

21 Kroniek Europese en nationale jurisprudentie aanbestedingsrecht 2014

MR. I.J. VAN DEN BERGE, MR. M.J. MUTSAERS, MR. T.G. ZWEERS-TE RAAIJ, MR. L.G.J. FIORILLI 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 2014, voor zover bij auteurs bekend, alsmede de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts, voor zover gepubliceerd.¹

Vergelijkbare kronieken over eerdere perioden werden in vorige nummers van dit tijdschrift gepubliceerd.² 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.³

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

1. Publiekrechtelijke instelling

Zorgverzekeraars

De heersende opvatting in de nationale rechtspraak is steeds geweest dat zorgverzekeraars niet als publiekrechtelijke instellingen worden beschouwd. In een spraakmakend

doel Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Pb. 2004, L 134/114), over het Bao indien wordt bedoeld het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Stb. 2005, 408) en over het Bass als wordt bedoeld het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Stb. 2005, 409). Ten slotte worden de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit op verzoek van de redactie voluit geschreven in de tekst.

- 1 Wij beschikken mogelijk niet over alle niet gepubliceerde vonnissen/arresten/uitspraken. 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; 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; Kroniek aanbestedingsjurisprudentie (over de periode januari-december 2013), mr. I.J. van den Berge, mr. M.J. Mutsaers, mr. T.G. Zweers-te Raaij, mr. A.B.B. Gelderman, TA 2014, afl. 2, p. 54-96.
- 3 In deze kroniek zal over Richtlijn worden gesproken indien wordt be-

- 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 op rechtspraak.nl, wordt zaaknummer en 'n.n.g.' vermeld.

vonnis van 19 juni 2014 van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant wordt die lijn doorbroken.⁵ Dat is des te opmerkelijker, omdat dezelfde rechter in 2012 nog oordeelde dat zorgverzekeraars privaatrechtelijke partijen zijn en dus niet aanbestedingsplichtig zijn.⁶

Het vonnis van 19 juni 2014 betreft een gezamenlijke inkoopprocedure van (o.a.) zorgverzekeraars CZ, Delta Lloyd en OHRA (hierna: CZ) voor de levering van stomamateriaal en bijbehorende dienstverlening. Hollister was het niet eens met de manier waarop CZ deze procedure heeft ingestoken, omdat zij en de overige producenten van stomamateriaal daardoor feitelijk zijn uitgesloten van deelname. Daardoor handelde CZ volgens Hollister in strijd met artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012 (clusterverbod en splitsingsgebod). Aan de beoordeling van die stelling wordt echter pas toegekomen, wanneer komt vast te staan dat CZ een publiekrechtelijke instelling is. De discussie spitte zich in dat kader toe op de vraag (i) of de behoeften waarin CZ voorziet al dan niet van commerciële of industriële aard zijn, en (ii) of CZ voor meer dan de helft met overheidsmiddelen wordt gefinancierd.

Op basis van een analyse van de toepasselijke wet- en regelgeving overweegt de rechter dat zorgverzekeraars, hoewel zij werkzaam zijn in een zekere mate van concurrentie, niet onder normale marktvoorwaarden actief zijn. Zorgverzekeraars dragen de met de uitoefening van hun activiteiten verbonden verliezen niet zelf, aldus de rechter. Daarbij komt dat CZ géén winstookmerk heeft. Verder wordt geconcludeerd dat de vereveningsbijdrage en rijksbijdrage die CZ ontvangt, meer dan de helft van haar inkomsten vormen. Daar staat volgens de rechter géén specifieke (contractuele) tegenprestatie tegenover, althans dat heeft CZ niet laten zien. Vervolgens wordt geoordeeld dat CZ in strijd met artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012 heeft gehandeld, reden waarom zij wordt geboden de inkoopprocedure te staken.

Dit oordeel heeft naar verwachting forse consequenties, alhoewel bij iedere zorgverzekeraar individueel zal moeten worden beoordeeld hoe de situatie is. Het oordeel impliceert namelijk dat zorgverzekeraars (en zorgkantoren) hun opdrachten conform de strakke(re) regels van de Aanbestedingswet 2012 en de bijbehorende Gids Proportionaliteit (Europees) moeten aanbesteden. Het verbaast dan ook niet dat CZ hoger beroep heeft ingesteld.

