de gestelde omzeteis voldoet of dat nader onderzoek

67 Vزر. Rb. Noord-Holland 29 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:9802.

68 Vزر. Rb. Rotterdam 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7381.

69 Vزر. Rb. Rotterdam 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7381.

70 Hof Den Haag 3 september 2013, nr. 200.126.056/01 en 200.127.146/01, n.n.g.; Vزر. Rb. Rotterdam 26 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2535; Vزر. Rb. Den Haag 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7736.

71 Hof Den Haag 3 september 2013, nr. 200.126.056/01 en 200.127.146/01, n.n.g.; Vزر. Rb. Rotterdam 26 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2535; Vزر. Rb. Noord-Holland 6 augustus 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7584. De voorzieningenrechter te Den Haag dacht hier in eerste instantie nog anders over. Die oordeelt dat een proportionaliteitstoets niet op zijn plaats was; Vزر. Rb. Den Haag 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7736.

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

73 Vزر. Rb. Rotterdam 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7381.

74 Hof Den Bosch 5 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ0879; Vزر. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1909; Vزر. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1903.

75 Vزر. Rb. Den Haag 18 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12345; Vزر. Rb. Den Haag 23 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:BZ1403; Vزر. Rb. Amsterdam 25 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:849.

76 Vزر. Rb. Den Haag 19 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11273.

77 Vزر. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:6289.

78 Vزر. Rb. Den Haag 10 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11624; Vزر. Rb. Oost-Nederland, locatie Arnhem 11 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ3269; Vزر. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:6289.

79 Vزر. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1909; Vزر. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1903. Vgl. ook Vزر. Rb. Den Haag 10 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11624.

80 Vزر. Rb. Oost-Nederland, locatie Arnhem 11 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ3269.

op dit punt geïndiceerd is. Lukt dat niet, dan worden de vorderingen afgewezen.<sup>81</sup> Voorts geldt dat een inschrijver die nog niet lang genoeg bestaat om aan een gestelde omzeteis te kunnen voldoen op een andere manier mag aantonen dat hij aan een gestelde omzeteis voldoet. Dit volgt uit art. 2.8.1 en 2.8.4 van het ARW 2005 (welke artikelen inhoudelijk niet verschillen van art. 48 lid 1 sub c en lid 5 Bao en art. 2.91 lid 1 sub c en lid 3 Aanbestedingswet 2012).<sup>82</sup>

*b. Toelaatbaarheid (w.o. proportionaliteit) geschiktheidseisen/selectiecriteria en beoordelingsmethodiek*

Het is niet toelaatbaar om geschiktheidseisen en/of selectiecriteria te hanteren als gunningscriteria en vice versa. Gunningcriteria hebben immers betrekking op de inschrijving, terwijl geschiktheidseisen en/of selectiecriteria betrekking hebben op de inschrijver. Een en ander neemt niet weg dat een aanbestedende dienst wel de competenties van de werknemers van een inschrijver in acht mag nemen bij het beoordelen van een inschrijving, wanneer die competenties iets kunnen zeggen over de kwaliteit van de inschrijving.<sup>83</sup>

Wanneer een aanbestedende dienst met betrekking tot het voldoen aan bepaalde kwaliteitsnormen vereist dat een inschrijver beschikt over een ISO-certificering, dan dient de aanbestedende dienst op grond van art. 50 lid 2 Bao te aanvaarden dat de inschrijver op een andere manier bewijst dat hij een eigen, gelijkwaardig kwaliteitssysteem hanteert. Tenzij de aanbestedende dienst anders heeft voorgeschreven in de aanbestedingsdocumentatie, is het niet noodzakelijk dat een externe/onafhankelijke partij verklaart dat het kwaliteitssysteem gelijkwaardig is. Ook is de aanbestedende dienst op grond van art. 50 lid 2 Bao niet verplicht om de gelijkwaardigheid van een alternatief kwaliteitssysteem te laten onderzoeken door een door de Raad van Accreditatie erkend certificeringsbureau. Hij mag deze beoordeling zelf uitvoeren en heeft daarbij een discretionaire bevoegdheid, mits dat uiteraard in lijn is met de voorschriften in de aanbestedingsdocumentatie.<sup>84</sup>

Het is volgens het Hof Den Bosch onder omstandigheden niet disproportioneel om van alle bedrijven die in combinatie inschrijven te verlangen dat zij zelfstandig aan een bepaalde ISO-certificeringseis voldoen.<sup>85</sup> Een ISO-certificeringseis is bij relatief kleinschalige projecten ook niet zonder meer disproportioneel.<sup>86</sup> Voorts is een referentie-eis niet zonder meer disproportioneel, wanneer in Nederland slechts één of twee partijen kunnen voldoen aan die eis. Althans, wanneer een dergelijke eis wordt gesteld in een

Europese aanbestedingsprocedure en wordt aangenomen dat er in Europa meerdere ondernemingen zijn die aan deze eis kunnen voldoen, dan wordt een klacht over de disproportionaliteit van de referentie-eis door de rechter verworpen.<sup>87</sup> Een andere klacht met betrekking tot de disproportionaliteit van gestelde financiële en economische eisen, waarbij een beroep wordt gedaan op de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit, wordt verworpen omdat het een aanbestedingsprocedure betrof die (ruim) vóór de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 was gestart.<sup>88</sup> In een andere aanbestedingsprocedure die vóór de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 was gestart, gaat de Rotterdamse voorzieningenrechter wél inhoudelijk in op de vraag of een bepaalde financiële geschiktheidseis met betrekking tot kengetallen al dan niet disproportioneel is. Dat is volgens de voorzieningenrechter niet het geval nu de eis duidelijk is omschreven en nu de eis, getuige andere vergelijkbare aanbestedingsprocedures, niet ongebruikelijk is.<sup>89</sup>

*c. Transparantie geschiktheidseisen/selectiecriteria en beoordelingsmethodiek*

Wanneer het aankomt op de uitleg van aanbestedingsdocumentatie is, zoals hiervoor is opgemerkt, de cao-norm van belang. Deze norm houdt in dat aanbestedingsdocumentatie naar objectieve maatstaven moet worden uitgelegd en dat de bewoordingen van die bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingsstukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn.<sup>90</sup> In sommige gevallen, waarin de aanbestedingsdocumentatie kennelijk geen uitsluitel geeft, slaan de voorzieningenrechters ter explicatie van aanbestedingsdocumentatie eveneens acht op de gangbare taalkundige betekenis van woorden<sup>91</sup> en/of de kenmerken van de markt.<sup>92</sup>

Naast de cao-norm is de welbekende ‘Succhi di Frutta-norm’ van belang bij de uitleg van aanbestedingsdocumentatie. Deze norm geeft aan wat het doel is van het transparantiebeginsel en neemt de behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver/gegadigde als uitgangspunt. Een dergelijke behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver dient te begrijpen dat, wanneer in een referentie-eis ervaring wordt gevraagd met een zogenoemd frequentiebestek, hij de vereiste ervaring niet kan aantonen met een beeldbestek. Dit heeft ook te gelden wanneer een inschrijver met een ervaring met een beeldbestek automatisch de vereiste competenties voor de

81 V.zr. Rb. Den Haag 23 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2678. Zie ook V.zr. Rb. Den Haag 10 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9441.

82 V.zr. Rb. Noord-Holland, locatie Haarlem 22 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ6094.

83 Gerecht 24 april 2013, T-32/08.

84 V.zr. Rb. Den Haag 29 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15491; zie ook V.zr. Rb. Rotterdam 7 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY8450.

85 Hof Den Bosch 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4799.

86 Hof Den Bosch 5 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ0879.

87 V.zr. Rb. Den Haag 18 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12345.

88 V.zr. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden 12 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA3005.

89 V.zr. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1909.

90 V.zr. Rb. Den Haag 10 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9441; V.zr. Rb. Limburg, locatie Roermond 16 januari 2013, nr. C/04/119998 / KG ZA 12-248, n.n.g.

91 V.zr. Rb. Den Haag 19 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11273.

92 V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 16 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9942.

uitvoering van een frequentiebestek zou kunnen aantonen. De inschrijvers hebben zelfs onder die omstandigheden volgens het Hof Den Bosch geen interpretatievrijheid, in die zin dat zij de gestelde eis anders zouden mogen uitleggen.<sup>93</sup> Opmerkelijk is dat hetzelfde hof enkele maanden daarvoor zich nog had verdiept in de competenties die inschrijvers opdoen bij beeld- en frequentiebestekken. In die zaak beoordeelde het hof wél inhoudelijk of een inschrijver de vereiste competenties in huis had om aan de referentie-eisen te voldoen en was het verschil tussen de typen bestekken niet doorslaggevend. Een verklaring voor dit verschil in uitspraken valt wellicht te vinden in het feit dat in laatstgenoemde zaak in de referentie-eis geen expliciete ervaring met een frequentiebestek werd gevraagd, maar met werken van vergelijkbare aard en omvang.<sup>94</sup>

Dat er in principe weinig ruimte is voor een interpretatie van een duidelijk geformuleerde geschiktheidseis blijkt eveneens uit een uitspraak van de voorzieningenrechter te Den Haag met betrekking tot financiële ratio's. Als de eisen met betrekking tot deze financiële ratio's duidelijk zijn geformuleerd, dan biedt het aanbestedingsrecht geen ruimte aan een inschrijver om een andere uitleg aan die eisen te geven.<sup>95</sup>

Indien een referentie-eis ervaring vergt met referentieprojecten die qua aard, (financiële) omvang óf complexiteit vergelijkbaar zijn met de opdracht in kwestie, maar uit de aanbestedingsdocumentatie valt af te leiden dat een ervaring vereist is met referentieprojecten die qua aard, (financiële) omvang én complexiteit vergelijkbaar zijn, dan kan een inschrijver de vereiste ervaring niet aantonen met een referentie die bijvoorbeeld slechts qua financiële omvang vergelijkbaar is.<sup>96</sup>

Indien in een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure onder het ARW 2005 staat vermeld dat een inschrijver in het bezit dient te zijn van een geldig VCA\*\* -certificaat, dan dient een inschrijver te begrijpen dat dit een geschiktheidseis betreft, ook al staat dat niet letterlijk aangegeven.<sup>97</sup> Verder geldt ten aanzien van vereiste certificaten dat een aanbestedende dienst de reikwijdte c.q. het toepassingsgebied van een ISO-certificaat niet hoeft te duiden in de aanbestedingsdocumentatie. Een aanbestedende dienst hoeft dus niet te specificeren op welke specifieke werkzaamheden een certificaat betrekking moet hebben. In het geval enkele aanbestedende diensten uitsluitend vergen dat 'monsterneming en analyses' moeten worden uitgevoerd onder accreditatie van de NEN EN ISO 17025:2005, dan is het beschikken over een ISO 17025:2005-certificaat dus

voldoende en dan hoeft dat certificaat geen betrekking te hebben op specifieke werkzaamheden die volgens de aanbestedingsdocumentatie conform een andere NEN-norm dienen te worden uitgevoerd.<sup>98</sup>

Een referentie-eis die niet volstrekt helder is verwoord en ertoe leidt dat een gegadigde een referentie in zijn aanmelding verkeerd indeelt, leidt niet per definitie tot een heraanbesteding wegens strijd met het transparantiebeginsel. In dat geval, waarin tussen partijen bovendien in confesso was dat de gegadigde materieel voldeed aan de gestelde referentie-eisen én waarbij een heraanbesteding in de specifieke omstandigheden van het geval niet tot een ander resultaat zou leiden, ziet de voorzieningenrechter te Den Haag aanleiding om de aanbestedende diensten te gebieden om de enige afgewezen gegadigde alsnog toe te laten tot de inschrijffase.<sup>99</sup>

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

Uitgangspunt is dat aanbestedende diensten eenmaal gestelde geschiktheidseisen niet mogen aanvullen, wijzigen of schrappen gedurende een Europese aanbestedingsprocedure.<sup>100</sup> Wil de aanbestedende dienst een gestelde geschiktheidseis toch aanvullen, wijzigen of schrappen, dan zal hij in beginsel over moeten gaan tot een heraanbesteding. Aanbestedende diensten mogen er echter ook voor kiezen om de aangevulde, gewijzigde of geschrapte eisen opnieuw te publiceren door middel van het plaatsen van een rectificatie via (TenderNed/)/TED en het opnieuw in acht nemen van de geldende termijnen. Een dergelijke rectificatie komt in wezen neer op een heraanbesteding waarbij de markt wederom kennis kan nemen van de gewijzigde/geschrapte eisen en wederom kan bepalen of zij interesse heeft in de opdracht.<sup>101</sup>

Er wordt in de jurisprudentie een niet altijd even helder onderscheid gemaakt tussen het wijzigen van een geschiktheidseis of selectiecriteria enerzijds en het (soms creatief) uitleggen van een geschiktheidseis of selectiecriteria anderzijds. Daar waar het aanvullen, wijzigen en/of ecarteren niet is toegestaan, kan er wel, als de context daartoe aanleiding geeft, plaats zijn voor een andere lezing van een eenmaal gestelde eis. Zoals eerder vermeld in deze kroniek kan bijvoorbeeld het woordje 'of' vervangen

93 Hof Den Bosch 3 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5889.

94 Hof Den Bosch 13 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3716.

95 Vzr. Rb. Den Haag 10 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11624; Vgl. ook Gerecht 21 februari 2013, T-9/10.

96 Vzr. Rb. Den Haag 18 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12345.

97 Vzr. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 18 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3477.

98 Vzr. Rb. Limburg, locatie Roermond 16 januari 2013, nr. C/04/119998 / KG ZA 12-248, n.n.g.

99 Vzr. Rb. Den Haag 21 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2675. Zie voor een niet transparant (genoeg) geachte referentie-eis tevens Vzr. Rb. Den Haag 3 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3424.

100 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 16 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2826; Vzr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 19 juli 2013; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant locatie Breda 16 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9942; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:6289; Vzr. Rb. Den Haag 3 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3424.

101 Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 27 februari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ4314.

worden door ‘en’ indien uit een lezing van de aanbestedingsdocumentatie duidelijk volgt dat ‘en’ was bedoeld.<sup>102</sup> Ook worden wel eens wijzigingen van geschiktheidseisen of selectiecriteria (oogluikend) geaccepteerd, wanneer procespartijen daar geen punt van maken.<sup>103</sup> Voor het overige onderstreept de jurisprudentie dit jaar wederom dat aanbestedende diensten eenmaal gestelde eisen strak dienen te handhaven.<sup>104</sup>

#### *e. Beroep op derden/onderaannemers*

Zoals eerder in deze kroniek vermeld, mag een onderneming volgens het HvJ EU een beroep doen op de gezamenlijke draagkracht van meerdere ondernemingen om zo aan geschiktheidseisen te voldoen. De draagkracht van verschillende ondernemingen mag dus worden gecumuleerd om zo aan de gestelde eisen te voldoen. Wel moet de gegadigde of inschrijver bij de aanbestedende dienst kunnen aantonen dat hij daadwerkelijk kan beschikken over de ter beschikking gestelde middelen die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn. Dit uitgangspunt sluit niet uit dat aanbestedende diensten in uitzonderingsgevallen mogen verlangen dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken draagkracht heeft of dat de draagkracht door een beperkt aantal ondernemers wordt geleverd. Een dergelijke beperking van de mogelijkheid om een beroep op derden te doen dient evenwel verband te houden met de opdracht en dient proportioneel te zijn.<sup>105</sup>

Het is inschrijvers op (verschillende) aanbestedingsprocedures – gelet op de jurisprudentie van het HvJ EU ter zake – in beginsel toegestaan om een beroep op een derde te doen, om zo te voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen. Dit geldt ook wanneer VCA\*-certificaten zijn vereist.<sup>106</sup> Ook geldt het uitgangspunt dat slechts één van de ondernemingen in een combinatie aan een geschiktheidseis hoeft te voldoen.<sup>107</sup> Zou dat anders zijn, en zouden alle combinanten zelfstandig aan de gestelde eisen moeten voldoen, dan zou dat een beroep op een derde om te voldoen aan de gestelde eisen dwarsbomen. In dit licht is het hierboven reeds besproken arrest van het Hof Den Bosch opmerkelijk te noemen. In dit arrest oordeelt het hof dat de eis, dat alle combinanten zelfstandig aan een certificeringseis dienen te voldoen, niet disproportioneel is.<sup>108</sup> Een ‘redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige’ inschrijver dient te begrijpen dat hij, in het geval van een inschrijving op basis van hoofd-/onderaannemerschap, in zijn inschrijving die onderaannemers moet vermelden waarop hij een beroep doet om te voldoen aan de geschiktheidseisen. Dit geldt kennelijk ook indien de aanbestedende

dienst daaromtrent geen voorschriften heeft opgenomen in de aanbestedingsdocumentatie.<sup>109</sup> Indien de aanbestedingsdocumentatie van inschrijvers vergt dat zij aangeven aan welke ondernemingen zij een bepaald (financieel) deel van de opdracht in onderaanneming geven, dan dient een ‘behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende’ inschrijver zich te realiseren dat hij bij zijn inschrijving de door hem in te schakelen onderaannemers dient te noemen, voor zover die onderaannemers een bepaald (financieel) deel van de opdracht zullen uitvoeren.<sup>110</sup> Voorts blijkt uit de jurisprudentie dat het inschrijvers in beginsel niet is toegestaan om onderaannemers na het verstrijken van de inschrijftermijn alsnog op te voeren om zo te voldoen aan de gestelde eisen.<sup>111</sup>

## 11. Gunningscriteria/eisen en beoordelingsmethodiek

### *a. Algemeen*

Aanbestedende diensten die de economisch meest voordelige inschrijving als gunningscriterium hanteren, hebben een ruime discretionaire bevoegdheid bij de vaststelling van de (sub)gunningscriteria. Rechterlieden derhalve terughoudend te zijn bij de beoordeling of de aanbestedende dienst rechtmatig heeft gehandeld bij de gebruikmaking van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. De rechter dient dat enkel marginaal te toetsen.<sup>112</sup> De ruime discretionaire bevoegdheid en de daarmee samenhangende marginale toetsing door de rechter lijkt zich ook uit te strekken over de beantwoording van de vraag hoe een aanbestedende dienst conform art. 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 zoveel mogelijk maatschappelijke waarde dient te creëren. Dit artikel lijkt de aanbestedende dienst slechts te verplichten om te streven naar een prijs-kwaliteitverhouding die (in de ogen van de aanbestedende dienst) het beste is. Inschrijvers kunnen aanbestedende diensten om deze reden vermoedelijk niet snel verwijten dat zij ‘te weinig maatschappelijke waarde’ hebben gecreëerd.<sup>113</sup>

De discretionaire bevoegdheid van aanbestedende diensten klinkt ook door in een vonnis van de voorzieningenrechter te Den Haag, waarin wordt vastgesteld dat enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van een kwalitatief criterium. Volgens deze rechter is het van belang dat i) het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is wat van hem wordt verwacht, ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld, en iii) de gunningsbeslissing zodanig

102 Vزر. Rb. Den Haag 18 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12345.

103 Vزر. Rb. Den Haag 10 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9441.

104 Vزر. Rb. Den Haag 10 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11624.

105 HvJ EU 10 oktober 2013, C-94/12.

106 Vزر. Rb. Amsterdam 24 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0455.

107 Vزر. Rb. Limburg, locatie Roermond, 16 januari 2013, C/04/119998 / KG ZA 12-248 n.n.g.

108 Hof Den Bosch 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4799.

109 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 11 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7758.

110 Vزر. Rb. Rotterdam 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2794.

111 Vزر. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 18 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3477.

112 Vزر. Rb. Noord-Nederland, locatie Groningen 29 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7367.

113 Vزر. Rb. Noord-Nederland, locatie Assen 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100.

inzichtelijk wordt gemotiveerd dat het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen. Voor het overige komt de rechter slechts een beperkte toetsingsvrijheid toe wanneer het aankomt op de beoordeling van een kwalitatief criterium. Aan de aangewezen – deskundige – beoordelaars moet dienaangaande de nodige vrijheid worden gegund. Een en ander klemt volgens de voorzieningenrechter temeer nu niet van de rechter kan worden verlangd dat hij specifieke deskundigheid bezit op het gebied van het onderwerp van de opdracht. Slechts indien sprake is van – procedurele dan wel inhoudelijke – onjuistheden c.q. onduidelijkheden die zouden kunnen meebrengen dat de (voorlopige) gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen door de rechter.<sup>114</sup>

In navolging van eerdere jurisprudentie van het HvJ EG<sup>115</sup> stelt het Gerecht vast dat aanbestedende diensten het gemiddelde van de aangeboden prijzen niet mogen hanteren als gunningscriterium. Een dergelijk gunningscriterium is niet transparant omdat inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijvingen niet op de hoogte (kunnen) zijn van de gemiddeld aangeboden prijs, terwijl dit (onbekende) element wel essentieel en beslissend is voor de gunningsbeslissing.<sup>116</sup> In dezelfde zin is het aanbestedende diensten niet toegestaan een scoresystematiek te hanteren die voor inschrijvers onduidelijk is. Zo is het een aanbestedende dienst bijvoorbeeld niet toegestaan om antwoorden op open vragen te beoordelen, zonder vooraf te specificeren aan de hand van welke criteria de antwoorden zullen worden beoordeeld.<sup>117</sup>

Uiteraard zijn aanbestedende diensten gehouden zich te conformeren aan de door hen gecommuniceerde gunningscriteria en beoordelingsmethodiek.<sup>118</sup> Aanbestedende diensten dienen de gunningscriteria – conform de ‘klassieke’ arresten EVN en Wienstrom en SIAC van het HvJ EU<sup>119</sup> – gedurende de gehele aanbestedingsprocedure op dezelfde wijze uit te leggen. Dat betekent dat de gunningscriteria niet gedurende de aanbestedingsprocedure mogen worden gewijzigd, waaronder tevens een nadere invulling van de criteria moet worden verstaan. Doet een aanbestedende dienst dat wel, dan riskeert hij veroordeeld te worden tot een heraanbesteding.<sup>120</sup> Ook kan een rechter er onder omstandigheden voor kiezen om de aanbestedende dienst

te veroordelen tot een herbeoordeling.<sup>121</sup>

#### *b. Toelaatbaarheid (u.o. proportionaliteit) gunningscriteria en eisen en beoordelingsmethodiek*

De jurisprudentie van het Gerecht onderstreept dat criteria die betrekking hebben op de inschrijver en niet op de inschrijving in beginsel niet als gunningscriteria mogen worden gehanteerd. Dit uitgangspunt betekent volgens het Gerecht echter niet dat een aanbestedende dienst niet de competenties van de werknemers van een inschrijver in acht mag nemen bij het beoordelen van een inschrijver. Indien die competenties relevant (kunnen) zijn voor het beoordelen van de kwaliteit van de inschrijving dan mogen die competenties van werknemers dus wel als gunningscriteria worden gehanteerd.<sup>122</sup>

Van aanbestedende diensten mag niet verwacht worden dat zij met betrekking tot de gunningscriteria aangeven wat nodig is om een maximale score te behalen. “Alsdan zou iedere innovatie, creativiteit of zelfstandig denkproces bij de inschrijvers worden geëcarteerd.” Aanbestedende diensten mogen zich derhalve ten aanzien van de gunningscriteria enige beoordelingsvrijheid toe-eigenen. Deze vrijheid wordt uiteraard begrensd door de aanbestedingsrechtelijke kernbeginselen van gelijke behandeling en het daaruit voortvloeiende beginsel van transparantie.<sup>123</sup>

In het geval een aanbestedende dienst het inschrijvers toestaat om met twee verschillende typen dienstverlening in te schrijven, te weten hostingdiensten op de server van de opdrachtgever of hosting op eigen servers, dan dient de beoordelingsmethodiek in staat te zijn om een eerlijk prijsvergelijk tussen de twee aangeboden diensten te maken. Worden ter berekening van de ‘total cost of ownership’ de kosten van hosting op de servers van de opdrachtgever niet meegenomen, terwijl de inschrijvers deze kosten wel in hun inschrijving moesten meenemen indien zij zelf deze hostingdiensten verzorgen, dan kan geen eerlijk prijsvergelijk tussen de twee typen diensten worden gemaakt. Het resultaat van een dergelijke ondeugdelijke gunningsmethodiek is een heraanbesteding (voor zover de aanbestedende dienst de opdracht nog wenst te gunnen).<sup>124</sup>

Indien een van de (sub)gunningscriteria ziet op de volledigheid van de inschrijving en de inschrijvers dus punten kunnen verdienen met een volledige inschrijving, dan is het de aanbestedende dienst niet toegestaan om een inschrijving als ongeldig terzijde te leggen, wanneer deze inschrijving op enkele onderdelen, doch niet op fundamentele onderdelen, niet volledig is. De aanbestedende dienst dient zich dan te conformeren aan zijn eigen (bijzondere) beoordelingssys-

114 V.zr. Rb. Den Haag 21 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9292; V.zr. Rb. Den Haag 23 december 2013, C/09/454713 KG ZA 13-1305, n.n.g. Zie ook V.zr. Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 6 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6831.

115 HvJ EG 28 maart 1985, zaak 274/83 (Commissie/Italië).

116 Gerecht 16 september 2013, T402/06.

117 V.zr. Rb. Limburg, locatie Maastricht 22 augustus 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:4922.

118 V.zr. Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 24 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:3001; CBB 2 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ9205.

119 HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 en HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00).

120 V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 30 januari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ0480.

121 V.zr. Rb. Amsterdam 5 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5345.

122 Gerecht 24 april 2013, T-32/08.

123 V.zr. Rb. Den Haag 21 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9292. Zie ook Hof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1714.

124 Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 9 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7761.



tematiek.<sup>125</sup>

Het is niet in strijd met de beginselen van het aanbestedingsrecht om eventuele toekomstige ingrijpende marktontwikkelingen niet te incorporeren in de aanbestedingsdocumentatie. Zo was de provincie Noord-Brabant bij het aanbesteden van twee vervoersconcessies niet verplicht om in haar aanbestedingsdocumentatie rekening te houden met de eventuele toekomstige bezuinigingen op de ov-studentenjaarkaart in 2016, die zouden leiden tot het wegvallen van een groot deel van de inkomsten. De rechter acht het daarbij van belang dat deze onzekerheid niet alleen voor alle inschrijvers even groot is maar dat die onzekerheid over bezuinigingen ook bij de provincie bestaat. Van de provincie kan gelet op deze onzekerheden dan ook niet meer transparantie worden verwacht over hoe zij met die eventuele bezuinigingen zal omspringen in de toekomst.<sup>126</sup>

### *c. Transparantie gunningscriteria en eisen en beoordelingsmethodiek*

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. Daarnaast is de cao-norm van belang. Deze norm houdt in dat aanbestedingsdocumentatie naar objectieve maatstaven moet worden uitgelegd en dat de bewoordingen van die bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingsstukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Aan de hand van deze twee standaardnormen worden vele zaken beslecht.

Zo oordeelt het CBB in het kader van een aanbestedingsprocedure voor een vervoersconcessie dat de uitleg die inschrijver Syntus aan bepaalde begrippen in de aanbestedingsdocumentatie geeft, niet logischerwijs volgt uit de aanbestedingsdocumentatie. De uitleg van Syntus wordt daarom niet gevolgd.<sup>127</sup> Met behulp van de cao-norm stelt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland vast dat een door de gemeente Súdwest Fryslân gehanteerde beoordelingsmethodiek slechts voor één uitleg vatbaar is. Aan de hand van deze uitleg gebiedt de voorzieningenrechter de gemeente haar voorlopige gunningsbeslissing in te trekken en verbiedt hij de gemeente om de opdracht aan een ander te gunnen dan aan eiseres.<sup>128</sup> De cao-norm wordt ook, zij het niet altijd expliciet, toegepast door de voorzieningenrechter uit Den

Haag in het kader van een Europese aanbestedingsprocedure van Rijkswaterstaat voor plaagdiermanagement. Met behulp van deze norm komt de rechter in deze zaak tot de conclusie dat Rijkswaterstaat niet tekort is geschoten in zijn verplichting om een voldoende begrijpelijk en eenduidig bestek, met eenduidige gunningscriteria, op te stellen.<sup>129</sup>

Zoals vermeld is het aanbestedende diensten niet toegestaan om het gemiddelde van de aangeboden prijzen te hanteren als een (sub)gunningscriterium. Een dergelijk criterium is volgens het HvJ EU niet transparant, omdat inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving (als het goed is) niet op de hoogte zijn van de inschrijfprijzen van de concurrentie.<sup>130</sup> In dezelfde zin is het volgens de voorzieningenrechter te Den Haag niet toegestaan om een marktconformiteitseis te hanteren en om in dat kader te vereisen dat inschrijvers dienen in te schrijven met tarieven die passend zijn bij een aanbieding van vergelijkbare omvang onder verwijzing naar een indicatieve bandbreedte van 25 procent. Indien de aanbestedende dienst in dat geval niet verduidelijkt wat wordt verstaan onder een aanbieding van vergelijkbare omvang en evenmin verduidelijkt ten opzichte van welk bedrag de indicatieve bandbreedte wordt berekend, dan is een dergelijke eis niet transparant, hetgeen leidt tot een gebod tot het staken van de aanbestedingsprocedure.<sup>131</sup>

Dienovereenkomstig oordeelt de voorzieningenrechter te Utrecht over een gestelde eis dat de ingediende prijs binnen de bandbreedte van 85 procent tot 115 procent dient te liggen. Ook in die zaak had de aanbestedende dienst verzuimd te verduidelijken waarop dit percentage betrekking had.<sup>132</sup> In lijn met deze jurisprudentie liggen eveneens twee arresten van het Hof Amsterdam, waarin de aanbestedende diensten hadden vereist dat de door inschrijvers op te geven tarieven (onder meer) ‘kostendekkend’ waren, terwijl de aanbestedende diensten (naar later bleek) niet konden controleren of de opgegeven tarieven daadwerkelijk kostendekkend waren. In dat geval is sprake van een ongeldig gunningscriterium, zodat de aanbestedende diensten de aanbestedingsprocedure op basis van vaste rechtspraak van het HvJ EU niet kunnen voortzetten, aldus het Hof Amsterdam.<sup>133</sup> Een ander niet transparant criterium betrof de zogeheten ‘significantieregel’ van de gemeente Amstelveen, inhoudende dat de gemeente tot ophoging van puntenaantallen kon overgaan in die gevallen waarbij ‘het relatief kleine verschil’ tussen aanbiedingen dit zou rechtvaardigen. De gemeente had

125 Vzr. Rb. Rotterdam 22 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9642.

126 Vzr. Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 15 oktober 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:5745.

127 Vzr. CBB 14 oktober 2013, ECLI:NL:CBB:2013:195.

128 Vzr. Rb. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden 29 mei 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA1485.

129 Vzr. Rb. Den Haag 2 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3416. Zie voor vergelijkbare jurisprudentie ook: Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 29 april 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ8944; Vzr. Rb. Den Haag 18 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3411; Vzr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht, 13 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ1451.

130 Gerecht 16 september 2013, T402/06.

131 Vzr. Rb. Den Haag 24 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15878.

132 Vzr. Midden-Nederland, locatie Utrecht 13 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3758.

133 Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3924; Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3398.

daarbij verzuimd aan te geven in welk geval sprake zou zijn van een relatief klein verschil. De significantieregel wordt daarom door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam in strijd met het transparantiebeginsel geacht, zodat de gemeente gerechtigd was de aanbestedingsprocedure op eigen initiatief af te breken.<sup>134</sup>

Evenmin transparant is het in een nota van inlichtingen opnemen van een eis dat partijen met ‘realistische’ inschrijfsommen dienen in te schrijven, zonder daarbij te verduidelijken wat onder realistisch wordt verstaan. Een dergelijk gebrek aan transparantie hoeft volgens de voorzieningenrechter te Arnhem niet te leiden tot een heraanbesteding, maar in dat geval mag een aanbestedende dienst een inschrijving met een (deel)prijs van € 1 niet terzijde leggen met het argument dat dit een onrealistische prijs is.<sup>135</sup> Dat een gebrek aan transparantie niet meteen het einde hoeft te betekenen voor een aanbestedingsprocedure blijkt ook uit een vonnis van de voorzieningenrechter te Den Haag. In deze zaak kon het prijzenblad op twee verschillende manieren geïnterpreteerd worden. Een dergelijk gebrek aan transparantie hoeft volgens de voorzieningenrechter niet tot een heraanbesteding te leiden. Daarin weegt de voorzieningenrechter mee dat een heraanbesteding een zeer ingrijpende en tijdrovende maatregel betreft. Wanneer niemand daar belang bij heeft, kan het gebrek aan transparantie eenvoudig worden hersteld door de inschrijvingen opnieuw te beoordelen op een eenduidige manier.<sup>136</sup>

Aanbestedende diensten kunnen ‘gebruiksvriendelijkheid’ niet als minimumeis hanteren zonder toe te lichten wat onder gebruiksvriendelijkheid wordt verstaan. Dat is in strijd met het transparantiebeginsel en kan leiden tot een ontoelaatbare subjectieve beoordeling.<sup>137</sup> Voorts handelt een aanbestedende dienst niet in lijn met het beginsel van transparantie, wanneer hij de sloop van een gebouw voorschrijft en wanneer uit de aanbestedingsdocumentatie niet valt af te leiden of daarmee een algehele of een gedeeltelijke sloop is bedoeld.<sup>138</sup>

In het licht van deze min of meer congruente jurisprudentie valt een andere uitspraak van de voorzieningenrechter te Den Haag op. In bedoelde zaak had de aanbestedende dienst ook vereist dat inschrijvers dienden in te schrijven met marktconforme en realistische prijzen, zonder daarbij te verduidelijken wat onder marktconform en/of realistisch

werd verstaan. In tegenstelling tot de eerdergenoemde zaken komt de voorzieningenrechter in deze zaak tot de conclusie dat deze begrippen kennelijk wél transparant (genoeg) zijn. Het ontbreken van een definitie van deze begrippen kan toetsing daaraan weliswaar bemoeilijken, maar brengt volgens de voorzieningenrechter mee dat in beginsel van de in het normaal taalgebruik gangbare betekenis moet worden uitgegaan. Dat betekent volgens de voorzieningenrechter dat de prijzen waarmee een inschrijver inschrijft overeen moeten komen met de prijzen van andere aanbieders en gebaseerd moeten zijn op de feitelijke toestand of mogelijkheden.<sup>139</sup>

De voornoemde jurisprudentie waarin (voorzieningen)rechters telkens tamelijk streng optreden tegen niet nader toegelichte criteria zoals ‘kostendekkend’, ‘gebruiksvriendelijk’ en ‘marktconform’ staat enigszins op gespannen voet met de jurisprudentie waarin rechters zich – gelet op de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst bij het vaststellen en bij het beoordelen van de inschrijvingen aan de hand van de gunningscriteria – onthouden van een inhoudelijke beoordeling. Waarom zou een aanbestedende dienst zich wél (gekscherend door de rechter bedoeld) mogen uitlaten over de vraag of iets in zijn ogen ‘blauwachtig grijs of grijsachtig blauw’ is, terwijl diezelfde aanbestedende dienst niet mag vaststellen of iets in zijn ogen gebruiksvriendelijk of marktconform is?<sup>140</sup> Wellicht heeft dit te maken met de omstandigheid dat een terughoudende toetsing van de rechter minder past bij beslissingen met een binair karakter, in die zin dat een rechter een vraag met een ja of nee moet beantwoorden. Het Hof Arnhem-Leeuwarden meende in ieder geval vorig jaar dat bij beslissingen met een binair karakter een terughoudende toetsing minder past dan in het geval waarin de rechter moet beoordelen of de aanbestedende dienst bij de toepassing van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving, de juiste scores aan de verschillende inschrijvingen heeft toegekend.<sup>141</sup>

Wat in ieder geval niet is toegestaan, is dat aanbestedende diensten zich een dermate grote beoordelingsvrijheid toe-eigenen, zodat inschrijvers op voorhand niet kunnen inschatten aan de hand van welke (achterliggende) criteria hun inschrijvingen worden beoordeeld. Zo is het beoordelen van een ‘eigen visie’ niet toegestaan wanneer niet is aangegeven op welke aspecten die visie beoordeeld wordt.<sup>142</sup> Ook niet toelaatbaar is het beoordelen van antwoorden op gesloten, halfopen en open vragen zonder vooraf te specificeren aan de hand van welke criteria de

134 Vزر. Rb. Amsterdam 22 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0664.

135 Vزر. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4134.

136 Vزر. Rb. Den Haag 19 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18479.

137 Vزر. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5919. Zie ook zr. Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2013, C/16/350981 / KG ZA 13-625, n.n.g.

138 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6838. Zie voor het vonnis: vزر. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 1 mei 2013, nr. C/05/240502 / KG ZA 13- 130, n.n.g. Voor een vergelijkbaar vonnis zie: vزر. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 1 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0311.

139 Vزر. Rb. Den Haag 5 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15879.

140 Vزر. Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 6 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6831. Zie ook vزر. Rb. Den Haag 21 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9292.

141 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY2248.

142 Vزر. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 9 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7760.

antwoorden zullen worden beoordeeld.<sup>143</sup> De vrijheid om beoordelingscriteria in zekere mate ‘open’ te laten lijkt overigens wel, althans eerder, toegestaan bij meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures voor 2B-diensten.<sup>144</sup>

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

Gunningscriteria, eisen en beoordelingsmethodieken dienen van meet af aan duidelijk in de aanbestedingsdocumentatie te worden vermeld. De verplichting tot transparantie impliceert voorts dat de aanbestedende dienst de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moet uitleggen. Het gebod van een voorzieningenrechter om een inschrijving door een onafhankelijke deskundige te laten controleren op ‘kostendekkendheid’ houdt daarom geen stand in hoger beroep. Dat zou er volgens het Hof Amsterdam namelijk toe leiden dat slechts één van de inschrijvingen door een deskundige zou worden beoordeeld, en bovendien dat dat (mogelijk) gebeurt aan de hand van gegevens om overlegging waarvan in het aanbestedingsdocument niet is gevraagd. In dat geval zou die ene inschrijving op een andere, strengere, wijze getoetst worden dan die van de andere inschrijvers.<sup>145</sup>

Gedurende de aanbestedingsprocedure kunnen gunningscriteria, eisen en beoordelingsmethodieken in beginsel niet worden gewijzigd of nader worden uitgewerkt, in die zin dat een aanbestedende dienst achteraf bepaalt aan de hand van welke (niet-kenbaar gemaakte) criteria de antwoorden op vragen worden beoordeeld.<sup>146</sup> Ook moet van tevoren kenbaar zijn welke onderlinge zwaarte/weging de gunningscriteria hebben. Deze weging mag niet achteraf pas kenbaar worden gemaakt.<sup>147</sup>

Ook het schrappen van eisen is in beginsel niet toegestaan en kan leiden tot een gebod tot staking van de aanbestedingsprocedure. Wel zou men op basis van jurisprudentie van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Limburg kunnen vaststellen dat de noodzaak tot een heraanbesteding of rectificatie van de opdracht minder groot is wanneer sprake is van een schraping en/of wijziging op een gering onderdeel waardoor het level playing field voor alle (potentiële) inschrijvers niet wordt aangetast.<sup>148</sup>

Een aanbestedende dienst mag niet de in de aanbestedingsdocumentatie voorgeschreven wijze van beoordeling van de inschrijvingen aanpassen, omdat dat de aanbestedende dienst beter uitkomt. De gemeente Amsterdam werd om die reden teruggefloten door de rechter.<sup>149</sup> Ook de KNSB en het NOC\*NSF werden in het kader van de aanbestedingsprocedure voor de aanwijzing van een nieuwe schaatstopportlocatie teruggefloten, toen zij van de in de aanbestedingsdocumentatie voorgeschreven beoordelingsvoorschriften wilden afwijken om zodoende meer (financiële) zekerheid te verkrijgen over de ingediende inschrijvingen. Een dergelijke afwijking van de voorgeschreven procedureregels is niet toegestaan.<sup>150</sup>

Indien de beoordeling van de inschrijvingen niet conform de aanbestedingsstukken heeft plaatsgevonden, betekent dit niet automatisch dat de aanbestedingsprocedure gestaakt moet worden en dat een heraanbesteding uitgeschreven dient te worden. In uitzonderingsgevallen kan de rechter ook besluiten om een herbeoordeling voor te schrijven en in dat kader te bepalen dat een nieuwe beoordelingscommissie de inschrijvingen dient te beoordelen.<sup>151</sup>

Van een ongewijzigde, toegestane, toepassing van de beoordelingsprocedure was sprake in een aanbestedingsprocedure van Bestuur Regio Utrecht inzake een vervoersconcessie. In die zaak kwam het CBB tot de conclusie dat de aanbestedende dienst de door hem vastgestelde beoordelingsprocedure correct had nageleefd.<sup>152</sup>

## 12. Technische specificaties

Er is in 2013 relatief weinig jurisprudentie verschenen over technische specificaties als zodanig. Uiteraard geldt dat een inschrijving die niet aan de technische specificaties voldoet in beginsel als ongeldig terzijde dient te worden gelegd. Deze jurisprudentie wordt hieronder behandeld onder paragraaf 15 van deze kroniek.

Een zaak die wel expliciet betrekking heeft op technische specificaties betreft een vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland. Daarin gaat het om een aanbesteding van het Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier van het Servicebestek Openbare Verlichting 2013. In deze aanbestedingsprocedure had het Hoogheemraadschap bepaald dat lichtmasten moeten worden geoffreerd van PMF. Voorts had het Hoogheemraadschap naar aanleiding van een vraag in de nota van inlichtingen omtrent de lichtmasten aangegeven dat inschrijvers geen gelijkwaardige lichtmasten mochten aanbieden. De voorzieningenrechter constateert terecht dat de door het

143 Vزر. Rb. Limburg, locatie Maastricht 22 augustus 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:4922.

144 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 11 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7758. Zie in dit kader ook Hof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1714.

145 Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3398 onder verwijzing naar HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00).

146 Vزر. Rb. Limburg, locatie Maastricht 22 augustus 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:4922. Zie ook Vزر. Rb. Den Haag 24 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15878. Zie voor een niet-toegestane nadere invulling van de gunningscriteria ook Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 30 januari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ0480.

147 Hof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1714.

148 Vزر. Rb. Limburg, locatie Maastricht 11 april 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:2757 en ECLI:NL:RBLIM:2013:2761.

149 Vزر. Rb. Den Haag 24 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15878.

150 Vزر. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 19 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2826.

151 Vزر. Rb. Den Haag 2 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8198. Zie in dit kader ook Vزر. Rb. Amsterdam 5 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5345.

152 CBB 2 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ2905.

Hoogheemraadschap gehanteerde eis moet worden gekwalificeerd als een technische specificatie en dat deze eis zich niet verhoudt tot art. 23 Bao en art. 2.5.9 en 2.5.10 van het ARW 2005 (dat van toepassing was verklaard door het Hoogheemraadschap). Op grond van deze artikelen is het een aanbestedende dienst in beginsel niet toegestaan om een bepaald fabricaat, zoals PMF, voor te schrijven. Een uitzondering op deze regel is slechts mogelijk indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd wordt. In dat geval dient een aanbestedende dienst inschrijvers in ieder geval wel de mogelijkheid te bieden om een gelijkwaardig alternatief aan te bieden. De voorzieningenrechter stelt vast dat het Hoogheemraadschap in strijd met de wet heeft gehandeld, door dit te verbieden bij nota van inlichtingen, zodat een voorlopige ordemaatregel aangewezen is.<sup>153</sup>

### 13. Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden

Er wordt relatief weinig geprocedeerd over het al dan niet voldoen aan bijzondere uitvoeringsvoorwaarden. Dit valt wellicht te verklaren door het feit dat bijzondere uitvoeringsvoorwaarden, in tegenstelling tot bijvoorbeeld geschiktheidseisen, voorwaarden zijn waaraan een inschrijver pas op het moment van het uitvoeren van de opdracht hoeft te voldoen. Inschrijvers op aanbestedingsprocedures kunnen zich daarom niet beklagen over het feit dat de voorlopige winnaar op het moment van inschrijving nog niet voldoet aan een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde.<sup>154</sup> Relevant is voorts dat bijzondere uitvoeringsvoorwaarden niet slechts verband hoeven te houden met sociale of milieuoverwegingen. Uitvoeringsvoorwaarden kunnen dus bijvoorbeeld ook betrekking hebben op zeer specifieke aan-gelegenheden, zoals de bezorgdagen van huis-aan-huisbladen.<sup>155</sup>

### 14. Toetsing overig handelen aanbestedende dienst

#### *a. Belangenverstremeling/voorkennis/level playing field*

Van een ontoelaatbaar voordeel van een zittende leverancier lijkt niet snel sprake. Althans, het feit dat een zittende leverancier met jarenlange ervaring een zekere kennisvoorsprong geniet, betekent niet automatisch dat het level playing field ontoelaatbaar verstoord is. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag neemt in het kader van een aanbesteding van de gemeente Den Haag voor rioolreiniging in aanmerking dat het onzeker is welke inspanningen en kosten precies met de opdracht gemoeid zijn (zo is de mate van vervuiling van het riool onbekend), dat de zittende leverancier geen specifieke voorkennis heeft én dat de klagende partij ook zelf over

een vergelijkbare 'voorkennis' beschikt omdat zij ook zelf recent werkzaamheden aan hetzelfde riool heeft verricht. Voorts neemt de rechter in aanmerking dat de klagende partij tijdens de aanbestedingsprocedure geen vragen heeft gesteld om de (achteraf) vermeende informatieongelijkheid te elimineren. Onder deze omstandigheden worden de vorderingen van de klager afgewezen.<sup>156</sup>

Een ontoelaatbare verstoring van het level playing field was opmerkelijk genoeg wel aan de orde in een aanbesteding voor rioolreiniging van enkele andere gemeenten. In deze zaak oordeelt de voorzieningenrechter dat het voor een verantwoorde prijsbepaling van essentieel belang is te weten wat de vervuilingsgraad is van het riool, op welke locatie het te reinigen riool zich bevindt en wat de aard van de vervuiling is. Zonder deze informatie kunnen inschrijvers geen reële inschrijving doen en bestaat voorts het gevaar dat het level playing field wordt verstoord, omdat de zittende leverancier mogelijk wel over deze kennis kan beschikken uit hoofde van eerdere werkzaamheden.<sup>157</sup>

Een ontoelaatbare verstoring van het level playing field was ook aan de orde in de veelbesproken KPN-zaak. In deze zaak had de afdeling Wholesale van KPN een kortingsactie op de zogeheten Wholesale Line Rental tarieven bekendgemaakt. De verlaging van deze tarieven verlaagde voor afnemers de inkoopkosten. Deze korting werd eerder aan de afdeling KPN-retail kenbaar gemaakt dan aan andere externe afnemers, zoals Tele2. Hierdoor beschikte de afdeling retail van KPN in het kader van de aanbestedingsprocedure van de Staat voor vaste telefoniediensten over een ontoelaatbare informatievoorsprong ten opzichte van haar concurrenten zoals Tele2.<sup>158</sup>

Hoewel vaker wordt betoogd dat een zittende leverancier een ontoelaatbare voorsprong geniet, kan het in sommige gevallen ook zo zijn dat een zittende leverancier een bepaald nadeel lijdt. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer inschrijvers verplicht worden om het personeel van de huidige aanbieder conform een cao over te nemen. Wanneer een dergelijke cao alle inschrijvers, behalve de zittende leverancier, de mogelijkheid biedt om het personeel over te nemen tegen afwijkende voorwaarden en wanneer de zittende leverancier deze mogelijkheid niet heeft, omdat hij bij continuering van de dienstverlening 'vastzit' aan de lopende arbeidsovereenkomsten, dan lijdt de zittende leverancier een nadeel. Deze rechtsongelijkheid en het daaraan inherente gebrek aan gelijke kansen kan volgens de voorzieningenrechter Oost-Nederland (thans Rechtbank Gelderland) niet worden voorkomen.<sup>159</sup>

153 Vzr. Rb. Noord-Holland, locatie Haarlem 9 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA1157.

154 Vzr. Rb. Noord-Nederland, locatie Groningen 22 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ2831.

155 Vzr. Rb. Den Haag 4 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:10960.

156 Vzr. Rb. Den Haag 23 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4166.

157 Vzr. Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 10 januari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BY9052.