De eerste schermutselingen in appel hebben inmiddels tot een tweetal tussenarresten geleid. In het eerste arrest wordt de vordering van CZ tot schorsing van de executie van het vonnis van de voorzieningenrechter afgewezen en worden Zorgverzekeraars Nederland, Zilveren Kruis

Achmea Zorgverzekeringen N.V. en OZF Achmea Zorgverzekeringen N.V. toegelaten als tussenkomende partijen.⁷ Zij hebben volgens het hof vooralsnog voldoende belang bij een spoedige beslissing in dit hoger beroep om aan de ontstane onduidelijkheid over de rechtmatigheid van hun inkoopprocedures een einde te maken. In het tweede tussenarrest worden de Nederlandse Stomavereniging, de Vereniging Nederlandse Brancheorganisatie voor Medische Technologie (FHI) en de Nederlandse Federatie van Producenten, Importeurs en Handelaren in Medische Producten NEFEMED toegelaten als gevoegde partijen aan de zijde van Hollister.⁸ Beide tussenarresten worden verderop in deze kroniek in het kader van het onderwerp rechtsbescherming nader besproken.

Als gevolg hiervan wordt een inhoudelijk eindarrest in de CZ-zaak niet eerder dan begin 2015 verwacht.

In de periode na 19 juni 2014 is de vraag of een zorgverzekeraar al dan niet een aanbestedende dienst is nog enkele malen aan de rechter voorgelegd. Het interessantste vonnis is dat van de Haagse Voorzieningenrechter van 16 september 2014.⁹ Daarin wordt namelijk als voorlopig oordeel uitgesproken dat zorgverzekeraar Achmea c.s. géén publiekrechtelijke instelling is. Daarmee staat dit vonnis haaks op dat in de CZ-zaak.

Ook in deze zaak spitst de discussie zich toe op de vraag (i) of Achmea specifiek ten doel heeft om te voorzien in behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard, én (ii) of haar activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd. De Haagse Voorzieningenrechter concludeert dat Achmea wél is opgericht om te voorzien in behoeften van commerciële aard. Daarnaast wordt geoordeeld dat de bijdrage die Achmea ontvangt vanuit het Zorgverzekeringsfonds (Zvf) niet als overheidsuitgave moet worden aangemerkt, zodat Achmea om die reden voor minder dan 50 procent door de overheid wordt gefinancierd. Relevant in dit kader acht de rechter het argument van Achmea dat de inkomensafhankelijke eigen bedragen die naar het Zvf worden overgemaakt, uitsluitend door de Belastingdienst namens de burgers aan de zorgverzekeraars worden uitbetaald. De Belastingdienst en het Zvf zijn volgens Achmea wat dat betreft dus niet meer dan een doorgeefluik tussen burgers en zorgverzekeraars, zodat niet kan worden gesproken van een overheidsuitgave. Omdat eiseres onvoldoende tegen dat verweer heeft ingebracht, gaat de rechter uit van de juistheid van die stelling van Achmea. Bovendien zou volgens de voorzieningenrechter tegenover de vereveningsbijdrage een tegenprestatie staan (namelijk: het leveren van de verzekerde prestatie), zodat niet kan worden gezegd dat Achmea grotendeels wordt bekostigd uit staatsmiddelen. Om die reden is volgens de

5 Vrz. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205.

6 Vrz. Rb. Breda 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY0511.

7 Hof Den Bosch 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2804.

8 Hof Den Bosch 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4470.

9 Vrz. Rb. Den Haag 16 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12542. In deze zaak is naar wij hebben begrepen gewoon appel ingesteld.

rechter ook niet aan het financieringscriterium voldaan.

Dit vonnis is dus weer in lijn met de eerdere, heersende opvatting in de rechtspraak. Om die reden heeft de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland zich bij dit vonnis aangesloten: zolang de Hoge Raad niet anders heeft beslist, gaat deze voorzieningenrechter ervan uit dat een zorgverzekeraar niet is te beschouwen als aanbestedende dienst.¹⁰ Bij deze zaak zijn overigens onder andere zorgverzekeraars VGZ en Univé betrokken. Ook de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland heeft zich bij het Haagse vonnis van 16 september 2014 aangesloten in een zaak waarbij onder andere zorgverzekeraar Achmea betrokken is.¹¹ In een andere zaak wordt in het midden gelaten of zorgverzekeraar Menzis c.s. een publiekrechtelijke instelling is. Kort gezegd omdat dit voor de beslissing van de zaak niet uitmaakt.¹² In de laatste hier te noemen zaak is een enigszins vergelijkbaar oordeel te vinden. Opmerkelijk is echter dat het in die zaak om de contractering van farmaceutische zorg door zorgverzekeraar CZ gaat en dat de rechter erop wijst dat het vonnis in de CZ-zaak in de literatuur kritisch is ontvangen, dat er hoger beroep is ingesteld en dat het vonnis in die zaak niet zonder meer is gevolgd door andere rechters.¹³