158 CBB 25 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ5339.

159 Vzr. Rb. Oost-Nederland, locatie Arnhem 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ4446.

Wanneer een inschrijver in rechte betoogt dat een opdracht is toegeschreven naar de zittende dienstverlener en dat de zittende dienstverlener een voordeel geniet, dan dient de klager ook bepaalde consequenties aan deze standpunten (zoals een vordering tot heraanbesteding) te verbinden. Doet een inschrijver dat impliciet of niet, dan loopt de inschrijver het risico dat de rechter deze argumenten buiten beschouwing laat.<sup>160</sup> Een inschrijver die aangeeft dat geen sprake is van een level playing field dient voorts aannemelijk te kunnen maken waaruit de informatie-/kennisvoorsprong precies bestaat. Kan hij dat niet voldoende onderbouwen, dan worden de vorderingen afgewezen.<sup>161</sup>

*b. Beoordelings- en beleidsvrijheid aanbestedende dienst en beoordelingscommissie*

Aanbestedende diensten hebben ruime discretionaire bevoegdheden. Niet alleen bij het vaststellen van de gunningscriteria, maar ook bij de beoordeling van inschrijvingen aan de hand van deze criteria. Gelet op deze ruime discretionaire bevoegdheid komt de rechter slechts een beperkte toetsingsvrijheid toe. Dit klemt temeer nu niet van de rechter kan worden verlangd dat hij specifieke deskundigheid bezit op het gebied van het onderwerp van de opdracht. Slechts indien sprake is van (aperte) – procedurele dan wel inhoudelijke – onjuistheden c.q. onduidelijkheden die zouden kunnen meebrengen dat de (voorlopige) gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen door de rechter.<sup>162</sup>

De grote beoordelings- en beleidsvrijheid van aanbestedende diensten blijkt ook uit een uitspraak van het CBB inzake de aanbesteding van een vervoersconcessie door Bestuur Regio Utrecht. In die zaak stelt het CBB vast dat het niet zijn taak is om de beoordeling van de aanbestedende dienst over te doen, laat staan zijn eigen oordeel voor dat van de beoordelaars in de plaats te stellen. Het CBB gaat uit van de deskundigheid van de beoordelingscommissie en laat het oordeel van de beoordelingscommissie in stand, zolang die commissie binnen de kaders van de vooraf aangekondigde methodiek is gebleven.<sup>163</sup>

Ook uit andere jurisprudentie blijkt dat voorzieningenrechtters niet snel op de stoel van de (beoordelingscommissie van de) aanbestedende dienst gaan zitten. De voorzieningenrechtters laten zich vaak uitsluitend uit over de vraag of de door de aanbestedende dienst vastgestelde methodiek voldoende transparant is en of de methodiek (procedureel gezien) juist is toegepast.<sup>164</sup> Is dat niet het geval, omdat de

aanbestedende dienst bijvoorbeeld een uitleg van de beoordelingssystematiek hanteert die niet logischerwijs volgt uit de aanbestedingsdocumentatie, pas dan grijpt de rechter in.<sup>165</sup>

De ruime discretionaire bevoegdheid lijkt zich als gezegd ook uit te strekken over de vraag hoe een aanbestedende dienst conform art. 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 zoveel mogelijk maatschappelijke waarde dient te creëren. Dit artikel lijkt de aanbestedende dienst slechts te verplichten om te streven naar een prijs-kwaliteitverhouding die (in de ogen van de aanbestedende dienst) het beste is. Inschrijvers kunnen om deze reden vermoedelijk aanbestedende diensten niet snel verwijten dat zij ‘te weinig maatschappelijke waarde’ hebben gecreëerd.<sup>166</sup> Vermoedelijk kunnen inschrijvers ook niet al te snel aannemelijk maken dat een aanbestedende dienst disproporionele eisen heeft gesteld. Althans, de voorzieningenrechter te Den Haag stelt vast dat een aanbestedende dienst de nodige vrijheid heeft bij het opstellen van de aanbestedingsdocumentatie. Zolang een aanbestedende dienst voldoende kan motiveren waarom hij bepaalde eisen hanteert, zal een voorzieningenrechter niet snel tot het oordeel komen dat in strijd is gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel.<sup>167</sup>

De discretionaire bevoegdheid van aanbestedende diensten blijkt ook uit een vonnis van de voorzieningenrechter te Den Haag, waarin wordt vastgesteld dat enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van een kwalitatief criterium.<sup>168</sup> Het is aanbestedende diensten – gelet op hun beoordelingsvrijheid – onder omstandigheden eveneens toegestaan om een inschrijver ondanks de aanwezigheid van een uitsluitingsgrond niet uit te sluiten.<sup>169</sup>

De beoordelings- en beleidsvrijheid van aanbestedende diensten is uiteraard niet onbegrensd. Deze vrijheid wordt begrensd door de kernbeginselen van het aanbestedingsrecht. Zo mogen aanbestedende diensten zich niet een dermate grote beoordelingsvrijheid toe-eigenen, zodat inschrijvers op voorhand niet kunnen inschatten aan de hand van welke (achterliggende) criteria hun inschrijvingen worden beoordeeld.<sup>170</sup> Ook is het de aanbestedende dienst niet toegestaan om de in de aanbestedingsdocumentatie voorgeschreven wijze van het beoordelen van de inschrijvingen aan te passen, omdat dat de aanbestedende dienst achteraf bezien beter uitkomt.<sup>171</sup>

ECLI:NL:RBOBR:2013:3001.

165 Vzr. Rb. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden 29 mei 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA1485.

166 Vzr. Rb. Noord-Nederland, locatie Groningen 29 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7367.

167 Vzr. Rb. Den Haag 13 februari 2013, C/09/432793 / KG ZA 12-1381, n.n.g.

168 Vzr. Rb. Den Haag 2 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3416.

169 Vzr. Rb. Noord-Holland 6 augustus 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7584.

170 Vzr. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 9 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7760.

171 Vzr. Rb. Amsterdam 5 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5345

160 Vzr. Rb. Den Haag 19 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ3881.

161 Vzr. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 28 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6409.

162 Vzr. Rb. Den Haag 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9292; Vzr. Rb. Rotterdam 26 april 2013, ECLI:NL:2013:RBROTCA2535. Vzr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 20 december 2013, n.n.g. Vzr. Rb. Den Haag 23 december 2013, C/09/454713 KG ZA 13-1305, n.n.g.

163 CBB 2 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ9205.

164 Vzr. Rb. Den Haag 20 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:16417. Zie ook Vzr. Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 24 juni 2013,

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

### a. (Niet-)besteksconform

In 2013 is opnieuw veel jurisprudentie verschenen waarin het onderwerp (on)geldigheid aan de orde kwam. Deze rechtspraak is naar haar aard (erg) casuïstisch. Desalniettemin kunnen daaruit de volgende, meer algemene, lijnen worden gedestilleerd.

Verzoeken tot deelneming c.q. inschrijvingen die niet voldoen aan de eisen gesteld in de wet, de aankondiging, het bestek, de nota(s) van inlichtingen, et cetera, zijn volgens vaste rechtspraak vanwege het gelijkheidsbeginsel ongeldig.<sup>172</sup> Voorwaarde is wél dat de eisen transparant (en proportioneel) zijn c.q. dat er een duidelijke sanctie is gesteld op het niet (volledig) daaraan voldoen.<sup>173</sup> Wanneer de voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure niet op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zijn geformuleerd, kan de aanbestedende dienst de procedure niet voortzetten en kan dus ook niet worden vastgesteld of sprake is van (on)geldigheid.<sup>174</sup>

Bij de beoordeling van een verzoek tot deelneming c.q. een inschrijving mag de aanbestedende dienst in principe enkel afgaan op hetgeen daarin staat vermeld; eerdere ervaringen met een inschrijver mogen (dus) niet worden meegewogen.<sup>175</sup> De aanbestedende dienst mag er verder in beginsel van uitgaan dat inschrijvers naar waarheid verklaren en dat zij instaan voor de juistheid van de door hen verstrekte gegevens.<sup>176</sup> Dat geldt temeer wanneer de inschrijver heeft verzekerd dat hij zijn inschrijving op het litigieuze

onderdeel gestand zal doen, zodat de aanbestedende dienst geen reden heeft om aan de juistheid van die inschrijving te twifelen.<sup>177</sup> Indien er echter gegronde twijfel bestaat over de geldigheid van een inschrijving, kan de aanbestedende dienst een nadere toelichting verlangen, ook wanneer dit de in de aanbestedingsprocedure voorziene reguliere controle te boven gaat.<sup>178</sup>

Voor zover wij dit 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-ontvankelijkheid. Daartoe redeneert de Rotterdamse voorzieningenrechter dat een inschrijving die ongeldig is, moet worden geacht niet te zijn gedaan, zodat deze geen deel uitmaakt van de aanbestedingsprocedure. Dit leidt ertoe dat de vorderingen wegens gebrek aan belang voor afwijzing gereed liggen. Opmerkelijk genoeg oordeelt diezelfde rechter ook als volgt:

“Tegen die achtergrond behoeven de overige stellingen – meer in het bijzonder ten aanzien van de aanbestedingsprocedure als zodanig (‘onrechtmatigheid bestek’) en de in dat kader geformuleerde bezwaren, waartegen PWG overigens vóór inschrijving had dienen op te komen – en weren van partijen geen nadere bespreking.”<sup>179</sup>

Wij kunnen ons voorstellen dat een ongeldige inschrijver wel degelijk een rechtens te respecteren belang bij dat soort stellingen kan hebben.

Verder lijkt er sinds de HR-arresten van 7 december 2012 een einde te zijn gekomen aan de tot dan toe regelmatig voorkomende praktijk, die erop neerkwam dat de aanbestedende dienst zich na communicatie van de gunningsbeslissing alsnog beroept op de ongeldigheid van een verzoek tot deelneming c.q. een inschrijving.<sup>180</sup> In het verleden stonden rechters die handelwijze vaak toe, met als argument dat het gelijkheidsbeginsel moet prevaleren boven eventueel opgewekt vertrouwen. Uit genoemde arresten blijkt echter – kort samengevat – dat het, behoudens bijzondere omstandigheden, niet is toegestaan om de gunningsbeslissing later aan te vullen met andere/nieuwe relevante redenen. Deze rechtsregel lijkt in 2013 vrij consequent te zijn toegepast door rechters.<sup>181</sup> Ook in het kader van een inkoopprocedure van een zorgver-

172 Vzr. Rb. Noord-Holland 6 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:8930.

173 Zie bijvoorbeeld: Hof Den Bosch 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4799; Vzr. Rb. Amsterdam 25 november 2013, nr. C/13/552121 / KG ZA 13-1277, n.n.g.; Vzr. Rb. Amsterdam 30 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6498; Vzr. Rb. Den Haag 18 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12345; Vzr. Rb. Noord-Nederland, locatie Assen 17 september 2013, C/19/100326 KG ZA 13-164, n.n.g.; Vzr. Rb. Den Haag 10 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11624; Vzr. Rb. Rotterdam 8 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6262; Vzr. Rb. Den Haag 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:10963; Vzr. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 18 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3477; Vzr. Rb. Den Haag 18 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3411; Vzr. Rb. Amsterdam 25 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:849; Vzr. Rb. Oost-Nederland, locatie Arnhem 30 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0583.

174 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6838 (hoger beroep van: Vzr. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 1 mei 2013, nr. C/05/240502 / KG ZA 13- 130, n.n.g.). Zie ook: Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 16 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9942 en het daaraan voorafgaande vonnis: Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:6289). Zie tot slot ook: Vzr. Rb. Den Haag 3 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3424.

175 Vzr. Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 18 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6514.

176 Vzr. Rb. Den Haag 12 december 2013, C/09/454183 / KG ZA 13-1266, n.n.g. De voorzieningenrechter verwijst in dit verband naar Hof Den Haag 18 januari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP1258. Zie ook: Vzr. Rb. Den Haag 16 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8670. Deze zaak had overigens betrekking op een inkoopprocedure van zorgverzekeraars.

177 Vzr. Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11066.

178 Vzr. Rb. Den Haag 23 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2678. In casu was er twijfel gerezen of een inschrijver aan de omzetsis voldeed.

179 Vzr. Rb. Rotterdam 8 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6262. In vergelijkbare zin: Vzr. Rb. Rotterdam 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2794 en Vzr. Rb. Rotterdam 7 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY8450.

180 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231 en ECLI:NL:HR:2012:BW9233.

181 Vzr. Rb. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden 9 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:6070 (impliciete toepassing van de hiervóór genoemde HR-arresten); Vzr. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4134.

zekeraar.<sup>182</sup> Een nadere toelichting van de redenen voor afwijzing is overigens niet hetzelfde als een ongeoorloofde aanvulling, en is daarom wél toelaatbaar.<sup>183</sup>

Tot zover enkele meer algemene lijnen die uit de ongedigheidsjurisprudentie kunnen worden gedestilleerd. Dan volgen nu voorbeelden van zaken waarin wél of juist niet sprake was van ongeldigheid.

Onder meer de volgende ‘gebreken’ die verband houden met de *geschiktheidsbeoordeling* van de gegadigden c.q. inschrijvers, hadden ongeldigheid, terzijdelegging of uitsluiting van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure tot gevolg: niet voldoen aan de eis dat ten tijde van de aanmelding het energielabel met betrekking tot een referentieproject daadwerkelijk is verstrekt;<sup>184</sup> niet voldoen aan een certificeringseis door beide combinanten;<sup>185</sup> in strijd met de nota van inlichtingen indienen van een referentie die slechts betrekking heeft op één van de zeven genoemde productgroepen (waardoor die referentie qua aard niet vergelijkbaar is met de opdracht die wordt aanbesteed);<sup>186</sup> indienen van een referentieproject dat niet voldoet aan de eis dat een natuurtechnisch grondwerk moet zijn uitgevoerd;<sup>187</sup> niet voldoen aan een liquiditeitseis;<sup>188</sup> ontbreken van een bereidverklaring van een bank voor een te verstrekken bankgarantie;<sup>189</sup> ontbreken van de vereiste SFT-verklaring;<sup>190</sup> niet voldoen aan de gestelde referentie-/ervaringseisen;<sup>191</sup> niet voldoen aan de minimumeis dat de inschrijver beschikt over een VCA\*-certificaat;<sup>192</sup> niet voldoen aan een eis inzake ISO-certificering;<sup>193</sup> niet voldoen aan de eisen inzake financieel-economische draagkracht en referenties;<sup>194</sup> niet voldoen aan een personeelseis;<sup>195</sup> niet beschikken over een certificaat RAG landscaping of een gelijkwaardig certificaat van een onafhankelijke ge-

accrediteerde instelling;<sup>196</sup> ten onrechte niet in de Eigen Verklaring vermelden dat ter zake van de geschiktheidseisen een beroep op derden wordt gedaan en het ontbreken van daarmee samenhangende documenten.<sup>197</sup>

Onder meer de volgende ‘gebreken’, die verband hielden met *materiële/inhoudelijke eisen*, hadden ongeldigheid c.q. terzijdelegging c.q. uitsluiting van verdere deelname tot gevolg: niet voldoen aan de (dwingende eisen van de) technische specificaties;<sup>198</sup> afwijken van de in het bestek benoemde algemene beschrijving van het werk en de bijbehorende tijdsbepalingen;<sup>199</sup> aanbrenge van wijzigingen in het voorgeschreven tarievenblad waardoor sprake is van onvergelykbaarheid;<sup>200</sup> bij de berekening van het aantal DRU’s niet conform de daartoe in het bestek voorgeschreven methode handelen, waardoor een te laag, niet met de dienstregeling strokend aantal DRU’s wordt opgegeven;<sup>201</sup> in de inschrijvingsstaat weglaten althans wijzigen van in het bestek opgenomen eenmalige kosten(posten);<sup>202</sup> aanbieden van brandweerpakken die tijdens de ‘proof of concept’ niet aan de in de aanbestedingsstukken gestelde eisen blijken te voldoen;<sup>203</sup> op het inschrijvingsbiljet niet bij iedere verrichting vermelden van een tarief;<sup>204</sup> niet inschrijven met een aan ‘Flugsand type 1’ gelijkwaardig product;<sup>205</sup> ontbreken van Eigen Verklaringen van de in te schakelen onderaannemers, terwijl eiseres voornemens is een substantieel deel van de opdracht te laten uitvoeren door onderaannemers;<sup>206</sup> niet voldoen aan de vraagspecificatie;<sup>207</sup> te laat inleveren van een proefmodel dat niet aan de eisen van het aanbestedingsdocument voldoet;<sup>208</sup> indienen van een onvolledige inschrijving;<sup>209</sup> doen van een niet kostendekkende aanbieding (welke (non-)besteksconformiteit volgens de rechter eerst nog nader moest worden gecontroleerd);<sup>210</sup> aanbieden

182 Vزر. Rb. Den Haag 16 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8670.

183 Vزر. Rb. Noord-Holland 6 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:8930; Vزر. Rb. Rotterdam 26 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2535.

184 Vزر. Rb. Den Haag 4 november 2013, nr. C/09/451326 / KG ZA 13-1089, n.n.g.

185 Hof Den Bosch 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4799.

186 Vزر. Rb. Den Haag 18 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12345.

187 Vزر. Rb. Noord-Nederland, locatie Assen 17 september 2013, C/19/100326 KG ZA 13-164, n.n.g.

188 Vزر. Rb. Den Haag 10 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11624.

189 Rb. Overijssel, locatie Zwolle 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1989.

190 Vزر. Rb. Overijssel, locatie Almelo 19 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1499.

191 Vزر. Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5112; Vزر. Rb. Amsterdam 25 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:849; Vزر. Rb. Oost-Nederland, locatie Arnhem 13 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ2236.

192 Vزر. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 18 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3477.

193 Hof Den Bosch 5 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ0879.

194 Vزر. Rb. Amsterdam 1 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ9202. Dit vonnis is in hoger beroep overigens vernietigd. Volgens het Hof Amsterdam hebben geïntimeerden, die niet hebben ingeschreven, namelijk geen belang om op te komen tegen gestelde niet-naleving van enkele bepalingen van het offertereglement. Zie Hof Amsterdam 30 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2318.

195 Vزر. Rb. Oost-Nederland, locatie Arnhem 13 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ2236.

196 Vزر. Rb. Rotterdam 7 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY8450.

197 Vزر. Rb. Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4192.

198 HvJ EU 4 juli 2013, C 100/12; HvJ EU 5 december 2013, C-561/12.

199 Vزر. Rb. Noord-Holland 28 november 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11453.

200 Vزر. Rb. Amsterdam 25 november 2013, nr. C/13/552121 / KG ZA 13-1277, n.n.g.

201 Vزر. CBB 14 oktober 2013, ECLI:NL:CBB:2013:195.

202 Vزر. Rb. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden 9 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:6070.

203 Vزر. Rb. Rotterdam 8 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6262.

204 Vزر. Rb. Den Haag 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:10963.

205 Vزر. Rb. Noord-Holland 6 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:8930.

206 Vزر. Rb. Rotterdam 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2794.

207 Vزر. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 26 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ8877; Vزر. Rb. Den Haag 18 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3411; Vزر. Rb. Den Haag 19 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ3881.

208 Vزر. Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA0025.

209 Vزر. Rb. Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4179. Overigens heeft dit vonnis betrekking op een zorginkoopprocedure van een zorgkantoor.

210 Vزر. Rb. Amsterdam 30 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0665. Dit vonnis is in hoger beroep gedeeltelijk vernietigd, zie: Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3924 en ECLI:NL:GHAMS:2013:3398. Volgens het hof is namelijk sprake van een ongeldig gunningscriterium en kan de aanbestedingsprocedure daarom niet worden voortgezet.

van een prijs waarmee het vooraf bekendgemaakte maximumbudget van de aanbestedende dienst wordt overschreden;<sup>211</sup> ondertekening van de inschrijving door iemand die niet vertegenwoordigingsbevoegd is;<sup>212</sup> in strijd met een uitdrukkelijk voorschrift aanbieden van een prijs van € 0.<sup>213</sup>

Tot slot een voorbeeld van een zaak waarin een min of meer *formeel gebrek* tot ongeldigheid c.q. terzijdelegging c.q. uitsluiting van verdere deelname leidde: enkel inschrijven met exemplaren waarop een gekopieerde handtekening staat, daar waar in ieder geval één origineel moest worden ingediend.<sup>214</sup>

Onder de gegeven, specifieke omstandigheden van het geval leidden onder meer de volgende ‘gebreken’ c.q. omstandigheden níet tot ongeldigheid c.q. terzijdelegging c.q. uitsluiting van verdere deelname: aanbieden van een (volgens de desbetreffende inschrijver op maat te maken) component (Tape Library) die volgens de website van de fabrikant een diepte heeft van 121,2 cm, terwijl in het bestek de eis wordt gesteld dat een rack (kast) ten behoeve van een dergelijke component nooit dieper dan 120 cm mag zijn;<sup>215</sup> aanbieden van een machine, bestaande uit een aantal losse onderdelen, die tezamen als één geheel moeten worden beschouwd, waarbij alle vereiste functionaliteit is verdeeld over die verschillende, losse onderdelen;<sup>216</sup> inschrijven met een prijs van € 1 per leerling per vervoersdag voor bepaalde onderdelen;<sup>217</sup> indienen van een referentieproject waarmee ervaring met een UAV-GC-contractvorm wordt aangetoond, maar niet met de uitvoering van een bodemsanering in bouwteamverband, terwijl de aanbesteding ziet op een bouwteamovereenkomst;<sup>218</sup> (ook) met drie elektrische bussen inschrijven, omdat uit het bestek en de nota’s van inlichtingen niet volgt dat niet met elektrische bussen kan/mag worden ingeschreven;<sup>219</sup> ondertekening van de inschrijvingsstaat en het inschrijvingsbiljet door X, die indirect bestuurder van de inschrijvende vennootschap is;<sup>220</sup> een inschrijver die zelf nog géén drie jaar bestaat, voldoet toch aan de omzeteis, inhoudende dat de gemiddelde omzet in de GWW en/of groensector over de laatste drie boekjaren minimaal € 100.000 ex btw moet zijn, doordat hij in 2011 en 2012 een omzet heeft behaald

211 Vزر. Rb. Oost-Nederland, locatie Arnhem 30 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0583.

212 Vزر. Rb. Limburg, locatie Roermond 29 januari 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BZ2299.

213 Vزر. Rb. Den Haag 4 februari 2013, C/09/432548 / KG ZA 12-1364, n.n.g.

214 Vزر. Rb. Den Haag 5 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15879.

215 Vزر. Rb. Den Haag 12 december 2013, C/09/454183 / KG ZA 13-1266, n.n.g.

216 Vزر. Rb. Amsterdam 30 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6498.

217 Vزر. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4134.

218 Vزر. Rb. Noord-Nederland, locatie Assen 26 juni 2013, C/1918630/KG ZA 13-82, n.n.g.

219 CBB 2 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ2905.

220 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 29 april 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ8944.

van meer dan € 300.000;<sup>221</sup> beschikken over een VCA\*\* -certificaat, aangezien een op de opdracht toegespitst VCA\*\* -certificaat niet is geëist;<sup>222</sup> niet tijdig indienen van inschrijfbescheiden (‘dialogproducten kwaliteit van het ontwerp en kwaliteit van partnership’).<sup>223</sup>

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

Zoals bekend verzetten het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting zich in principe tegen onderhandelingen tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver. Dit betekent dat een inschrijving na de indiening ervan in beginsel niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver. Daarom mag de aanbestedende dienst niet om preciseringen verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht. Dit volgt onder meer uit het SAG-arrest uit 2012.<sup>224</sup> In diezelfde zaak is echter verduidelijkt dat art. 2 van de Richtlijn er evenwel niet aan in de weg staat dat – in uitzonderlijke gevallen – de gegevens van inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten. In de r.o. 40 t/m 44 van dat arrest heeft het HvJ EU criteria ontwikkeld die grenzen stellen aan de mogelijkheid om inschrijvers schriftelijk om een nadere toelichting te verzoeken.

In de Manova-zaak<sup>225</sup> overweegt het HvJ EU dat deze rechtsregel uit het SAG-arrest, die betrekking heeft op de door inschrijvers ingediende inschrijvingen, (ook) kan worden toegepast op inschrijvingsdossiers die worden ingediend in de fase van voorafgaande selectie van gegadigden in een niet-openbare procedure:

“Derhalve kan de aanbestedende dienst verzoeken de gegevens van een dergelijk dossier gericht te verbeteren of aan te vullen, voor zover dat verzoek betrekking heeft op gegevens, zoals de gepubliceerde balans, waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure. Evenwel moet worden gepreciseerd dat dit anders zou zijn indien volgens de aanbestedingsstukken het ontbrekende stuk of de ontbrekende informatie op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt. Een aanbestedende dienst dient immers nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht te nemen.”

Wij kunnen ons goed vinden in deze lijn. Daarbij merken wij op dat het bieden van een herstelkans met het oog op een gebrek in de stukken die betrekking hebben op

221 Vزر. Rb. Noord-Holland, locatie Haarlem 22 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ6094.

222 Vزر. Rb. Den Haag 23 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:BZ1403.

223 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 15 januari 2013, ECLI:NL:OGHACMB:2013:BZ1069.

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

225 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12.



de kwalitatieve selectie van de gegadigden of de inschrijvers doorgaans minder snel tot vervalsing van de mededinging zal leiden, dan wanneer het gaat om een gebrek in de aanbidding zelf. Als het gebrek is gelegen in ontbrekende gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van vóór het einde van de indieningstermijn, dan valt inderdaad niet goed in te zien hoe reparatie afbreuk zou kunnen doen aan de concurrentiepositie van de andere gegadigden of inschrijvers. Tenzij de afwezigheid van die gegevens expliciet met uitsluiting wordt bestraft.

Zoals wij vorig jaar in het kader van onze bespreking van het SAG-arrest al signaleerden, verschilt de rechtspraak van het HvJ EU op één belangrijk punt van de nationale jurisprudentie. Een aantal Nederlandse rechters acht(te) het voor het antwoord op de vraag of een verbeter- of aanvullingsmogelijkheid kan worden geboden namelijk van belang of het gebrek te wijten is aan omstandigheden die in de risicosfeer van de aanbestedende diens zijn gelegen.<sup>226</sup> Noch uit het SAG-arrest noch uit de Manova-zaak blijkt (expliciet) dat het HvJ EU deze risicosfeer relevant vindt.

Verder kan de vraag worden gesteld – nu het HvJ EU ‘slechts’ over een bevoegdheid spreekt tot het bieden van een verbeter- of aanvullingsmogelijkheid – of, en zo ja, onder welke omstandigheden, de aanbestedende dienst *verplicht* kan zijn om een gebrek te laten repareren. Wij denken dat deze vraag in bepaalde gevallen bevestigend kan worden beantwoord. Bijvoorbeeld in een situatie als die aan de orde was in de Manova-zaak, mits er géén expliciete uitsluitingssanctie in de aanbestedingsdocumentatie is opgenomen. De juridische basis daarvoor zou bijvoorbeeld kunnen worden gevonden in het proportionaliteitsbeginsel, of in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (voor zover de aanbestedende dienst ook bestuursorgaan is). Andere voorbeelden zouden kunnen zijn, de situatie waarin het gebrek door de aanbestedende dienst in de hand is gewerkt, of wanneer sprake is van een kennelijke vergissing of verschrijving en objectief kan worden vastgesteld wat wél is bedoeld. Daarvoor zijn ook aanwijzingen in de jurisprudentie te vinden.<sup>227</sup>

Kortom, het Manova-arrest verduidelijkt vooral onder welke omstandigheden aanbestedende diensten aanmeldingen die een gebrek bevatten kunnen laten repareren.

Tot zover de Europese jurisprudentie over dit onderwerp. Dan nu enkele meer algemene lijnen die in de nationale jurisprudentie kunnen worden waargenomen.

De Utrechtse (en ook de Amsterdamse) voorzieningenrechter hanteert (terecht) als algemeen uitgangspunt

<sup>226</sup> Rb. Overijssel, locatie Zwolle 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1989; Vزر. Rb. Overijssel, locatie Almelo 19 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1499.

<sup>227</sup> Zie de noot van Matthijs Mutsaers in JAAN 2013/194.

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.<sup>228</sup> De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog wijzigt of aanvult. In uitzonderlijke gevallen kan echter een uitzondering op dat uitgangspunt worden gemaakt. De rechter verwijst daarbij naar (de voorwaarden van) het SAG-arrest. Deze lijn lijkt ons dan ook de juiste. De Haagse voorzieningenrechter hanteert een vergelijkbare lijn: het bieden van een herstelmogelijkheid aan één van de inschrijvers staat op gespannen voet met het in het aanbestedingsrecht leidende gelijkheidsbeginsel; op grond van vaste rechtspraak kunnen (kleine) gebreken in een inschrijving enkel worden hersteld wanneer sprake is van een kennelijke omissie of een fout van geringe betekenis die zich leent voor eenvoudig herstel, tenzij sprake is van een duidelijke (knock-out)sanctie.<sup>229</sup>

In een zaak<sup>230</sup> waarin de aanbestedende dienst de inschrijving van eiseres ongeldig had verklaard, omdat zij het gevraagde niet binnen de termijn van twee werkdagen van art. 2.12.7 ARW 2012 had toegezonden, stelt de rechter het volgende voorop: van een aanbesteder, die een gebrek signaleert als bedoeld in dat artikel, mag worden verwacht dat hij de inschrijver voldoende duidelijk maakt wat de precieze aard van dat gebrek is in het licht van de in de aanbestedingsdocumenten gestelde eisen. Dat is nodig om de inschrijver een realistische kans te geven om zijn in art. 2.12.7 gewaarborgde recht op herstel uit te oefenen, zeker nu daarvoor slechts een zeer korte termijn geldt. Daartegenover mag ook van de inschrijver worden verwacht dat hij datgene wat de aanbesteder omtrent het gebrek meedeelt als goed geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver moet begrijpen in het licht van de gestelde eisen. Vervolgens wordt geoordeeld dat moet worden aangenomen dat de aanbestedende dienst eiseres niet voldoende gelegenheid heeft geboden om het recht op herstel adequaat te benutten en dat de mededinging door het bieden van een herstelmogelijkheid ook niet wordt verstoord. Volgens de rechter moet worden aangenomen dat, als de aanbestedende dienst in eerste instantie duidelijker was geweest, de gevraagde stukken er binnen de termijn van twee werkdagen zouden zijn geweest.

Tot slot kan het zorgvuldigheidsbeginsel met zich brengen dat de aanbestedende dienst een inschrijver in de gelegenheid stelt om nadere bewijsstukken toe te zenden in verband met zijn referentieproject en dat navraag wordt gedaan bij de opdrachtgever van dat project.<sup>231</sup> Het gaat

<sup>228</sup> Vزر. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 26 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ8877; Vزر. Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA0025.

<sup>229</sup> Vزر. Rb. Den Haag 5 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15879.

<sup>230</sup> Vزر. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6410.

<sup>231</sup> Vزر. Rb. Noord-Nederland, locatie Assen 17 september 2013, C/19/100326

dan dus niet zozeer om het bieden van een reparatiemogelijkheid, als wel om het vragen van een verduidelijking/toelichting. Bijvoorbeeld art. 2.102 Aanbestedingswet 2012 biedt daartoe uitdrukkelijk de mogelijkheid.

Tot zover enkele meer algemene lijnen uit de nationale jurisprudentie.

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. Daarbij vallen met name twee vonnissen van de Arnhemse voorzieningenrechter op. Daarin wordt namelijk het criterium van ‘de weldenkende inschrijver’ geïntroduceerd bij de beoordeling van de vraag of de aanbestedende dienst die inschrijver een herstelmogelijkheid mocht/moest bieden.

In de eerste zaak ging het om de opgave van een gegadigde van een referentiewerk op een modelformulier en dan vooral om de mededeling van deze gegadigde op de modeltoelichting dat zij het door haar opgegeven referentiewerk heeft uitgevoerd in de periode 10-3-2009 – 16-12-2009, terwijl het referentiewerk blijkens de desbetreffende minimumeis een uitvoeringsduur van minimaal één jaar moest hebben.<sup>232</sup> Volgens de rechter had de aanbestedende dienst moeten inzien dat de nadere informatie die deze gegadigde over zijn referentiewerk in die toelichting heeft verstrekt waarschijnlijk op een vergissing berust. Immers, geen weldenkende gegadigde zal enerzijds verklaren dat zijn referentiewerk voldoet aan de daaraan gestelde eisen en zichzelf anderzijds buiten spel zetten door in de nadere toelichting vervolgens een uitvoeringsperiode te noemen die korter is dan het vereiste minimum. Door deze innerlijke tegenstrijdigheid had het de aanbestedende dienst volgens de rechter duidelijk moeten zijn dat het hier om een kennelijke vergissing ging. Die vergissing was dus kenbaar uit de ingediende stukken zélf en was daarmee objectief kenbaar. Bovendien gaat het om een gebrek dat eenvoudig te herstellen zou zijn, zonder dat het verzoek tot deelneming daardoor inhoudelijk zou worden gewijzigd. Blijkens het SAG-arrest verzet het communautaire recht zich daar niet tegen, aldus de rechter. Gelet hierop wordt, vanwege het gelijkheidsbeginsel, geoordeeld dat het op de weg van de aanbestedende dienst had gelegen om de genoemde discrepantie aan de orde te stellen en opheldering te vragen. Daar komt volgens hem nog bij dat het hier niet om een inschrijving gaat, maar om een verzoek tot deelneming. In die voorfase is volgens hem aanmerkelijk minder kans op vervalsing van concurrentie dan in de nog komende inschrijf- en gunningsfase. De conclusie is dan ook dat de aanbestedende dienst het verzoek tot deelname niet ongeldig had mogen verklaren. Deze benadering

kunnen wij, gezien de aan de orde zijnde specifieke feiten en omstandigheden, maar ook in het licht van het later verschenen Manova-arrest, goed volgen.

Wij hebben echter moeite met de vergelijkbare lijn die dezelfde voorzieningenrechter korte tijd later toepast in een andere zaak.<sup>233</sup> Daarin ging het om een geschiktheidseis betreffende een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering ad 1,5 miljoen euro per gebeurtenis. Eiseres had bij haar inschrijving een kopie van haar bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering gevoegd, waarop duidelijk stond vermeld dat zij was verzekerd voor een bedrag tot 1,25 miljoen euro. Om die reden had de aanbestedende dienst haar inschrijving ongeldig verklaard. De voorzieningenrechter is het echter met eiseres eens dat het hier om een vergissing gaat die zich voor eenvoudig herstel leent, waartoe zij in de gelegenheid had moeten worden gesteld. Immers, geen weldenkende inschrijver zal alle moeite en tijd steken in een inschrijving om voor een opdracht in aanmerking te komen en tegelijkertijd een bewijsstuk overleggen waaruit blijkt dat hij niet aan een gunningseis voldoet en dat tot uitsluiting van gunning moet leiden. Nu de aanbestedende dienst zich in de aanbestedingsdocumentatie de bevoegdheid heeft voorbehouden om opheldering te vragen en herstel van een eenvoudig te herstellen gebrek toe te staan, was de gemeente, volgens nog steeds de rechter, in de hiervóór genoemde omstandigheden als goede aanbestedende dienst gehouden om opheldering te vragen. Het ligt namelijk voor de hand dat deze gegadigde met het overleggen van de polis heeft beoogd aan te tonen dat zij aan de verzekeringseis voldoet, terwijl zij in feite het tegendeel heeft aangetoond en zij evenmin als alternatief een verklaring heeft overgelegd dat zij daaraan zou voldoen. De reden dat wij moeite met deze uitspraak hebben, is dat de rechter de verantwoordelijkheid voor het indienen van een juiste aanmelding in wezen naar de aanbestedende dienst verplaatst. De aanbestedende dienst had kennelijk moeten onderzoeken of duidelijke informatie, die door een gegadigde zélf is aangedragen met het oog op een duidelijke minimumeis, eigenlijk wel juist is c.q. spoort met de werkelijkheid. Dat lijkt ons op gespannen voet staan met het gelijkheidsbeginsel.

Een ander opvallend vonnis is dat van de Haagse voorzieningenrechter in een zaak die betrekking heeft op de aanbesteding van het project Kustwerk Katwijk.<sup>234</sup> In die zaak had de aanbestedende dienst het transparantiebeginsel geschonden door bepaalde begrippen in een minimumeis niet eenduidig te formuleren. Het daardoor ontstane gebrek in het verzoek tot deelneming was niet eenvoudig te herstellen. Desondanks komt de rechter, gelet op de zeer bijzondere omstandigheden van het geval, tot het oordeel dat eiseres onvoorwaardelijk moet worden toegelaten tot de inschrijvingsfase. De referentie die voldoet aan eis 4 en 5 is namelijk door eiseres aan gedaagde ter beschikking

KG ZA 13-164, n.n.g.

232 Vزر. Rb. Oost-Nederland, locatie Arnhem 5 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ6425.

233 Vزر. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 7 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3391.

234 Vزر. Rb. Den Haag 21 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2675.

gesteld bij de aanmelding. Het was volgens de rechter voor eiseres bij een juist begrip van de gestelde eisen dus eenvoudig geweest om aan de eisen te voldoen. De ontstane verwarring heeft slechts geleid tot het invoegen van een juiste referentie op een verkeerde plaats in het dossier. Daar komt volgens de rechter bij dat heraanbesteding in deze specifieke omstandigheden niet tot een ander resultaat zal leiden dan tot toelating van degenen die thans zijn toegelaten en van eiseres, omdat er geen andere afgewezen inschrijvers zijn. De voorzieningenrechter acht het daarom, en gezien het belang van een voorspoedige voortgang van het project tot kustversterking, in ieders belang om het resultaat dat na heraanbesteding zou ontstaan thans tot stand te brengen. Kortom, hoewel de aanbestedende dienst het transparantiebeginsel heeft geschonden en strikt genomen géén sprake is van een eenvoudig te herstellen gebrek, moet de aanbestedende dienst toch een herstelmogelijkheid bieden.

Ter afsluiting 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 juist níet geoorloofd/aangewezen is. Meestal gaat het daarbij om het niet voldoen aan c.q. een gebrek dat verband houdt met inhoudelijke eisen: inschrijven met enkel exemplaren waarop een gekopieerde handtekening staat, daar waar ook de indiening van één 'origineel' exemplaar wordt geëist;<sup>235</sup> ontbreken van de geëiste bereidverklaring van een bank om een bankgarantie te verstrekken;<sup>236</sup> niet of onvolledig invullen van een inschrijvingsbiljet;<sup>237</sup> ontbreken van de vereiste SFT-verklaring;<sup>238</sup> opvragen van aanvullende informatie, buiten de termijn om die de aanbestedder daarvoor en voor het stellen van verduidelijkingsvragen heeft gesteld in de uitvraag;<sup>239</sup> ontbreken van de geëiste Eigen Verklaringen van de in te zetten onderaannemers;<sup>240</sup> niet voldoen aan de eis inzake positionering van het fiets- en voetpad (het bieden van een herstelmogelijkheid zou ertoe leiden dat in werkelijkheid een nieuwe aanbieding wordt gedaan);<sup>241</sup> niet tijdig inleveren van een van de twee geëiste proefmodellen;<sup>242</sup> indienen van een onvolledige inschrijving, waardoor essentiële informatie ontbreekt die noodzakelijk is voor de inhoudelijke beoordeling.<sup>243</sup>

235 V.zr. Rb. Den Haag 5 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15879.

236 Rb. Overijssel, locatie Zwolle 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1989.

237 V.zr. Rb. Den Haag 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:10963.

238 V.zr. Rb. Overijssel, locatie Almelo 19 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1499.

239 V.zr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 19 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2826.

240 V.zr. Rb. Rotterdam 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2794.

241 V.zr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 26 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ8877.

242 V.zr. Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA0025.

243 V.zr. Rb. Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4179. In deze zaak ging het overigens om een zorginkoopprocedure van een zorgkantoor.

### c. Model K/Eigen Verklaring

In de achterliggende periode is er – voor zover ons bekend – slechts één zaak verschenen waarin (de gevolgen van het ontbreken van) de Model K-verklaring expliciet aan de orde kwam.<sup>244</sup> Het Hof Arnhem-Leeuwarden bevestigt in die zaak het eerdere oordeel van de voorzieningenrechter dat de aanbestedende dienst bij de aanbestedingsprocedure van eind 2012 (meer in het bijzonder ten aanzien van de vraag of de inschrijvers die in het kader van de voorselectie al een Model K-verklaring hadden ingediend, bij inschrijving nogmaals een Model K-verklaring moesten indienen) een verwarrende situatie had laten ontstaan. Daardoor hebben niet alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte van alle voorwaarden en modaliteiten kunnen begrijpen en is dus terecht geoordeeld dat dit moet leiden tot het afbreken van de aanbestedingsprocedure.

In een andere (bijzondere) zaak wordt geoordeeld dat de aanbestedende dienst te zijner tijd niet zal zijn gehouden eiseres in de gelegenheid te stellen de (nu al gesignaleerde) gebreken in de Eigen Verklaring te herstellen en informatie aan te vullen.<sup>245</sup> Deze inschrijver bleek namelijk ten onrechte niet in de Eigen Verklaring te hebben aangegeven dat hij voor het voldoen aan de geschiktheidseisen een beroep deed op derden en had daarmee samenhangende documenten ook niet bijgevoegd. Nog afgezien van de vraag of het ontbreken van die informatie kan worden beschouwd als bagatel in de zin van de aanbestedingsdocumentatie, geldt volgens de rechter dat de onjuistheid in de Eigen Verklaring zich hoe dan ook niet voor herstel leent. Dit vanwege het gelijkheidsbeginsel. Dit maakt dat de aanbestedende dienst deze inschrijving bij een herbeoordeling – waarvoor om een andere reden op zich aanleiding was – op valide gronden terzijde zal moeten leggen.

Het ontbreken van de geëiste Eigen Verklaringen van de in te zetten onderaannemers levert tot slot ook géén eenvoudig te herstellen gebrek op.<sup>246</sup>

Kortom, gebreken in, althans gebreken die verband houden met, de Eigen Verklaring worden in de regel streng afgestraft.

### d. Abnormaal lage inschrijving

Van een abnormaal lage inschrijving kan sprake zijn indien het gaat om zodanig lage tarieven, dat de aanbestedder gegronde redenen heeft om te vrezen dat de inschrijver een fout heeft gemaakt, of een dump prijs heeft aangeboden, teneinde letterlijk tegen elke prijs de opdracht te verkrijgen. Het gaat volgens de Utrechtse voorzieningenrechter dan ook om tarieven die lager zijn dan gewoon laag. In dergelijke gevallen ligt het in de rede dat de inschrijver

244 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem 27 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6549.