Het gevolg van deze uitspraken is dat de rechtsonzekerheid die is ontstaan naar aanleiding van de CZ-zaak nog wel even zal voortduren. Totdat het Hof Den Bosch en vervolgens eventueel de Hoge Raad, al dan niet na beantwoording van prejudiciële vragen door het HvJ EU, de knoop doorhakken, hebben zorgaanbieders in ieder geval munitie in handen om inkoopprocedures van zorgverzekeraars aan te vechten.¹⁴

b. Publiekrechtelijke instelling overig

In 2014 zijn er ook zaken verschenen waarin de vraag aan bod komt of andersoortige entiteiten moeten worden beschouwd als publiekrechtelijke instellingen. Zo wordt in een vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland geoordeeld dat niet aannemelijk is geworden dat de stichting Zorggroep Almere, een aanbieder van eerstelijns gezondheidszorg, aanbestedingsplichtig is en dat zij ook niet is gelijk te stellen met aanbestedingsplichtige diensten, instellingen of bedrijven.¹⁵ Een nadere motivering ontbreekt helaas. In een interessant advies van de CvA wordt de vraag beantwoord of de 21 basisscholen verenigd in een koepelorganisatie zelfstandige

aanbestedende diensten zijn.¹⁶ Dit in verband met het voornemen van de koepel om nieuwe overeenkomsten voor schoonmaakdiensten voor vier van die scholen aan te gaan door middel van een meervoudig onderhandse procedure. Klager stelde zich op het standpunt dat alle schoonmaakdiensten voor de onder de koepelorganisatie vallende scholen moeten worden samengevoegd en (Europees) moeten worden aanbesteed. De CvA komt tot de conclusie dat de scholen die ressorteren onder beklagde niet zijn aan te merken als zelfstandige aanbestedende diensten en dat op beklagde een Europese aanbestedingsplicht rust. In verband met dat eerste toetst de CvA aan de vier voorwaarden die zijn opgenomen in een OC&W-mededeling van 4 mei 2005, die een toelichting geeft op de voorlichtingsbrochure ‘Leidraad voor Europees Aanbesteden’ van het CFI, een uitvoeringsorganisatie van het ministerie: (i) decentralisatie van inkoop-eenheden, (ii) scheiding van budgetten, (iii) voorziening in eigen behoefte en (iv) geen bemoeienis van ‘moeder’.¹⁷ Tot slot werd in een andere zaak betoogd dat de CvA de desbetreffende klacht niet in behandeling kon nemen, omdat beklagde géén aanbestedende dienst was.¹⁸ De CvA laat in het midden of beklagde al dan niet een publiekrechtelijke instelling is, omdat dit voor haar bevoegdheid in deze zaak niet relevant is. Volgens de CvA is zij namelijk ook bevoegd wanneer het gaat om handelen of nalaten van een andere partij voor zover het handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt. En dat is hier volgens de CvA aan de orde. Beklaagde had namelijk verklaard dat zij zich in een met het ministerie gesloten samenwerkingsovereenkomst had verbonden tot het in acht nemen van de aanbestedingsregels zoals die voor het ministerie gelden, telkens wanneer beklagde in het kader van de uitvoering van die overeenkomst met derden contracteerde.

2. Overheidsopdracht

a. Overheidsopdracht/raamovereenkomst

In de nationale jurisprudentie is de uitleg van het begrip ‘bezwarende titel’ aan de orde geweest.¹⁹ Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt allereerst dat het vervoer en het verwerken van ingezameld oud papier een gemeentelijke verantwoordelijkheid betreft; als de gemeente deze taak door derden – niet zijnde een andere overheid – laat verrichten is derhalve mogelijk sprake van een overheidsopdracht. Daarvoor is (onder meer) relevant of de werkzaamheden onder ‘bezwarende titel’ geschieden, zo volgt uit de definitie van ‘overheidsopdracht’ in artikel 1 sub j Bao. Het hof oordeelt dat de tegenprestatie die de gemeente in dit geval krijgt, te weten het vervoer en het verwerken van een afvalstroom waarvoor de gemeente

10 Vsr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 27 oktober 2014, C/05/270350 / KG ZA 14-474 en C/05/270554 / KG ZA 14-482 (n.n.g.).