245 V.zr. Rb. Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4192.

246 V.zr. Rb. Rotterdam 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2794.

in de uitvoeringsfase pogingen zal ondernemen om zijn al dan niet ingecalculerde verlies goed te maken door te korten op de uitvoering, waardoor de aanbestedende dienst geconfronteerd met een inschrijver die zijn inschrijving niet waar kan maken.<sup>247</sup> Om de aanbestedende dienst daartegen te beschermen, bieden de Richtlijn, de Aanbestedingswet 2012 en het ARW 2012 hem een instrument om dergelijke inschrijvingen af te wijzen. Mits voldaan wordt aan enkele strenge voorwaarden.

In een ook overigens interessant arrest van het Gerecht wordt nader ingegaan op de ratio en de toepassing van dat instrument (de regeling inzake abnormaal lage inschrijvingen).<sup>248</sup> Het Gerecht komt vervolgens tot de conclusie dat de Commissie op goede gronden mocht aannemen dat de aan de orde zijnde Catalaanse aanbestedingsregelingen in strijd zijn met art. 30 lid 4 van de oude Richtlijn Werken en art. 37 van de oude Richtlijn Diensten. Deze regelingen voorzagen namelijk niet in een procedure voor contradictoire verificatie van aanbiedingen die dusdanig laag zijn dat daaraan geen enkel punt kan worden toegekend voor hun economische kwaliteit. Als gevolg daarvan boden deze regelingen de betrokken inschrijvers niet de mogelijkheid om hun standpunt naar behoren kenbaar te maken en de verschillende onderdelen van hun aanbieding te rechtvaardigen.

Afgewezen inschrijvers stelden zich in 2013 regelmatig op het standpunt dat de aanbestedende dienst de inschrijving van de winnaar als abnormaal laag had moeten afwijzen. De nationale rechters gaan hier verschillend mee om.

Zo overweegt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Brabant dat een afgewezen inschrijver zich niet op het leerstuk van de abnormaal lage aanbieding kan beroepen, omdat deze norm dient ter bescherming van de aanbestedende dienst.<sup>249</sup> De Bredase voorzieningenrechter voegt daar nog aan toe dat de toepassing van art. 2.116 Aanbestedingswet 2012 een discretionaire bevoegdheid is van aanbestedende diensten.<sup>250</sup> De voorzieningenrechter te Leeuwarden hangt een vergelijkbare lijn aan, maar voegt daaraan toe dat een en ander anders zou kunnen zijn, indien in de aanbestedingsdocumenten zou zijn vermeld onder welke omstandigheden de aanbestedende dienst zonder meer van zijn bevoegdheid ex art. 56 Bao

gebruik zal maken.<sup>251</sup> De Amsterdamse voorzieningenrechter zit ook op die lijn en voegt daar nog aan toe, dat niet kan worden uitgesloten dat een aanbestedende dienst, vanwege zijn gebondenheid aan publiekrechtelijke normen (het zorgvuldigheidsbeginsel en verbod op willekeur), die op grond van art. 3:14 BW in het civiele recht doorwerken, onder bijzondere omstandigheden eveneens gehouden is een onderzoek als bedoeld in art. 56 Bao uit te voeren.<sup>252</sup> Als voorbeeld noemt de rechter een voldoende concreet vermoeden van overheidssteun.

Desondanks gaan de eerste drie rechters, al dan niet in een overweging ten overvloede, toch in op de stelling dat sprake is van een abnormaal lage inschrijving. Daarbij oordelen de eerste en de derde rechter dat eiseres onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de tussenkomen partij een abnormaal lage inschrijving heeft gedaan. De tweede rechter neemt genoegen met de reactie van de aanbestedende diensten dat zij de prijsstelling en prijzen van de beoogde winnaar hebben getoetst en dat zij hebben geconcludeerd dat sprake is van een reële, maar scherpe inschrijving, en dat zij voldoende voorzorgen hebben genomen door het stellen van vragen en het krijgen van bevestigingen ten aanzien van de opgegeven prijzen en diensten.

Niet helemaal duidelijk is waar de Rotterdamse rechter precies staat. Hij verwerpt de stelling van eiseres dat de aanbestedende diensten de inschrijving van de voorlopig gegunde partij met betrekking tot de geoffreerde kortingspercentages nader hadden moeten controleren.<sup>253</sup> Volgens hem mogen zij vertrouwen op de juistheid van hetgeen de voorlopig gegunde partij heeft verklaard. Nu die partij bovendien een deugdelijke verklaring heeft gegeven over de wijze van totstandkoming van de geoffreerde kortingspercentages, is er volgens de rechter géén op algemene beginselen van aanbestedingsrecht gebaseerde reden om ter zake een onderzoeksplicht aan te nemen.

In de laatste zaak wordt geoordeeld dat de aanbestedende dienst zijn besluit om de inschrijving van eiseres als abnormaal laag buiten beschouwing te laten, onvoldoende heeft onderbouwd en dat hij bij het nemen van dit besluit het transparantiebeginsel en het verbod van willekeur onvoldoende in acht heeft genomen.<sup>254</sup> De verplichting van de aanbestedende dienst om een daadwerkelijk contradictoir debat te voeren met eiseres brengt volgens

247 Vzr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 13 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3758.

248 Gerecht 16 september 2013, T 402/06.

249 Vzr. Rb. Oost-Brabant 6 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6831. Vgl. ook Vzr. Rb. Noord-Holland, locatie Haarlem 22 februari 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA1154. In deze zaak stelde eiseres zich op het standpunt dat de beoogde winnaar géén marktconforme aanbieding had gedaan, omdat zij had ingeschreven voor een bedrag dat 24% lager was dan het op één na laagste geboden bedrag, en 33% lager dan de gemiddeld aangeboden prijs. De rechter verwerpt deze stelling.

250 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 11 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7758.

251 Vzr. Rb. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden 5 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA2224.

252 Vzr. Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986. Vgl. ook Vzr. Rb. Amsterdam 7 januari 2013, nr. 530590 / KG ZA 12-1598, n.n.g. In deze zaak stelt de rechter voorop dat er voor de aanbestedende dienst geen verplichting bestaat om een onderzoek te doen naar de vraag of voor een reële prijs is ingeschreven. Behalve indien uit bijzondere omstandigheden onmiskenbaar volgt dat op basis van de lage inschrijving de opdracht niet tot een goed einde kan worden gebracht.

253 Vzr. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1895.

254 Vzr. Midden-Nederland, locatie Utrecht 13 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3758.

de rechter met zich, dat de aanbestedende dienst expliciet had moeten meedelen dat hij de inschrijving van eiseres abnormaal laag achtte. Aan de hand van de specifieke punten die bij hem vragen hebben doen rijzen, had de aanbestedende dienst deugdelijk moeten onderbouwen op grond waarvan hij tot deze aanname was gekomen. Daarbij had hij aan eiseres kenbaar moeten maken wat volgens hem op de betreffende markt, binnen bepaalde marges, een normale prijs voor de opdracht was en op welke gegevens hij dit baseerde. Op die manier had eiseres in staat moeten worden gesteld haar inschrijving goed te verdedigen en desgewenst een inhoudelijk debat te voeren over de prijs die de aanbestedende dienst normaal achtte voor de opdracht. De enkele omstandigheid dat de inschrijving van eiseres lager lag dan 85 procent van de door de aanbestedende dienst vastgestelde begroting, vindt de rechter onvoldoende grond om deze als abnormaal laag te kunnen aanmerken.

#### *e. Strategische inschrijving*

In verband met een aanbesteding van Wmo-hulpmiddelen stelde eiseres zich op het standpunt dat de voorlopig gegunde partij een niet-kostendekkende en daarmee verboden strategische inschrijving had gedaan.<sup>255</sup> Uit de aanbestedingsdocumentatie kon namelijk worden afgeleid dat strategisch inschrijven slechts was toegestaan voor zover de door de aanbestedende diensten aangegeven grenzen (waaronder kostendekkendheid) niet werden overschreden. De rechter oordeelt dat de aanbestedende diensten vooralsnog onvoldoende zelfstandig onderzoek hebben gedaan om de besteksconformiteit (kostendekkendheid) van de winnende inschrijving te controleren. Zij worden daarom in de gelegenheid gesteld nader onderzoek te laten doen door een externe deskundige. De beoordelingscommissie beschikte daarvoor namelijk over onvoldoende kennis.

In een andere zaak stelden de aanbestedende diensten zich op het standpunt dat de prijs waarmee eiseres had ingeschreven – te weten: € 1 – niet realistisch zou zijn.<sup>256</sup> Volgens de aanbestedende diensten zou sprake zijn van strategisch inschrijven. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat het aanbod van eiseres onrealistisch is. Daarbij was van belang dat de aanbestedende diensten niet nader hadden

aangeduid wat als een realistische inschrijfsom moest worden beschouwd. De inschrijving van eiseres kon/mocht daarom niet ongeldig worden verklaard op deze grond.

#### *f. Manipulatieve inschrijving*

In een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden stond de vraag centraal of de inschrijving van de winnende inschrijver als manipulatief of irreëel ter zijde had moeten worden gesteld.<sup>257</sup> Deze inschrijver had namelijk voor zeven van de acht opties een nulprijs geoffreerd. Het hof neemt tot uitgangspunt dat een strategische inschrijving (waarmee wordt bedoeld dat inschrijvers hun biedingen op zodanige wijze inrichten dat zij daarmee het maximale aantal punten scoren) in beginsel is toegestaan. Dit ligt anders wanneer uit de aanbestedingsstukken blijkt dat dit ontoelaatbaar is, of een strategische inschrijving een grens overschrijdt en verwordt tot een manipulatieve of irreële inschrijving. Deze grens van het toelaatbare is volgens het hof niet in zijn algemeenheid te bepalen, maar zal van geval tot geval moeten worden getrokken. Vervolgens komt het hof tot het oordeel dat géén sprake is van een manipulatieve of irreële inschrijving. Daartoe wordt onder meer van belang geacht, i) dat nergens in de aanbestedingsdocumentatie is bepaald dat het inschrijven met een of meer nulprijzen niet is toegestaan, ii) dat ook overigens uit de aanbestedingsdocumentatie niet valt af te leiden dat de aanbestedende dienst het inschrijven met nulprijzen heeft willen verbieden, iii) dat niet valt in te zien dat deze manier van inschrijven strijd oplevert met het doel van de uitsplitsing van de prijzen voor enerzijds de te leveren voertuigen en anderzijds de verschillende opties, en iv) dat de winnende inschrijver voldoende aannemelijk heeft weten te maken dat het aanbieden van nulprijzen er niet op was gericht om de beoordelingssystematiek ten eigen bate te verstoren, maar was ingegeven door de inrichting van zijn bedrijfsprocessen. Daarbij kwam overigens dat de klagende inschrijver zelf ook met een nulprijs had ingeschreven.

Ook de Haagse voorzieningenrechter hanteert als uitgangspunt dat strategische inschrijvingen zijn toegestaan, maar manipulatieve inschrijvingen niet.<sup>258</sup> De aanbestedende dienst had dit in de nota van inlichtingen aldus geconcretiseerd, dat op zichzelf realistische prijzen moesten worden aangeboden. De rechter vindt dit een duidelijk criterium voor de behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver: er moet een prijs worden aangeboden die past bij de door de inschrijver te verrichten activiteit. Geoordeeld wordt dat eiseres voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het door haar aangeboden tarief van € 0,01 realistisch is en dat dus géén sprake is van een manipulatieve of irreële inschrijving. Haar aanbieding is daarom ten onrechte buiten beschouwing gelaten. Overigens werden haar vorderingen uiteindelijk om een andere (ongeldigheids)reden alsnog afgewezen.

255 Vzr. Rb. Amsterdam 30 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0665. Dit vonnis is in hoger beroep (gedeeltelijk) vernietigd, zie: Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3924 en ECLI:NL:GHAMS:2013:3398. Het hof verwerpt de grief van de gemeenten voor zover zij daarmee een minder verstrekende onderzoeksverplichting bepleit, namelijk een verplichting om uitsluitend te controleren of er niet manipulatief of onrealistisch laag is ingeschreven. Het is immers voorstelbaar, aldus het hof, dat prijzen niet manipulatief en evenmin onrealistisch laag zijn, maar tegelijkertijd ook niet kostendekkend. Waar de gemeenten zelf de eis (met een knock-outkarakter en als onderdeel van het gunningscriterium) van kostendekkendheid hadden gesteld, dienden zij zorg te dragen dat zij de naleving van deze eis daadwerkelijk konden nagaan.

256 Vzr. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4134.

257 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8213.

258 Vzr. Rb. Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4192.

Hoofdregeel is dat degene die stelt dat sprake is van een manipulatieve inschrijving, dit (bij betwisting) aannemelijk zal moeten maken.<sup>259</sup> De omstandigheid dat het voor diegene niet mogelijk is om aan de hand van gegevens van de leverancier van de (vermeend) ongeldige of manipulatieve inschrijver onderzoek te doen is op zichzelf niet voldoende om van die hoofdregeel af te wijken. Uit de enkele omstandigheid dat een inschrijver op haar inschrijvingsbiljet aanspraak maakt op de maximale fictieve aftrek kan niet worden afgeleid dat deze ongeldig of manipulatief is. In een andere zaak slaagt eiser er niet in aannemelijk te maken dat géén sprake is van (een) marktconforme prijs.<sup>260</sup>

Tot zover enkele meer algemene lijnen en uitgangspunten.

Dan volgen nu nog enkele, meer casuïstische, voorbeelden van zaken waarin het onderwerp manipulatie ook aan de orde kwam. In de eerste zaak wordt geoordeeld dat eiseres haar recht heeft verwerkt om alsnog te klagen over de gehanteerde beoordelingssystematiek die manipulatieve inschrijvingen in de hand zou werken.<sup>261</sup> In de tweede zaak wordt geoordeeld dat de door eiseres aangeboden prijs niet aansluit bij de opdracht en hetgeen is voorgeschreven in de aanbestedingsstukken.<sup>262</sup> Om die reden is haar prijs weliswaar begrijpelijk, maar ten onrechte bijzonder hoog. Volgens de rechter is dus niet meer sprake van een reguliere aanbieding van een inschrijver die een verkeerde inschatting van de markt heeft gemaakt, maar van een inschrijver die een verkeerde aanbieding heeft gedaan, welke aanbieding dus irreëel is. De aanbestedende dienst heeft deze inschrijving dan ook terecht terzijde gelegd. Een bijkomende consequentie van de manier waarop eiseres heeft geoffreerd is volgens de rechter dat zij, mogelijk onbedoeld, de uitkomst van de aanbesteding heeft gemanipuleerd. In de laatste zaak had de aanbestedende dienst manipulatieve inschrijvingen uitdrukkelijk verboden in de aanbestedingsstukken.<sup>263</sup> In de bijbehorende voetnoot stond vermeld dat het niet was toegestaan met € 0 in te schrijven. Desondanks schreef eiseres op een bepaald onderdeel in met dat bedrag en werd volgens de rechter om die reden terecht ongeldig verklaard.

## 16. Rechtsbescherming

### *a. Algemeen*

De meeste uitspraken die op rechtsbescherming betrekking hebben, worden besproken in de specifieke rubrieken van paragraaf 16 van deze kroniek. Enkele principiële overwegingen met een meer algemene strekking in een paar uitspraken worden in deze inleidende paragraaf behandeld.

In de eerste plaats merken wij op dat verscheidene rechters hebben overwogen dat op 2B-diensten de Wira van toepassing is. De Amsterdamse voorzieningenrechter komt tot die conclusie omdat het Bao van toepassing is en dus gelet op art. 2 Wira ook de Wira.<sup>264</sup> Het Hof Den Bosch overweegt dat in geval van een 2B-dienst waarvoor slechts een gedeelte van het Bao geldt, de Wira van toepassing is.<sup>265</sup> Wij vragen ons af of het hof het hier bij het rechte eind heeft, omdat het Bao niet integraal en zelfs zeer beperkt van toepassing is op 2B-diensten, reden waarom men evengoed tot de conclusie zou kunnen komen dat de Wira niet van toepassing is op 2B-diensten.

Een tweede algemene – hoewel open deur – signalering is dat indien geen van partijen het standpunt inneemt dat de aanbestedingsstukken niet eenduidig zijn en de eisende partij ook niet een vordering tot heraanbesteding instelt, de voorzieningenrechter die tot het oordeel komt dat de stukken niet eenduidig want voor tweërlei uitleg vatbaar zijn, het lastig krijgt. De conclusie dat sprake is van strijd met het Europese aanbestedingsrecht ligt dan voor, maar de rechter kan niet een met art. 24 Rv strijdige voorziening geven. Een met art. 24 Rv strijdige voorziening is een voorziening die is gebaseerd op gronden die buiten de door partijen aangegeven en door de rechter in het kader van art. 24 Rv te respecteren grenzen van de rechtsstrijd liggen. Het is inschrijvers dus geraden hun vorderingen heel precies in te richten.<sup>266</sup>

Een derde arrest dat vermeldenswaardig is in dit kader is het arrest van het HvJ EU waarin de vraag aan de orde was of de rechtstreeks werkende bepalingen van een nog niet in de Portugese wetgeving geïmplementeerde (nutssectoren)richtlijn kon worden ingeroepen tegen een concessiehouder.<sup>267</sup> In het geval de betreffende concessiehouder een particuliere onderneming was die exclusief concessiehouder van een openbare dienst was, dan zouden de rechtstreeks werkende bepalingen níet aan hem kunnen worden tegengeworpen. Indien de concessiehouder een orgaan was dat krachtens een handeling van de overheid onder toezicht van de overheid met het verlenen van een dienst van openbaar belang was belast en daartoe over bevoegdheden beschikte die verdergingen dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels, dan zouden de rechtstreeks werkende bepalingen wél tegen hem kunnen worden tegengeworpen. Het was aan de Portugese verwijzende rechter om te onderzoeken welke situatie hier aan de orde was.

Voor de Nederlandse praktijk lijkt voornoemd arrest op dit moment van beperkt belang. Dit wordt mogelijk anders

259 Vزر. Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11066.

260 Vزر. Rb. Den Haag 4 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:10960.

261 Vزر. Rb. Den Haag 23 december 2013, C/09/454713 KG ZA 13-1305, n.n.g.

Vgl. ook: Vزر. Rb. Den Haag 4 februari 2013, C/09/432548 / KG ZA 12-1364, n.n.g.

262 Vزر. Rb. Den Haag 29 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:16423.

263 Vزر. Rb. Den Haag 4 februari 2013, C/09/432548 / KG ZA 12-1364, n.n.g.

264 Vزر. Rb. Amsterdam 1 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ9202.

265 Hof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:BZ1714.

266 Vزر. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 1 mei 2013, nr. C/05/240502 / KG ZA 13-130, n.n.g.

267 HvJ EU 12 december 2013, C-425/12.

op het moment dat de rechtstreeks werkende bepalingen (bijvoorbeeld dat een Europese aanbestedingsprocedure bij overschrijding van bepaalde drempelwaarden moet worden gevolgd) uit de nieuwe Richtlijn niet in Nederlandse wetgeving zouden worden geïmplementeerd.

*b. Motiveren gunnings- en intrekingsbeslissing*

De vraag of een *gunningsbeslissing* al dan niet voldoende is gemotiveerd leidde in de rechterlijke uitspraken in 2013 tot de volgende te signaleren ontwikkelingen.

Allereerst is er veel discussie over de vraag of alle relevante redenen in de gunningsbeslissing staan, mede als gevolg van de in 2012 gewezen arresten van de HR ten aanzien van dit punt.<sup>268</sup> Met name de vraag of sprake is van nieuwe redenen en niet van een nadere toelichting van de reeds gemelde redenen wordt steeds van geval tot geval beantwoord.<sup>269</sup> Indien wordt geoordeeld dat sprake is van nieuwe redenen (met name in het geval van redenen voor ongeldigheid) worden deze veelal buiten beschouwing gelaten.<sup>270</sup> Een ander gevolg van een onvolledige motivering in de gunningsbeslissing die vervolgens later op ongeoorloofde wijze wordt aangevuld kan zijn dat de rechter een herbeoordeling gelast.<sup>271</sup>

Met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 is ook het een en ander veranderd in het kader van het hanteren van de Eigen Verklaring, in die zin dat alleen de juistheid van de Eigen Verklaring van de winnende inschrijver wordt geverifieerd en niet die van de overige inschrijvers. Dat brengt met zich dat bij de redenen die in de afwijzingsbrieven worden genoemd niet de Eigen Verklaring van de betrokken (protesterende) inschrijver is meegenomen. In dat geval kan de aanbestedende dienst deze redenen toch in een later stadium naar voren brengen.

De Haagse voorzieningenrechter overweegt dienaangaande:

“Hoewel de letterlijke tekst van het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2012 elke aanvulling op een motivering op de voet van artikel 6 Wira lijkt uit te sluiten, zijn er in het arrest geen specifieke aanwijzingen voor de conclusie dat de Hoge Raad heeft bedoeld de hier aan de orde zijnde gunningssystematiek, die dus terugkomt in de Aanbestedingswet 2012, terzijde moet worden geschoven. Dat brengt mee dat thans vooruitgelopen kan worden op de door de Staat te maken beoordeling van de Eigen Verklaring van Mondial Movers voor het geval zij na herbeoordeling de winnende inschrijver

zou blijken te zijn.”<sup>272</sup>

Een andere opening voor aanbestedende diensten om toch met aanvullende redenen te komen is onderkend in een ander Haags vonnis in kort geding, waarin wordt overwogen dat de genoemde arresten van de HR er niet aan in de weg staan dat een (voorlopige) gunningsbeslissing wordt herroepen in verband met een nadien aan het licht gekomen uitsluitingsgrond. Die arresten hebben immers betrekking op de situatie dat de gunningsbeslissing tardief wordt aangevuld met andere (reeds bekende) gronden.<sup>273</sup>

Ook is er – zij het minder – discussie geweest over de vraag of de gunningsbeslissing als zodanig voldoende gemotiveerd is. Ook dit wordt van geval tot geval beoordeeld. Een algemene toets formuleert de Haagse voorzieningenrechter die overweegt dat de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en te controleren of de beoordeling de voorlopige gunningsbeslissing rechtvaardigt.<sup>274</sup> De verplichting tot verstrekking van alle relevante redenen gaat niet zover dat een aanbestedende dienst gehouden zou zijn een afgewezen inschrijver te informeren over de afwegingen die ertoe hebben geleid om uitsluitingsgronden (al dan) niet van toepassing te achten op een niet-uitgesloten inschrijver.<sup>275</sup>

Een apart geval vormt een vonnis waarin de aanbestedende dienst in het kader van de motiveringsplicht wordt verplicht de door een gebruikersgroep ingevulde formulieren ten aanzien van het product over te leggen, waarna een voortgezette mondelinge behandeling volgt.<sup>276</sup>

Private aanbesteders die een inkoopprocedure hanteren die in vorm en uitwerking alle kenmerken van een aanbestedingsprocedure heeft (zorgverzekeraar die zorg of hulpmiddelen inkoop) dienen ook alle relevante redenen bij de bekendmaking van het gunningsvoornemen te noemen, aldus de Haagse voorzieningenrechter.<sup>277</sup>

Een onvoldoende motivering van de gunningsbeslissing kan hooguit tot een verlenging van de Alcatel-termijn leiden, niet tot staking van de aanbesteding en een heraanbesteding.<sup>278</sup>

De verplichting om de relevante redenen in de gunningsbeslissing te noemen (op grond van de Wira) geldt ook voor opdrachten voor 2B-diensten, aldus het Hof Den Bosch.<sup>279</sup>

268 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231 en ECLI:NL:HR:2012:BW9233.

269 Vzr. Rb. Rotterdam 26 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2535; Vzr. Rb. Noord-Holland 6 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:8930.

270 Vzr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0197; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 30 januari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ0480; Vzr. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4134; Vzr. Rb. Den Haag 4 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11444.

271 Vzr. Rb. Amsterdam 5 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5345.

272 Vzr. Rb. Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4192.

273 Vzr. Rb. Den Haag 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7736.

274 Vzr. Rb. Den Haag 2 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3416.

275 Vzr. Rb. Noord-Holland 6 augustus 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7584.

276 Vzr. Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2013, C/16/350981 / KG ZA 13-625, n.n.g.

277 Vzr. Rb. Den Haag 16 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8670.

278 Vzr. Rb. Den Haag 23 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:BZ1403.

279 Hof Den Bosch 12 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1714.

Wij vragen ons af of dit oordeel juist is, omdat het Bao slechts zeer beperkt van toepassing is op 2B-diensten en dus evengoed kan worden geconcludeerd dat de Wira dus niet van toepassing is op 2B-diensten.

Over de vraag welke motiveringsplicht bestaat ten aanzien van de beslissing tot intrekking van een aanbestedingsprocedure is een vonnis gewezen waarin een naar onze mening onjuiste impliciete maatstaf wordt gehanteerd. De rechter overweegt namelijk dat de aanbestedende dienst in kwestie alleen een nadere toelichting had gegeven op de redenen die ten grondslag lagen aan de beslissing tot intrekking van de aanbestedingsprocedure en geen nieuwe redenen daaraan ten grondslag had gelegd.<sup>280</sup> De gunningsbeslissing waarop de verplichting tot vermelding van alle relevante redenen betrekking heeft, omvat naar onze mening niet mede de beslissing tot stopzetting van de aanbestedingsprocedure. Juist is in onze visie het oordeel van de Haagse voorzieningenrechter daar waar hij overweegt dat de beslissing om de gehele aanbestedingsprocedure in te trekken geen gunningsbeslissing is in de zin van art. 1 sub f Wira (thans art. 1.1 Aanbestedingswet 2012).<sup>281</sup>

### *c. Vernietigbaarheid van de overeenkomst*

De vraag of een overeenkomst vernietigbaar is, komt in rechterlijke uitspraken in toenemende mate aan bod. Daar waar een aanbestedende dienst na het kortgedingvonnis in eerste aanleg de overeenkomst heeft gesloten met de winnende inschrijver, ligt in hoger beroep van dat kortgedingvonnis – volgens het Haagse hof – slechts nog de vraag voor of het hof dient in te grijpen in de tot stand gekomen overeenkomst en ter zake een ordemaatregel moet treffen. Dat is het geval, aldus dit hof, indien de overeenkomst naar redelijke verwachting op een van de vernietigingsgronden (zie thans art. 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012, oud art. 8 lid 1 Wira) in een bodemprocedure vernietigd zal worden, dan wel indien de aanbestedende dienst misbruik van bevoegdheid maakt door de overeenkomst te sluiten of indien sprake is van nietigheid op grond van art. 3:40 BW.<sup>282</sup> Het lukt appelland in deze zaak niet het hof ervan te overtuigen dat een van voornoemde situaties zich voordoet.

Dat hoge eisen worden gesteld aan de stelplicht van appelland moge duidelijk zijn. Het hof vindt het feit dat de aanbestedende dienst, wetende dat spoedappel zou worden ingesteld, toch tot opdrachtverlening overgaat, niet leiden tot misbruik van bevoegdheid.<sup>283</sup> Daartoe acht het hof van belang dat appelland, eiseres in eerste aanleg, niet in eerste aanleg de voorzieningenrechter heeft verzocht om een wachttermijn te verbinden aan het vonnis en dat een binnen die wachttermijn ingediend spoedappel ertoe zou leiden

dat het arrest van het hof diende te worden afgewacht. Wij merken hierover op dat wij dat een vooral theoretische mogelijkheid vinden. Immers, welke voorzieningenrechter die de vorderingen in eerste aanleg afwijst, verbindt aan zijn eigen vonnis een dergelijk zwakgebod? In een ander vonnis wordt duidelijk dat een dergelijke vordering slechts toewijsbaar is onder zeer bijzondere omstandigheden. Een enkel financieel belang (mislopen van de opdracht) is onvoldoende voor toewijzing van de gevraagde schorsing, aldus de Rotterdamse voorzieningenrechter.<sup>284</sup> Dan houd je naar onze mening als inschrijver weinig aan in te brengen belangen over.

Een tweede mogelijkheid die het Haagse hof schetst (en die in onze visie van een meer praktische invalshoek getuigt) is dat appelland bij wege van incidentele vordering het hof had kunnen verzoeken de aanbestedende dienst te bevelen het sluiten van de overeenkomst op te schorten totdat het hof arrest zou hebben gewezen.

In een kort geding bij de Arnhemse voorzieningenrechter kwam de vraag of de gesloten overeenkomst vernietigbaar was ook uitgebreid aan de orde omdat gevorderd werd schorsing van de verdere uitvoering van de overeenkomst. Om te beoordelen of die vordering moest worden toegewezen ontkomt de rechter niet aan een inhoudelijke (voorlopige) toets van de zaak aan art. 8 Wira (thans art. 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012), omdat als aannemelijk is dat de overeenkomst vernietigbaar is, de vordering tot schorsing van verdere uitvoering van de overeenkomst sneller zal worden toegewezen.<sup>285</sup> De voorzieningenrechter loopt de vereisten van de vernietigingsbepaling af en concludeert dat de onderhands gesloten overeenkomst een schending van het gemeenschapsrecht oplevert, dat de overeenkomst daarom vernietigbaar is en dat aangenomen moet worden dat de termijn voor het instellen van de vernietigingsvordering nog niet is verstreken. Er was sprake van een kennisgeving van sluiting van de overeenkomst die niet aan alle formele vereisten voldeed (relevante redenen waren niet genoemd) en dus was geen sprake van een 30-dagentermijn maar van een 6-maandentermijn, aldus het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter. In deze zaak wordt de vordering van eiseres dus wel toegewezen en wordt verboden verdere uitvoering te geven aan de gesloten overeenkomst.

Interessant is een vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen, waarin primair een verklaring voor recht werd gevorderd dat een onderhands gesloten overeenkomst vernietigd zou worden (vordering letterlijk overgenomen uit het vonnis).<sup>286</sup> Subsidiair werd een (her-)aanbesteding gevorderd. De rechtbank overweegt dat de opdracht Europees aanbestedingsplichtig is maar

280 Vrz. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 15 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ1349.

281 Vrz. Rb. Den Haag 10 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15717.

282 Hof Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ6570 en Hof Den Haag 25 juni 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2081.

283 Hof Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ6570.

284 Vrz. Rb. Rotterdam 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2794.

285 Vrz. Rb. Arnhem 15 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ3890.

286 Rb. Noord-Nederland, locatie Assen 3 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4853.



dat de (immers onderhands gesloten) overeenkomst niet is gesloten als resultaat van een gunningsbeslissing en derhalve geen overeenkomst is in de zin van art. 8 lid 1 sub a Wira (thans art. 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012). De overeenkomst was om die reden niet vernietigbaar op basis van deze bepaling. De subsidiaire vordering wordt wel toegewezen dus de aanbestedende dienst wordt bevolen een Europese aanbestedingsprocedure te houden. Hier verkeerde de betreffende gemeente in een lastig parket: zij moest wel aanbesteden maar de overeenkomst (die zij zonder aan te besteden had gesloten) werd niet vernietigd.<sup>287</sup> Er zat voor de gemeente dus niets anders op dan de lopende overeenkomst te beëindigen.

Het sluiten van een overeenkomst met de na aanbesteding als winnaar geëindigde partij – die volgens de bezwaarmakende partij ongeldig heeft ingeschreven – leidt er niet toe dat sprake is van een onwettig onderhandse gunning in de zin van art. 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012. De eerste vernietigingsgrond heeft immers betrekking op het niet naleven van de Europese aanbestedingsplicht en de verplichting tot aankondiging.<sup>288</sup>

Indien geen aanbestedingsprocedure is gevolgd vloeit daar geen nietigheid wegens strijd met de wet ingevolge art. 3:40 BW uit voort.<sup>289</sup>

#### *d. Alcatel- en vervaltermijn*

In niet-gereguleerde aanbestedingsprocedures zal het niet-respecteren van een Alcatel-termijn bij het aanhangig maken van een kort geding niet snel door de rechter aan eiseres worden tegengeworpen. Ook als Bao of Aanbestedingswet 2012 wel van toepassing zijn, zal een dergelijke termijn alleen als vervaltermijn hebben te gelden als op basis van de aanbestedingsstukken een expliciete vervaltermijn is overeengekomen tussen aanbestedende dienst en inschrijvers.

In een aanbesteding waarop het Bao niet van toepassing was en geen vervaltermijn was overeengekomen oordeelt de voorzieningenrechter dat het uitbrengen van een dagvaarding ruim een maand na de gunningsbeslissing in de aan de orde zijnde omstandigheden niet tardief was.<sup>290</sup>

In een ander geschil werd de in de aanbestedingsstukken overeengekomen vervaltermijn van 15 dagen toch niet tegengeworpen aan een partij die – daar waar de

termijn op 28 november 2012 verstreek – op 7 januari 2013 een kort geding aanhangig maakte tegen één van de twee aanbestedende diensten. Dit waren twee gemeenten die de aanbesteding met betrekking tot Wmo-hulpmiddelen samen hadden uitgevoerd en elk met de winnende inschrijver een raamovereenkomst zouden sluiten. De inschrijver had wel binnen de termijn op 28 november 2012 een kort geding geëntameerd tegen één van de twee gemeenten (maar dus te laat een kort geding aanhangig gemaakt tegen de andere gemeente). De voorzieningenrechter is van oordeel dat er sprake is van bijzondere omstandigheden.<sup>291</sup> Hij acht daartoe ten eerste van belang dat als gevolg van de dagvaarding van 28 november 2012 de aanbesteding van beide gemeenten stil is komen te liggen. Verder acht hij relevant dat beide gemeenten met dezelfde winnaar een raamovereenkomst wilden sluiten en dat dus de gemeente die later was gedagvaard wist dat zij de uitspraak van de voorzieningenrechter in de zaak waarin de andere gemeente tijdig was gedagvaard, moest afwachten. Verder is het feitencomplex en zijn de aanbestedingsprocedures identiek en heeft de gemeente die op een latere datum was gedagvaard ervoor gekozen om op de zitting die naar aanleiding van de tijdige dagvaarding op 8 januari 2013 was gepland niet vrijwillig te verschijnen. Dit terwijl zij in haar verdediging niet zou zijn geschaad omdat beide gemeenten dezelfde advocaten hadden ingeschakeld en het verweer van beide gemeenten ook identiek was. Verder had eiseres nimmer de verwachting gewekt dat haar bezwaren zich slechts zouden richten jegens één gemeente en niet tegen allebei. Bovendien waren er nog geen onomkeerbare stappen ondernomen door de later gedaagde gemeente. Al deze omstandigheden tezamen leiden bij de voorzieningenrechter tot de conclusie dat eiseres in haar vordering jegens de tweede gemeente ontvankelijk is.

Als niet duidelijk in de aanbestedingsdocumentatie staat vermeld dat de 15-dagen(verval)termijn niet alleen ten aanzien van gunningsbeslissingen geldt maar ook ten aanzien van bezwaren tegen het besluit een aanbestedingsprocedure te staken en in te trekken, dan kan niet uit de regelgeving (bijvoorbeeld de definitie van gunningsbeslissing in art. 1 sub f Wira, thans art. 1.1 Aanbestedingswet 2012) worden afgeleid dat inschrijvers en gegadigden hadden moeten begrijpen dat ten aanzien van het maken van bezwaar tegen een dergelijk besluit ook de vervaltermijn van 15 dagen geldt.<sup>292</sup>

De meeste voorzieningenrechtters overwegen dat de Alcatel-termijn zoals in Bao en Aanbestedingswet 2012 opgenomen een standstilltermijn is voor de aanbestedende dienst.<sup>293</sup> Als het de bedoeling van de aanbestedende dienst is dat deze termijn tevens als contractuele vervaltermijn heeft te gelden, dan dienen de aanbestedende dienst en inschrijvers

287 Zie voor de incidentele vordering die de gemeente vervolgens bij het hof instelde tot schorsing van de tenuitvoerlegging paragraaf 16i van deze kroniek.

288 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6838.

289 Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:4691. Dit heeft de HR ook al bepaald in de arresten Uneto/De Vliert (HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305) en NIC/van der Stroom (HR 4 november 2005, NJ 2006, 204).

290 V.zr. Rb. Limburg, locatie Roermond 10 januari 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BY8739.

291 V.zr. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1909.

292 V.zr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 15 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ1349.

293 Hof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1714.

dat overeen te komen in de aanbestedingsstukken.<sup>294</sup> Dat geldt ook als een niet-aanbestedingsplichtige instantie in de offerteleidraad meldt (vrijwillig) een opschortende termijn in acht te nemen; ook deze termijn kan dan niet als vervaltermijn voor de inschrijvers gelden.<sup>295</sup>

Als het woord ‘fatale termijn’ bij de contractuele vervaltermijn in de aanbestedingsdocumentatie staat opgenomen, dan verdraagt het belang dat de aanbestedende dienst bij de vervaltermijn heeft zich niet met de opstelling van een uitgesloten inschrijver die na de gunningsbeslissing niets van zich laat horen en meer dan twee maanden daarna alsnog tegen de uitsluiting opkomt; hij is dan echt te laat.<sup>296</sup>

In één zaak kwam de berekening van de aanvang van de Alcatel-termijn aan bod. De rechter overweegt terecht dat de termijn aanvangt op de dag na de datum waarop de mededeling van de gunningsbeslissing is verzonden aan de betrokken inschrijvers, onder verwijzing naar het toepasselijke art. 4 lid 1 en 2 Wira (thans 2.127 lid 1 en lid 2 Aanbestedingswet 2012).<sup>297</sup>

Ten slotte oordeelt het Hof Den Bosch dat de Wira van toepassing is op opdrachten voor 2B-diensten en dat dus de gunningsbeslissing de relevante redenen dient te bevatten om de Alcatel-termijn vanaf de datum van verzending van de gunningsbeslissing te laten aanvangen.<sup>298</sup>

#### *e. Geen belang*

In een arrest van het HvJ EU stond de vraag centraal of een ongeldige inschrijver met succes kan protesteren tegen het feit dat de voorlopige winnaar van de aanbestedingsprocedure (ook) ongeldig heeft ingeschreven.<sup>299</sup> Dit arrest is van belang voor de Nederlandse (proces)-praktijk, omdat in Nederlandse procedures niet zelden het verweer wordt gevoerd dat een ongeldige inschrijver (per definitie) geen (rechtens te respecteren proces)belang heeft bij zijn stellingen. Dit verweer lijkt met de komst van het Fastweb-arrest definitief van tafel. Overigens moet wel worden gezegd dat in de Nederlandse rechtspraak al eerder is aangenomen dat ongeldige inschrijvers wél een procesbelang kunnen hebben bij de stelling dat een andere inschrijver (ook) ongeldig heeft ingeschreven. De juistheid van die Nederlandse gerechtelijke uitspraken wordt thans dus onderstreept door het Fastweb-arrest.

Het komt niet vaak voor in aanbestedingsgeschillen dat een rechter oordeelt dat eiseres geen belang heeft bij haar

vorderingen. Indien echter vaststaat dat eiseres nimmer aan een aanbestedingsprocedure als in het geding is heeft deelgenomen en zal deelnemen, dan heeft eiseres geen belang bij haar vordering tot vernietiging van de litigieuze overeenkomsten op grond van de aanbestedingsregels.<sup>300</sup> In een enkel vonnis komt ook nog de – wat oudere en niet steeds meer gehanteerde – overweging voor dat een inschrijving die ongeldig is geacht moet worden niet te zijn gedaan, zodat zij geen deel uitmaakt van de aanbestedingsprocedure, hetgeen ertoe leidt dat eiseres geen belang heeft bij haar vorderingen.<sup>301</sup>

Daar waar een inschrijver aan de heraanbesteding niet zal kunnen deelnemen omdat hij niet zal kunnen voldoen aan de eisen die in die heraanbesteding ter zake van een erkenningsregeling zullen worden gesteld heeft hij geen rechtens te respecteren belang bij de gevorderde heraanbesteding.<sup>302</sup>

Indien een inschrijver zich bij e-mailbericht heeft teruggetrokken uit een aanbesteding maar nog geen dag later de intrekking bij e-mailbericht herroept en de aanbestedende dienst deze inschrijver als inschrijver blijft beschouwen door zijn inschrijving mee te nemen in de beoordeling, dan heeft deze inschrijver nog wel belang bij zijn vorderingen in kort geding.<sup>303</sup>

In een situatie waarin een aanbestedende dienst van de rechter in eerste aanleg het bevel heeft gekregen tot heraanbesteding over te gaan, de opdracht inmiddels op basis van die heraanbesteding is gegund, en eiseres in eerste aanleg, appellant in hoger beroep, bewust niet heeft deelgenomen aan die heraanbesteding, dan heeft deze onderneming (appellant in hoger beroep) geen belang bij haar vorderingen tot een verbod op gunning aan een ander dan aan haar en tot een verbod op heraanbesteding. Wel levert de proceskostenveroordeling in eerste aanleg een voldoende belang bij haar hoger beroep als zodanig op.<sup>304</sup>

Op het eerste gezicht minder juist lijkt ons het oordeel van de Arnhemse voorzieningenrechter daar waar hij overweegt dat in een Europese aanbestedingsprocedure sprake is van een ondeugdelijk (want niet transparant) gunningscriterium, maar toch geen heraanbesteding gelast omdat niet aangenomen kan worden dat eiseres hierdoor is benadeeld. Het belang van eiseres bij een heraanbesteding acht hij onvoldoende en dus wordt haar vordering tot heraanbesteding afgewezen.<sup>305</sup> Hoe het oordeel in dit vonnis zich verhoudt tot de belangen van de andere gegadigden

294 V.zr. Rb. Rotterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1242.

295 V.zr. Rb. Amsterdam 1 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ9202.

296 V.zr. Rb. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden 12 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA3005.

297 V.zr. Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 3 september 2013, C/01/264493 / KG ZA 13-399, n.n.g.

298 Hof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1714.

299 HvJ EU 4 juli 2013, zaak C-100/12.

300 Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 15 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA0341; Hof Amsterdam 30 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2318.

301 V.zr. Rb. Rotterdam 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2794.

302 V.zr. Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 3 september 2013, C/01/264493 / KG ZA 13-399, n.n.g.

303 V.zr. Rb. Rotterdam 8 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6262.

304 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem 27 augustus 2012, ECLI:NL:GHARL:2013:6549.

305 V.zr. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4134.

die zich mogelijk door dit criterium op het verkeerde been hebben laten zetten, is niet duidelijk.<sup>306</sup> In onze visie had de rechter die belangen ook moeten meewegen.

#### *f. Rechtsverwerking/Grossmann-verweer*

Het zogenaamde Grossmann-verweer is minder actueel aan het worden dan het in de afgelopen jaren was, zo lijken wij voorzichtig te kunnen constateren, al was het maar omdat het aantal vonnissen waar dit verweer door de aanbestedende dienst werd gevoerd, is afgenomen. De verhouding ‘aantal malen verweer gehonoreerd’ ten opzichte van ‘aantal malen verweer verworpen’ lijkt in 2013 2:1 (op een totaal van 14 uitspraken) te zijn.

Het verweer wordt gehonoreerd in gevallen waarin de inschrijver bezwaar maakt tegen een eis of een criterium of een andere voorwaarde waarover hij evident in een eerder stadium vragen had kunnen stellen of had kunnen klagen. Uit niet alle vonnissen is op te maken of de aanbestedende dienst een expliciete rechtsverwerkingsclausule in de aanbestedingsstukken had opgenomen, maar dit lijkt niet altijd nodig te zijn voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking.<sup>307</sup>

Een apart geval vormde de situatie waarin eiseres door de rechter werd voorgehouden dat zij de clausule – waarbij de aanbestedende dienst zich uitdrukkelijk het recht had voorbehouden de aanbesteding tijdelijk of definitief te stoppen – uitdrukkelijk had aanvaard. Onder die omstandigheden kwam de aanbestedende dienst een grote vrijheid toe om te beslissen de aanbesteding in te trekken.<sup>308</sup> Het beroep op rechtsverwerking gaat daarentegen niet op als een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver op basis van het bestek niet behoefde te verwachten dat de aanbestedende dienst voor de beoordeling van antwoorden op gesloten vragen een bepaalde puntenscoresystematiek zou hanteren die niet expliciet is opgenomen in de documentatie.<sup>309</sup>

Het verweer wordt eveneens verworpen als de inschrijver pas na de beoordeling van de inschrijvingen door de aanbestedende dienst erachter komt dat de uitleg die de

inschrijver aan een eis gaf een andere is dan de uitleg van de aanbestedende dienst.<sup>310</sup>

Ten slotte gaat het verweer evenmin op als het bezwaar zich niet richt op onduidelijkheden in de aanbestedingsdocumentatie maar om de wijze van toepassing van een (als zodanig duidelijke) eis bij de beoordeling van de inschrijvingen door de aanbestedende dienst.<sup>311</sup>

Een apart geval vormde een aanbesteding waarin eiseres niet had ingeschreven op een aanbesteding en er geen rechtsgeldige inschrijving bleek te zijn gedaan door de beoogde winnaar. Eiseres had geen problemen met de aanbestedingsprocedure als zodanig maar kwam op tegen het voornemen tot gunning toen zij erachter kwam dat de beoogde winnaar niet aan de gestelde referentie-eisen voldeed. In eerste aanleg kreeg eiseres bij de voorzieningenrechter gehoor en werd rechtsverwerking haar niet tegengeworpen. In hoger beroep oordeelt het hof dat de keuze die eiseres heeft gemaakt – namelijk om niet deel te nemen aan een heraanbesteding – tot gevolg heeft dat zij haar recht heeft verwerkt om op te komen tegen het resultaat ervan.<sup>312</sup>

#### *g. (Niet-)ontvankelijkheid op andere gronden*

Ontvankelijkheid in de zin van art. 3:305a BW kwam aan de orde in een geschil tussen het Nederlands Genootschap voor Tolken en Vertalers en de Staat.<sup>313</sup> Uit de statuten van het Genootschap volgde dat dit genootschap de morele en materiële belangen van tolken en vertalers behartigde en voorts waren die belangen in het geding door de wijze waarop de desbetreffende aanbesteding was ingericht. De Haagse voorzieningenrechter oordeelt dat het Genootschap ontvankelijk is in haar vorderingen.

In een ander vonnis werd eiseres niet-ontvankelijk verklaard in haar vorderingen ingesteld jegens een per 1 januari 2013 niet meer bestaande rechtspersoon.<sup>314</sup>

#### *h. Eiswijziging*

Een wijziging van koers in hoger beroep en een eiswijziging in appel is niet snel in strijd met de goede procesorde.<sup>315</sup> Ook als appellante in eerste instantie bij de voorzieningenrechter te kennen heeft gegeven geen heraanbesteding te verlangen omdat zij zich op het standpunt stelde dat de aanbestedingsstukken duidelijk waren, rechtvaardigt dat niet de conclusie dat zij haar recht heeft verwerkt om in hoger

306 Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3398, waarin op basis van een ongeldig gunningscriterium een heraanbesteding wordt gelast.

307 Vzr. Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 10 januari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BY9055; Vzr. Rb. Oost-Nederland, locatie Arnhem 30 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0583; Vzr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0197; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 29 april 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ8944; Vzr. Rb. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden 12 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA3005; Vzr. Rb. Den Haag 10 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9441; Vzr. Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 3 september 2013, C/01/264493 / KG ZA 13-399, n.n.g.; Vzr. Rb. Den Haag 10 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11624; Vzr. Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2013, C/16/350981 / KG ZA 13-625, n.n.g.; Vzr. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 28 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6409.

308 Vzr. Rb. Den Haag 10 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15717.

309 Vzr. Rb. Limburg, locatie Maastricht 22 augustus 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:4922.

310 Vzr. Rb. Gelderland, locatie Arnhem 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4134.

311 Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3924; Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3398.

312 Vzr. Rb. Amsterdam 1 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ9202; Hof Amsterdam 30 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2318; Vzr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 20 december 2013, n.n.g.

313 Vzr. Rb. Den Haag 13 februari 2013, C/09/432793 / KG ZA 12-1381, n.n.g.

314 Vzr. Rb. Den Haag 3 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2380.

315 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6838.

beroep alsnog subsidiair heraanbesteding te vorderen. Het hoger beroep strekt mede ertoe dat de appellerende partij de gelegenheid wordt geboden tot het verbeteren en aanvullen van hetgeen zij bij de procesvoering in eerste aanleg heeft gedaan of nagelaten. Dat de eisiwijziging ertoe leidt dat slechts in één feitelijke instantie over de vordering wordt beslist, is onvoldoende om de eisiwijziging in strijd met de goede procesorde te achten.

*i. Belangenafweging (met name bij incidentele vorderingen)*  
Een expliciete belangenafweging wordt in aanbestedingskortgedingen niet vaak gemaakt.

Ten aanzien van een (in een hoger beroep van een kort geding) ingestelde incidentele vordering ex art. 223 Rv maakt het Hof Arnhem-Leeuwarden een dergelijke belangenafweging wel.<sup>316</sup> De aanbestedende dienst en de winnende inschrijver hadden na winst in kort geding de overeenkomst gesloten. Appellant vorderde vervolgens in de incidentele vordering dat het hof de aanbestedende dienst (gemeente) en medegeïntimeerde (BAM) zou gebieden de uitvoering van de tussen hen inmiddels gesloten overeenkomst op te schorten totdat het hof arrest (in spoedappel) had gewezen.

Het hof maakt een belangenafweging tussen het belang van appellant bij het stopzetten van de werkzaamheden en het belang van de aanbestedende dienst (de gemeente) en BAM. Voor het hof weegt zwaar dat de uitvoering van de opdracht zich nog in de ontwikkelingsfase bevindt en dat de overeenkomst niet alleen opzegbaar is, maar dat tussen partijen ook een clause overeen is gekomen dat de gemeente aan BAM geen schadevergoeding hoeft te betalen als de overeenkomst wordt opgezegd. Aldus heeft BAM volgens het hof het risico aanvaard dat zij thans werkzaamheden uitvoert voor een opdracht die zij wellicht uiteindelijk niet zal krijgen. Daarmee valt de belangenafweging in het incident uit in het voordeel van de gemeente en BAM.

Het oordeel zou anders hebben kunnen uitpakken indien ingrijpen in de overeenkomst in hoger beroep niet meer opportuun zou worden geoordeeld omdat de overeenkomst al voor een belangrijk deel zou zijn uitgevoerd en de gemeente bij opzegging schadeplichtig zou worden jegens BAM. Overigens gaat het in hoger beroep van de hoofdzak alsnog mis voor BAM en de gemeente en leidt de belangenafweging die het hof maakt ertoe dat appellant Koopmans in het gelijk wordt gesteld.<sup>317</sup> Het hof overweegt daarbij dat – omdat sprake is van een evidente schending van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht – ingrijpen in de lopende overeenkomst aangewezen is. Een afweging van de door partijen uiteengezette belangen leidt niet tot een andere conclusie. Koopmans, aldus het hof,

heeft onmiskenbaar belang bij een heraanbesteding en de opdracht, waarop de tussen de gemeente en BAM gesloten overeenkomst ziet, is nog in de ontwikkelingsfase. Daar komt nog bij dat de gesloten overeenkomst opzegbaar is, zelfs zonder schadevergoedingsverplichting jegens BAM. Dat heraanbesteding tot onaanvaardbare vertraging van het project zal leiden is evenmin gebleken, zo overweegt het hof.

Een andere incidentele vordering was aan de orde in een ander hoger beroep dat bij hetzelfde hof diende; hierin werd door zowel een onderneming als door de gemeente schorsing van de executie van het vonnis waarvan beroep gevorderd, op de voet van art. 351 Rv.<sup>318</sup> In dat vonnis was de gemeente bevolen een Europese aanbesteding te houden terwijl met een onderneming reeds een overeenkomst met betrekking tot de opdracht was gesloten. Deze onderneming en de gemeente verzochten dus beide om schorsing van de executie van het vonnis totdat in hoger beroep ten gronde was beslist.

Bij de beoordeling van dergelijke incidentele vorderingen moet de rechter een belangenafweging maken en daarbij geldt:

- a. dat de incidenteel eiser belang moet hebben bij de door hem verlangde schorsing van de executie;
- b. dat moet worden nagegaan of het belang van degene wiens vordering is toegewezen zwaarder weegt dan dat van de veroordeelde bij behoud van de bestaande toestand tot op het rechtsmiddel is beslist;
- c. dat bij deze belangenafweging de kans van slagen van het aangewende rechtsmiddel in de regel buiten beschouwing moet blijven.

De belangenafweging viel in beide arresten in het voordeel uit van de partij wier vorderingen bij de voorzieningenrechter waren toegewezen. De tenuitvoerlegging van het vonnis wordt derhalve niet opgeschort. Hiertoe acht het hof in het ene arrest (waarin de onderneming appellante was) van belang dat er geen nieuwe feiten en omstandigheden waren gesteld of gebleken die de voorzieningenrechter niet had meegenomen, dat niet geconcludeerd kon worden dat het vonnis als een klaarblijkelijk juridische misslag moest worden gekwalificeerd, dat de betreffende incidenteel eiseres niet of onvoldoende had onderbouwd wat haar belang was bij schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden vonnis (nu zij immers kon meedingen in de Europese aanbestedingsprocedure en enige vorm van compensatie zou verkrijgen bij opzegging door de gemeente van de gesloten overeenkomst).<sup>319</sup>

316 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem 9 juli 2013, nr. 200.128.145, n.n.g.

317 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6838.

318 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6598 en Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6599.

319 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6599.

In het andere arrest (waarin de gemeente appellante was) overweegt het hof ten eerste dat de gemeente heeft nagelaten onderbouwd aan te geven welke financiële gevolgen een Europese aanbestedingsprocedure voor haar zou hebben. Ten tweede heeft de gemeente volgens het hof niet duidelijk gemaakt wat de overige gevolgen van het entameren van een dergelijke procedure voor haar zouden zijn en had de gemeente evenmin gesteld dat de gevolgen van de tenuitvoerlegging van het vonnis niet of moeilijk ongedaan konden worden gemaakt indien het bestreden vonnis zou worden vernietigd. Het hof voegt daaraan toe dat de omstandigheid dat executie van een vonnis tot onomkeerbare gevolgen kan leiden op zichzelf genomen onvoldoende grond is voor schorsing van de tenuitvoerlegging.

In weer een ander arrest, ditmaal van het Haagse hof, valt de belangenafweging in het voordeel van de aanbestedende diensten (een aantal gemeenten) uit. Het ging hier om een incidentele vordering van appellante tot het opleggen van een verbod om, hangende het spoedappellatie, tot definitieve gunning over te gaan.<sup>320</sup> Het hof overweegt dat de belangen van de gemeenten de overhand hebben. Hierbij weegt zwaar dat het Wmo- en leerlingenvervoer al vanaf een bepaalde datum feitelijk moest worden verricht, dat de organisatie en voorbereiding daarvan veel voeten in de aarde hadden en dat de gemeenten een groot belang erbij hadden dat dit vervoer goed werd voorbereid, vooral gelet op de kwetsbare groep te vervoeren personen. Verder was de overeenkomst tussen de gemeenten en winnende inschrijver opzegbaar en had appellante dus nog een kans op het in de wacht slepen van de opdracht.

#### *j. 843a Rv/inzage/openbaarmaking*

Omdat in aanbestedingsgeschillen de gedupeerde inschrijver vaak op achterstand staat ten opzichte van de aanbestedende dienst als het gaat om de tot zijn beschikking staande stukken om zijn vorderingen kracht bij te zetten wordt door de inschrijver in sommige gevallen een beroep gedaan op art. 843a Rv. Deze bepaling heeft betrekking op een bijzondere exhibitieplicht in en buiten rechte. Eiser dient om inzage in of afschrift van bepaalde bescheiden te verkrijgen (i) een rechtmatig belang te stellen, (ii) de 'bepaalde bescheiden' te benoemen waarover (iii) de verweerder daadwerkelijk de beschikking heeft of kan krijgen, (iv) eiser moet partij zijn bij de rechtsbetrekking waarop de gevorderde specifieke bescheiden zien. En dan nog kunnen er gewichtige of andere redenen zijn waarom desalniettemin geen gehoudenheid tot overlegging van de bescheiden bestaat.

Art. 843a Rv biedt niet de mogelijkheid voor het opvragen van documenten waarvan eiseres slechts vermoedt dat zij wel eens steun zouden kunnen geven aan haar stellingen.<sup>321</sup>

Indien eiseres niet of onvoldoende toelicht welk rechtmatig belang zij heeft bij overlegging van de stukken en die stukken onvoldoende concreet omschrijft, dan komt de rechter aan de overige hierboven genoemde vereisten niet meer toe.<sup>322</sup> Indien slechts wordt gesteld dat men een rechtmatig belang heeft om iets te controleren maar vervolgens niet inzichtelijk wordt gemaakt in hoeverre dat belang wordt gediend met overlegging van de gevraagde bescheiden is het rechtmatige belang niet aangetoond.<sup>323</sup> Evenmin is het belang aangetoond als men het belang niet per afzonderlijk document maar alleen per documentgroep kan aangeven.<sup>324</sup>

Een inschrijver die op grond van art. 843a Rv de overlegging vorderde van het plan van aanpak van de winnende inschrijver, de beoordelingen van de individuele beoordelaars, het verslag van de bespreking van de beoordelaars en het bewijs van de eindscores, kreeg nul op het rekest.<sup>325</sup> Er zijn immers, aldus deze voorzieningenrechter, gewichtige redenen die maken dat de gemeente, de aanbestedende dienst, niet gehouden is deze stukken over te leggen (omdat het de rechtmatige commerciële belangen van die (winnende) inschrijver zou schaden). Los daarvan had eiseres ook geen rechtmatig belang bij de vordering en strandde haar vordering al bij de eerste voorwaarde. Zij heeft geen rechtmatig belang omdat zij van de gemeente vraagt de wet te schenden, namelijk art. 2.138, aanhef en sub c, Aanbestedingswet 2012 en het in dit geval toepasselijke art. 3.29.6 ARW 2012.

Een probleem dat zich in aanbestedingsgeschillen vaker voordoet, is dat discussies over elkaars inschrijvingen soms lastig te voeren zijn omdat men elkaars inschrijvingen niet wenst te laten zien (immers, er is sprake van concurrentiegevoelige informatie). Echter, een dergelijke discussie kan veelal alleen zinvol worden gevoerd als de letterlijke inschrijvingen aan de rechter kunnen worden voorgelegd. In een civiel proces is het, anders dan in het bestuursrecht, niet mogelijk om de rechter vertrouwelijk te laten kennismaken van gegevens die niet kenbaar worden gemaakt aan een of meer partijen in een geding, hoezeer ook het belang van degene die deze gegevens ter beschikking wil stellen met die kennisneming gebaat kan zijn.<sup>326</sup> Wij vragen ons af hoe deze overwegingen van de rechter zich verhouden tot rechtspraak van de HR over dit onderwerp, waarin deze overweegt dat kennisneming van de bescheiden alleen door de rechter mogelijk is.<sup>327</sup>

322 Rb. Den Haag 27 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ3895.

323 Vزر. Rb. Oost-Nederland, locatie Zwolle 6 februari 2013, nr. C/07/201249 / HZ ZA 12-208, n.n.g.

324 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem 2 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4664

325 Vزر. Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 6 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6831.

326 Vزر. Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986.

327 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW:3264 en HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421.

320 Hof Den Haag 21 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0901.

321 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem 2 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4664.

Jegens een inschrijver die was uitgesloten – en wiens inschrijving dus niet in de rangorde van de beoordeelde inschrijvingen was meegenomen – was de aanbestedende dienst volgens de voorzieningenrechter niet gehouden tot het verstrekken van informatie over de rangschikking van de inschrijvers nu hij daartoe op grond van art. 41 lid 4 Bao (vergelijkbaar met art. 2.104 sub c en art. 2.138 sub c Aanbestedingswet 2012) niet verplicht kon worden.<sup>328</sup> Dat geldt eveneens voor het verstrekken van de prijzen van de andere inschrijvers aangezien dit commercieel gevoelige en vertrouwelijke informatie betreft.<sup>329</sup>

*k. Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en Verordening nr. 1049/2001 (Eurowob)*

Een andere mogelijkheid (dan via art. 843a Rv) om de aanbestedende dienst te dwingen om bepaalde stukken over te leggen biedt de Wob. In een uitspraak van AB RvS<sup>330</sup> heeft de Afdeling bepaald dat de Aanbestedingswet 2012 een nieuwe, aan de Wob derogerende regeling kent voor de beoordeling door aanbestedende diensten van verzoeken om informatie die door ondernemers als vertrouwelijk aan deze diensten is verstrekt.

In een civiel kort geding<sup>331</sup> werd verzocht om de mondelinge behandeling van het kort geding aan te houden in afwachting van de uitkomst van een Wob-verzoek dat de eisende partij bij de aanbestedende dienst had gedaan. De voorzieningenrechter wijst dat verzoek af, aangezien de aard van een aanbestedingsprocedure zich hiertegen verzet. Uitgangspunt van een aanbestedingsprocedure is immers – mede ter voorkoming van rechtsonzekerheid en onwenselijke (verdere) complicaties – dat zowel de aanbestedende dienst als de (overige) inschrijvers snel antwoord krijgen op de vraag of uitvoering kan worden gegeven aan de voorgenomen gunningsbeslissing. Daartegen verzet zich dat in het kort geding pas uitspraak wordt gedaan na de uitkomst van de Wob-procedure en een voortgezette mondelinge behandeling. Daar kwam bij dat de voorzieningenrechter zich overigens ook voldoende geïnformeerd achtte om een vonnis in het kort geding te kunnen uitspreken.

In een zaak waarop de zogenaamde Eurowob (Verordening 1049/2001) van toepassing was (omdat de Europese Autoriteit voor Voedselveiligheid, EFSA, de aanbestedende dienst was) wenste verzoeker toegang tot de offerte van de winnende inschrijver te verkrijgen.<sup>332</sup> Het Gerecht oordeelt dat EFSA terecht heeft geweigerd de offerte te verstrekken vanwege de rechtmatige commerciële belangen van de winnende inschrijver.

*l. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

In het kader van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure, die gestart was voor de Aanbestedingswet 2012 in werking trad, kwam de vraag aan de orde welke spelregels een aanbestedende dienst dient te respecteren. De rechter overweegt dat aanbestedende diensten die een dergelijke aanbestedingsprocedure 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 gelijkheidsbeginsel jegens de inschrijvers op de opdracht in acht te nemen.<sup>333</sup> De Aanbestedingswet 2012 noemt bij meervoudig onderhandse aanbestedingen in het kader van het transparantiebeginsel uitsluitend de motivering van de gunningsbeslissing in art. 1.15 lid 2. De Aanbestedingswet 2012 lijkt dus minder streng voor de aanbestedende dienst dan de rechtspraak tot nu toe. Wij zijn benieuwd hoe zich de rechtspraak op dit punt gaat ontwikkelen.

Een andere voorzieningenrechter oordeelt ten aanzien van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure, die eveneens gestart was voordat de Aanbestedingswet 2012 in werking trad, dat er geen sprake is van een aanbesteding in de zin van de Nederlandse aanbestedingsregelgeving en dat dus de vorderingen van eiseres evenmin gebaseerd kunnen worden op de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.<sup>334</sup> Een andere lijn dus, waarin kennelijk geen plaats is voor de werking van de redelijkheid en billijkheid. De enige grondslag volgens deze voorzieningenrechter voor de vorderingen kan erin gelegen zijn dat het handelen van de aanbestedende dienst in kwestie in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De rechter bekijkt vervolgens of aan het zorgvuldigheidsbeginsel is voldaan. Opvallend is dat in dat kader aan het *Succhi di Frutta*-criterium wordt getoetst. Via de achterdeur komt dan toch het transparantiebeginsel binnen.

In een ander vonnis waar de betreffende gemeente volgens de rechter de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht had geschonden werd zij ook nog om de oren geslagen met het *fair-play*beginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Kern van dat beginsel, aldus de voorzieningenrechter, is dat de overheid (hier als aanbestedende dienst) door haar optreden (of nalaten) op *unfaire* wijze de rechtspositie van een (rechts)persoon benadeelt. De gemeente had een effectieve rechtsbescherming tegen de gunningsbeslissing in feite onmogelijk gemaakt door ervoor te kiezen om op dezelfde dag dat zij als aanbestedende dienst aan inschrijvers bekendmaakte aan wie de opdracht wel of niet zou worden gegund met de inschrijver aan wie het werk zou worden gegund een

328 Vrz. Rb. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden 12 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA3005.

329 Vrz. Rb. Den Haag 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:10963.

330 AB RvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:888.

331 Vrz. Rb. Den Haag 21 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9292.

332 Gerecht 29 januari 2013, T-339/10 en T-532/10.

333 Vrz. Rb. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden 29 mei 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA1485.

334 Vrz. Rb. Limburg, locatie Roermond 10 januari 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BY8739.

overeenkomst te sluiten.<sup>335</sup>

#### *m. Schadevergoeding*

Er zijn dit jaar geen spraakmakende uitspraken te melden in het kader van vorderingen tot schadevergoeding als gevolg van een misgelopen opdracht of een gemiste kans.

Een aanzet tot het instellen van een dergelijke vordering is in het kader van een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor gedaan, maar daarover in een volgende kroniek wellicht meer.<sup>336</sup>

In een andere zaak werd in een kort geding waarbij eiseres zich verzette tegen stopzetting van de aanbestedingsprocedure tevens vergoeding van door eiseres geleden schade gevorderd als gevolg van het door de aanbestedende dienst gewekte vertrouwen dat de opdracht aan haar zou worden gegund. De rechter overweegt dat in de aanbestedingsdocumentatie duidelijk stond dat bij beëindiging van de aanbestedingsprocedure de inschrijvers geen recht hadden op vergoeding van de gemaakte kosten, nog daargelaten, aldus de rechter, de omstandigheid dat bij toewijzing van geldvorderingen in kort geding terughoudendheid geboden is.<sup>337</sup>

Een aparte vordering verdient hier vermelding. Het betrof de vordering tot schadevergoeding van een gemeente die – na het ontbinden van een overeenkomst met de als gevolg van een aanbesteding gecontracteerde winnaar die wanpresteerde – schade meende te lijden doordat zij eerder dan verwacht een aanbestedingsprocedure had moeten starten. Deze schadepost wordt door het Hof Den Haag becijferd op € 2.400.<sup>338</sup>

Een voor deze kroniek atypische zaak (maar wel het noemen waard) betrof een geschil tussen een onderneming en de Autoriteit Consument en Markt (ACM) waarbij de onderneming zich op het standpunt stelde dat de ACM schade diende te vergoeden in verband met de late besluitvorming, de langdurige procedure en de overschrijding daardoor van de redelijke termijn als bedoeld in art. 6 EVRM.<sup>339</sup> De onderneming stelde schade te hebben geleden onder meer als gevolg van het niet kunnen inschrijven op aanbestedingen wegens een door de ACM opgelegde boete. Het CBB overweegt ten aanzien van die specifieke kostenpost dat de onderneming niet heeft toegelicht en onderbouwd welke concrete aanbestedingsopdrachten zij heeft misgelopen als gevolg van de te lange duur van de procedure. Reeds daarom komt de gestelde schade niet voor vergoeding in aanmerking, aldus het CBB.

#### *n. Voorlopig getuigenverhoor/inschakelen deskundigen/inwinnen nadere inlichtingen*

Niet vaak wordt een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor ingediend in het kader van aanbestedingszaken. Dit verdraagt zich immers niet met de vereiste snelheid die vaak met het beslechten van aanbestedingsgeschillen gemoeid gaat. Als het gaat om het entameren van een bodemprocedure en het verkrijgen van schadevergoeding omdat de opdracht ten onrechte aan een ander is gegund kan een voorlopig getuigenverhoor uiteraard wel zinvol zijn. Een dergelijk verzoekschrift wordt dan op basis van art. 186 Rv behandeld en dient voldoende concreet en ter zake dienend te zijn en feiten te bevatten die zich lenen voor een getuigenverhoor.<sup>340</sup>

In een vonnis van de Amsterdamse voorzieningenrechter wordt geoordeeld dat de beoordelingscommissie van de aanbestedende diensten in kwestie (een aantal gemeenten) niet over de voor de beoordeling van de vraag of de winnende inschrijver kostendekkend had ingeschreven benodigde kennis beschikte (hetgeen overigens door de gemeenten zelf was verklaard). De beoordelingscommissie mocht dus bij een herbeoordeling van de betreffende inschrijving niet meer worden ingeschakeld. De rechter oordeelt dat het op de weg van de gemeenten ligt om een externe deskundige in te schakelen.<sup>341</sup>

In hoger beroep oordeelt het hof als volgt.<sup>342</sup> Het hof vernietigt het vonnis voor zover dat betrekking heeft op het door de gemeenten inschakelen van een deskundige. De reden daarvoor is dat een onderzoek op kostendekkendheid ten aanzien van de winnende inschrijving ertoe leidt dat die inschrijving op een strengere wijze wordt getoetst dan de andere inschrijvingen. Overigens is het hof van oordeel dat sprake is van een ongeldig gunningscriterium, reden waarom de aanbesteding niet kan worden voortgezet en reden waarom het door de voorzieningenrechter opgelegde verbod tot definitieve gunning over te gaan wordt bekrachtigd.

Uitzonderlijk in kort geding is dat de voorzieningenrechter van oordeel is dat het debat tussen partijen onvoldoende is gevoerd en dat hij zelf ook nog behoefte heeft aan nadere informatie van partijen. Het verdraagt zich immers moeilijk met het karakter van een kortgedingprocedure om de mondelinge behandeling op een later tijdstip voort te zetten. Naar aanleiding van een complexe discussie over minimumeisen die aan portofoons werden gesteld formuleert de voorzieningenrechter een aantal vragen in het vonnis waarover hij van beide partijen nadere informatie wenst te verkrijgen. Ten aanzien van een ander aantal punten geeft de rechter aan dat het partijdebat daarover

335 Vrz. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 28 maart 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ6534.

336 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem 19 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8867.

337 Vrz. Rb. Den Haag 10 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15717.

338 Hof Den Haag 2 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4722.

339 CBB 3 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:165.

340 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem 19 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8867.

341 Vrz. Rb. Amsterdam 30 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0665.

342 Dit arrest heeft twee ECLI-nummers gekregen: Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3924; ECLI:NL:GHAMS:2013:3398.

wel afdoende heeft plaatsgevonden; het tussenvonnissen bevat ten aanzien van die bezwaren een eindbeslissing.<sup>343</sup>

*o. Voeging, tussenkomst en derdenverzet*

De incidenten van tussenkomst en/of voeging deden in de aanbestedingskortgedingen in 2013 weinig stof opwaaien. In de meeste gevallen wordt het verzoek tot tussenkomst en/of voeging toegewezen omdat door de interveniënt aannemelijk is gemaakt dat hij voldoende belang heeft en omdat toewijzing van de gevorderde tussenkomst niet in de weg staat aan de vereiste spoed bij het kort geding en de goede procesorde in het algemeen. Wij noemen de vonnissen waar het verzoek is toegewezen en voornoemde lijn is gehanteerd hier niet en gaan in deze kroniek alleen in op gevallen die bijzonder zijn en derhalve bespreking verdienen.

Een eerste vonnis dat in dat kader het noemen waard is, betreft een kort geding waarbij de als tweede geëindigde inschrijver (Canon) een verzoek tot tussenkomst deed in het door de als nummer drie geëindigde inschrijver (Ricoh) aangespannen kort geding. Canon had zelf geen kort geding aanhangig gemaakt. Zij stelde zich op het standpunt dat de winnende inschrijving (van Konica Minolta) ongeldig was en dat de opdracht dus aan haar moest worden gegund en dat haar belangen bij toewijzing van de primaire vordering van Ricoh, die gericht was op een heraanbesteding, zouden worden geschaad. De aanbestedende dienst en Ricoh voerden aan dat Canon zelf binnen de Alcatel-termijn een kort geding aanhangig had moeten maken om tegen het voornemen tot gunning aan Konica Minolta op te komen en nu zij dat niet binnen de vervaltermijn van de aanbestedingsleidraad had gedaan haar recht had verwerkt. De voorzieningenrechter gaat daar niet in mee.<sup>344</sup> Hij overweegt dat voor toewijzing van de vordering tot tussenkomst voldoende is dat het *op voorhand aannemelijk* is dat sprake is van een belang van de verzoeker om benadeling of verlies van een hem toekomend recht te voorkomen. Het is niet vereist dat het ook vaststaat dat de verzoeker het belang ook heeft (of het recht inmiddels heeft verwerkt).

Derdenverzet maakt het mogelijk dat derden zich verzetten tegen een vonnis, wanneer dat vonnis hen in hun rechten benadeelt (zie art. 374 Rv). Hiervan moet de tussenkomst worden onderscheiden. Bij tussenkomst is 'slechts' noodzakelijk dat de tussenkomende partij door een voor haar negatief vonnis in haar belangen wordt geschaad (zie art. 217 Rv). Doordat een afgewezen inschrijver naast het derdenverzet ook een kort geding had aangespannen tegen het voorlopige gunningsbesluit en hij in dat kort geding ontvankelijk werd geacht, concludeert de voorzieningenrechter tot niet-ontvankelijkheid in het derdenverzet.<sup>345</sup>

343 Vزر. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 18 oktober 2013, n.n.g. (tussenvonnissen).

344 Vزر. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 1 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0311.

345 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 16 december 2013,

*p. Dwangsom*

Dwangsommen in aanbestedingskortgedingen worden niet vaak opgelegd, niet zelden omdat de rechter ervan uitgaat dat de aanbestedende dienst aan het vonnis zal voldoen.

Een uitzondering vormt de dwangsom die de gemeente Assen opgelegd kreeg (heraanbesteden op straffe van een direct opeisbare dwangsom van 1,5 miljoen euro).<sup>346</sup> Niet duidelijk uit het vonnis blijkt of de gemeente verweer had gevoerd op dit punt.

Soms worden dwangsommen bij toewijzing van de vordering gematigd, zonder dat de rechter duidelijk maakt waarom.<sup>347</sup>

In een ander vonnis acht de rechter oplegging van een (zoals gevorderd: gemaximeerde) dwangsom, als stimulans tot nakoming van de te geven beslissing, aangewezen.<sup>348</sup>

*q. Proces- en nakostenveroordeling*

Soms ziet een rechter in het onderpresteren (sic!) van gedaagde aanleiding om ondanks afwijzing van de vordering gedaagde te veroordelen in de proceskosten.<sup>349</sup> In een ander geval, waarin de rechter het handelen van de aanbestedende dienst in zoverre niet correct vindt omdat pas ter zitting een onderbouwing is gegeven van de grond waarop de inschrijving uiteindelijk ongeldig is verklaard, ziet de rechter daarin termen voor compensatie van de proceskosten en wel aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.<sup>350</sup>

*r. Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (Wet NERpe)*

Een primeur wat betreft de toepassing van de Wet NERpe had de gemeente Westland met betrekking tot de bouw van een nieuw gemeentehuis. Een gemeenteraadslid verzocht de minister van BZK om de gemeente een aanwijzing te geven aangezien hij van mening was dat sprake was van schending van een Europese aanbestedingsplicht omdat de gemeente van plan was om de bouw op te dragen aan een aannemer zonder een Europese aanbestedingsprocedure te volgen. De minister verzond op 7 augustus 2013 een brief aan de gemeente waarin hij aangaf een overleg te willen hebben met de gemeente in september 2013.<sup>351</sup> Waartoe dit overleg heeft geleid is niet duidelijk.

ECLI:NL:RBZWB:2013:9949.

346 Rb. Noord-Nederland, locatie Assen, 3 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:4853.

347 Vزر. Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA0025 en Vزر. Zeeland-West-Brabant, locatie Breda 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:6289.

348 Vزر. Rb. Den Haag 4 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11444.

349 Vزر. Rb. Noord-Nederland, locatie Groningen 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197.

350 Vزر. Rb. Noord-Holland 6 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:8930.

351 Deze brief is te vinden op [www.gemeentewestland.nl](http://www.gemeentewestland.nl).



*s. Commissie van Aanbestedingsexperts (CvA)*

Nieuw in 2013 in het kader van de rechtsbescherming is de CvA, van welke wij de adviezen hier apart bespreken. Het heeft niet storm gelopen bij de CvA maar wellicht dat dat in 2014 anders wordt omdat men de weg naar de CvA eerst moest vinden.

De CvA heeft een aantal klachten om uiteenlopende redenen (aanbesteding van voor 1 april 2013; verband met Aanbestedingswet 2012 onvoldoende aangetoond; klacht betrof niet handelen of nalaten van aanbestedende dienst) niet in behandeling genomen.

Eind 2013 waren er vijf klachten waarop de CvA een inhoudelijk advies heeft gegeven. Deze zijn te vinden op de site van de CvA.<sup>352</sup> Het valt ons op dat de CvA de klager in alle gevallen (met uitzondering van een subonderdeel van één klacht) gelijk geeft.

Het betreft:

- een advies over een disproportionele aansprakelijkheidsregeling in een vervoersaanbesteding (de CvA adviseerde om aan te haken bij de gebruikelijke Algemene Vervoerscondities);
- een advies over de vraag of een geoffreerd product in een ICT-aanbestedingsprocedure wel een A-merk was (de CvA was van mening dat het betreffende product wel een A-merk was);
- een advies over klager die wel drie referentieprojecten had overgelegd maar bij een van de drie de tevredenheidsverklaring niet had bijgevoegd (de CvA oordeelde dat dit een eenvoudig te herstellen gebrek was in de zin van art. 3.13.7 ARW 2012);
- een advies over het door een aanbestedende dienst verlengen van een overeenkomst zonder gegronde reden (de CvA vindt dat uit de door de aanbestedende dienst verstrekte motivering voor de verlenging niet blijkt dat zij tot haar keuze is gekomen op basis van objectieve criteria en dat dus sprake is van strijd met art. 1.4 lid 1 Aanbestedingswet 2012);
- een advies over een puntensysteem in het kader van een selectie (de CvA vindt dat sprake is van een voldoende transparante puntenverdeling) en over de vraag of bij een herzien selectiebesluit een hernieuwde bezwaartermijn moet worden gegeven (de CvA vindt dat dat wel zou moeten).

Onduidelijk is of de aanbestedende diensten de betreffende adviezen hebben opgevolgd. Interessant is het om dit te volgen en dan vervolgens te bezien hoe de rechter met in de wind geslagen adviezen omgaat en welk gewicht de rechter gaat hechten aan door de CvA verstrekte adviezen.

## 17. Varia

### *a. Hoedanigheid inschrijver*

Indien een combinatie (nog) geen rechtspersoonlijkheid heeft, dan kan de combinatie niet als zelfstandige entiteit een rechtsvordering instellen. In dat geval dienen de vorderingen te worden ingesteld door de ondernemingen die deel uitmaken van de combinatie.<sup>353</sup>

### *b. Raakvlakken met staatssteun*

In de reeds in deze kroniek besproken 'P1-zaak' dient nog vastgesteld te worden of de gemeente Maastricht in 2003 verboden staatssteun heeft verleend bij het sluiten van een concessieovereenkomst voor diensten met Q-Park. Indien zal blijken dat sprake is van staatssteun, betekent dat niet dat de gehele overeenkomst nietig is. Onder verwijzing naar het Residex-arrest, stelt de HR vast dat art. 108 VWEU zich niet verzet tegen het uitspreken van een partiële nietigheid in plaats van een algehele nietigheid. Verder oordeelt de HR dat er bij de vraag of sprake is van staatssteun een 'ex tunc'-toetsing moet worden toegepast. Beoordeeld moet dus worden of er ten tijde van het aangaan van de overeenkomst sprake was van staatssteun. Voorts oordeelt de HR dat uit het Residex-arrest volgt dat een enkele verklaring voor recht dat (verdere) uitvoering van de overeenkomst in verband met staatssteun onrechtmatig is jegens P1 (dus zonder een daaraan gekoppeld gebod of verbod dat strekt tot herstel van de mededingingssituatie) in dit verband niet kan worden aangemerkt als een passende maatregel die leidt tot een herstel van de mededingingssituatie zoals die aan de orde was vóór de uitkering van de desbetreffende staatssteun.<sup>354</sup>

Daar waar in 2012 nog werd aangenomen dat bij de veerdiensten naar Terschelling geen sprake was van een beïnvloeding van het tussenstaatse handelsverkeer,<sup>355</sup> is een 'interstatelijk effect' kennelijk wel aanwezig bij de veerverbinding Boven Hardinxveld – Werkendam – Gorinchem – Sleeuwijk. De Rechtbank Rotterdam komt tot de conclusie dat nu de Vrijstellingsbeschikking noch het DAEB-besluit van toepassing is, de gemeente Gorinchem, gelet op de constatering dat niet aan alle Altmark-criteria is voldaan, een steunmelding had moeten doen bij de Europese Commissie. Dat niet aan alle Altmark-criteria werd voldaan, heeft te maken met het feit dat de keuze voor de veerdienstexploitant niet was gemaakt op basis van een aanbestedingsprocedure en dat de hoogte van de exploitatiebijdrage niet 'gebenchmarkt' was. In dat geval wordt niet voldaan aan het vierde en laatste Altmark-criterium.<sup>356</sup> Een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden lijkt te impliceren dat van staatssteun aan een quasi-inhouse entiteit niet snel sprake kan zijn, omdat een quasi-inhouse entiteit niet als onderneming valt te beschouwen. Dit

352 [www.commissievanaanbestedingsexperts.nl](http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl).

353 V.zr. Rb. Noord-Holland 26 juni 2013, C/19/98630/KG ZA 13-82, n.n.g.

354 HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543.

355 Rb. Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY5837.

356 Rb. Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824.

heeft te maken met het feit dat quasi-inhouse (materieel gezien) gelijkgesteld wordt met inbesteden en omdat een quasi-inhouse entiteit doorgaans alleen werkzaamheden verricht voor de toezichthoudende aanbestedende dienst(en) en dus niet (of nauwelijks) de markt betreedt.<sup>357</sup>

De verkoop of uitgifte in erfpacht van grond is niet aanbestedingsplichtig indien bij de verkoop of uitgifte in erfpacht geen overheidsopdracht wordt verstrekt. Bij de verkoop of uitgifte in erfpacht van grond aan een onderneming dienen aanbestedende diensten in beginsel de marktprijs overeen te komen. Wordt bij de verkoop of uitgifte in erfpacht staatssteun verstrekt, bijvoorbeeld omdat een te lage (niet-marktconforme) vergoeding overeen wordt gekomen, dan kan dat concurrentieverstorend werken. Het blijkt in de praktijk echter lastig om een dergelijke concurrentieverstoring als gevolg van (mogelijke) staatssteun aannemelijk te maken, zo bewijst een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland.<sup>358</sup>

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland acht het “mededingingsrechtelijk bezien minstgenomen merkwaardig” dat een met overheidssteun opererende stichting mag meedingen naar een opdracht die volgens de aanbestedingsdocumentatie in beginsel is bestemd voor mkb-bedrijven. Omdat de rechter de zaak op andere gronden reeds kan afdoen, behoeft dit aspect en de bijbehorende weerbarstige materie geen bespreking meer. Wel vraagt de rechter zich af of er door publicatie van dit vonnis op rechtspraak.nl een debat over deze kwestie in de vakbladen kan worden uitgelokt.<sup>359</sup>

#### c. Variant

Het indienen van varianten is op grond van art. 7.12.1 ARW 2012 slechts mogelijk indien de economisch meest voordelige inschrijving als gunningscriterium wordt gehanteerd. Hanteert een aanbestedende dienst de laagste prijs als gunningscriterium en staat hij in de aanbestedingsdocumentatie (per abuis) varianten toe, dan kan de aanbestedende dienst dit gebrek volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland kennelijk herstellen door alleen de besteksconforme inschrijvingen in aanmerking te nemen en de varianten buiten beschouwing te laten.<sup>360</sup>

De stelling van een van de inschrijvers dat de voorlopige winnaar van de aanbestedingsprocedure met een niet-toegestane variant heeft ingeschreven faalde. Binnen een design-en-constructcontract wordt volgens de rechter bewust ruimte gelaten aan de inschrijvers om tot op zekere hoogte eigen (ontwerp)keuzes te maken. De door de voorlopige

winnaar aangeboden regenwatervoorziening is binnen deze ruimte gebleven, zodat de inschrijving besteksconform moet worden geacht.<sup>361</sup>

#### d. Uitvoering overeenkomst

Het Hof Amsterdam neemt tot uitgangspunt dat in het kader van een openbare aanbestedingsprocedure de verhouding van betrokkenen voorafgaand aan de gunning mede wordt beheerst door regels van redelijkheid en billijkheid. Deze regels brengen mee dat alle betrokkenen hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Onder omstandigheden kunnen die regels meebrengen dat een inschrijver verplicht is een aanbestedende dienst te wijzen op onjuistheden in de aanbestedingsdocumenten of op aan diens zijde gemaakte fouten. Het hof stelt aan de hand van dit kader vast dat Ballast Nedam deze norm niet heeft geschonden omdat de fouten in de aanbestedingsdocumentatie haar redelijkerwijs niet kenbaar waren. Ballast Nedam heeft haar precontractuele waarschuwingsplicht dan ook niet geschonden.<sup>362</sup>

Een vonnis van de Rechtbank Oost-Brabant toont aan dat er een overeenkomst tot stand komt indien een in het kader van een (private) aanbestedingsprocedure ingediende offerte binnen de gestanddoeningstermijn wordt geaccepteerd. Voor de totstandkoming van de overeenkomst is het niet noodzakelijk dat de overeenkomst daadwerkelijk ondertekend wordt. De stelling van een van de inschrijvers dat zijn offerte niet meer is dan een uitnodiging om in onderhandeling te treden wordt verworpen, omdat die stelling volgens de rechter haaks staat op het in het aanbestedingsrecht geldende transparantiebeginsel.<sup>363</sup>

In een arrest van het Hof Den Bosch staat de beëindiging van een contract door een zorgkantoor met een thuiszorgaanbieder wegens fraude centraal. Het hof laat in deze zaak in het midden of een naar aanleiding van een aanbesteding gecontracteerde partij ná expiratie van de overeenkomst nog een beroep kan doen op het aanbestedingsrechtelijke gelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel om daarmee te bewerkstelligen dat zij haar dienstverlening – gelijk aan andere aanbieders – mag continueren. Het hof constateert dat het zorgkantoor de overeenkomst rechtmatig heeft beëindigd.<sup>364</sup>

In een procedure voor de Rechtbank Rotterdam die betrekking heeft op onbetaalde facturen, werpt de gedaagde aanbestedende dienst de eiser tegen dat hij zich in het kader van enkele van haar aanbestedingsprocedures

357 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675.

358 Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 15 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA0341

359 Vrz. Rb. Noord-Holland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:9969.

360 Vrz. Rb. Noord-Holland 30 augustus 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:8245.

361 Vrz. Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 18 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6514.

362 Hof Amsterdam 10 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2858.

363 Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 14 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4936. Zie over de totstandkoming van overeenkomsten bij private aanbestedingsprocedures ook Rb. Amsterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ5795.

364 Hof Den Bosch 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3971.

schuldig heeft gemaakt aan bid-rigging. De schade die de aanbestedende dienst dientengevolge heeft geleden, dient in mindering te worden gebracht op de bedragen waarop eiser aanspraak maakt. Omdat de aanbestedende dienst niet wist te bewijzen dat eiser zich daadwerkelijk schuldig had gemaakt aan bid-rigging wordt het verweer door de rechter verworpen.<sup>365</sup>

Indien na een doorlopen aanbestedingsprocedure een van de raamcontractanten failliet gaat, dan mag de aanbestedende dienst niet ter vervanging van de failliete onderneming onderhands contracteren met de doorgestarte onderneming. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Limburg neemt daarbij onder meer in aanmerking dat de doorgestarte onderneming niet had deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, daarvoor geen kosten had hoeven maken en niet voldeed aan de in het kader van de aanbestedingsprocedure gestelde eisen. Indien de aanbestedende dienst onder die omstandigheden toestaat dat de doorgestarte onderneming achteraf partij wordt bij de raamovereenkomst, dan zouden het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel, zoals deze tijdens de aanbestedingsprocedure gelden, volstrekt zinloos zijn. De voorzieningenrechter acht het voorts niet relevant dat de doorgestarte onderneming was samengesteld uit de oude medewerkers, met het oude materieel werkte en gebruik kon maken van de al bestaande ervaring van de (oude) onderaannemers, omdat de doorgestarte onderneming een geheel nieuwe rechtspersoon was.<sup>366</sup>

In het geval een onderneming tijdens een aanbestedingsprocedure bewust onjuiste mededelingen doet over de voor de bouw van een computersysteem benodigde tijd, dan levert dat een grond op om de later met die onderneming gesloten overeenkomst te ontbinden.<sup>367</sup>

Nadat de gemeente Zoetermeer een overeenkomst die betrekking had op schoonmaakwerkzaamheden had

ontbonden wegens wanprestatie vorderde zij een schadevergoeding van de voormalige opdrachtnemer. De hoogte van de schade koppelde de gemeente aan de zogenoemde 'interim-periode'. Dit is de periode waarin de gemeente, gedurende het uitvoeren van een nieuwe aanbestedingsprocedure, duurdere schoonmaakdiensten bij een derde had afgenomen. De meerkosten die de gemeente binnen deze interim-periode moest maken, beschouwde zij als schade. Het Hof Den Haag stelt vast dat een vertraging in de nieuwe aanbestedingsprocedure niet te wijten is aan de wanprestatie van de voormalig contractant, zodat de interim-periode in duur wordt beperkt.<sup>368</sup>

Een aanbestedende dienst kan een leverancier van schoonmaakwerk niet houden aan een (ongebruikelijke) meetmethode voor de controle van schoonmaakwerk die niet in het bestek of programma van eisen stond vermeld.<sup>369</sup>

Het aanbestedingsrecht en meer in het bijzonder de doctrine over het wezenlijk wijzigen van overeenkomsten staat eraan in de weg dat een gesloten overeenkomst achteraf wordt uitgelegd op een voor de opdrachtnemer gunstige manier. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Brabant geeft (terecht) aan dat voorkomen moet worden dat de opdrachtnemer door een voor hem gunstige uitleg achteraf alsnog wordt bevoordeeld ten opzichte van andere inschrijvers.<sup>370</sup>

#### Over de auteur

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

365 Rb. Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7944.

366 Vزر. Rb. Limburg, locatie Roermond 17 mei 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482.

367 Vزر. Rb. Gelderland, locatie Zutphen 8 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:BZ9618.

368 Hof Den Haag 2 april 2012, ECLI:NL:GHDHA:2013:4722.

369 Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 9 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BY7776.

370 Vزر. Rb. Oost-Brabant, locatie Den Bosch 29 maart 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ6000.