11 Vsr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 5 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6753.

12 Vsr. Rb. Den Haag 12 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12094.

13 Vsr. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 23 december 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:11196.

14 Voor meer informatie over dit onderwerp: JAAN 2015, aflevering 1, p. 7 e.v.; JAAN 2014/216, JAAN 2014/174 en JAAN 2014/137.

15 Vsr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 24 december 2014, C/16/382611 / KG ZA 14-903 (n.n.g.).

16 CvA 17 juli 2014, advies 94.

17 In het advies is de volgende link opgenomen: http://www.acct.cfi.nl/Public/CFI-online/Images/e505042v_tcm2-28847.pdf.

18 CvA 9 oktober 2014, advies 147.

19 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2878.

verantwoordelijk is, een voldoende tegenprestatie is die als bezwarende titel kwalificeert. Dat de gemeente per saldo niet hoefde te betalen voor deze dienst, omdat de afvalstroom oud papier zelf een intrinsieke waarde vertegenwoordigt, was in dit verband niet van belang.²⁰

Ook in de Europese jurisprudentie is de uitleg van het begrip ‘bezwarende titel’ aan de orde geweest.²¹ Het HvJ EU heeft geoordeeld dat voor het aanwezig zijn van een ‘bezwarende titel’ niet van belang is dat de raamovereenkomst en de daaruit voortvloeiende bijzondere overeenkomsten niet voorzien in andere betalingen aan de vrijwilligersorganisaties dan in de terugbetaling van de kosten. Daarbij doet niet ter zake of de kosten, die door de overheidsinstanties moeten worden vergoed, alleen betrekking hebben op onkosten die rechtstreeks verband houden met het verrichten van de betrokken diensten, dan wel tevens zien op een deel van de algemene kosten.

b. Splitsingsgebod/clusterverbod

Volgens artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet 2012 voegt een aanbestedende dienst opdrachten niet onnodig samen. De CvA leest dit aldus dat sprake is van een verbodsbepaling.²² De tweede zin van dit artikellid bevat de instructie voor aanbestedende diensten om, alvorens opdrachten samen te voegen, acht te slaan op de volgende aspecten:

- a. de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het mkb;
- b. de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst (...) en de ondernemer; en
- c. de mate van samenhang van de opdrachten.

Van een onnodige samenvoeging is volgens de CvA sprake wanneer de uitvoering van de hiervoor bedoelde instructie door de aanbestedende dienst een resultaat oplevert dat de beslissing tot samenvoegen niet kan dragen. Het resultaat van de uitvoering van de instructie moet blijken uit de motivering waarmee een aanbestedende dienst de beslissing tot samenvoegen – gelet op diens motiveringsplicht van artikel 1.5 lid 2 Aanbestedingswet 2012 – moet onderbouwen.

Indien de aanbestedende dienst samenvoeging van opdrachten toch nodig acht, moet deze samengevoegde opdracht volgens artikel 1.5, lid 3, Aanbestedingswet 2012 worden opgedeeld in percelen.²³ Het afzien van een splitsing in percelen kan disproportioneel zijn. Dat is bijvoorbeeld

het geval wanneer sprake is van een omvangrijke opdracht die niet is opgedeeld in percelen waardoor een belangrijk deel van de markt wordt uitgesloten. In het geval een aanbestedende dienst de opdeling in meerdere percelen niet passend acht, dient dit te worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken.²⁴

De voorzieningenrechter is in de reeds besproken CZ-zaak van oordeel dat de aanbestedende dienst niet voldoende heeft gemotiveerd waarom hij het opdelen van de opdracht in meerdere percelen niet passend acht. De opdracht wordt uitgevoerd door zeventien opdrachtnemers. Op grond hiervan is sprake van een omvangrijke opdracht waarbij het opdelen van de opdracht in percelen heel goed mogelijk was. Het enkele feit dat de aanbestedende dienst kosten wilde besparen, vormt onvoldoende motivering om slechts één leverancier de opdracht te gunnen. Hiertegenover stonden namelijk de belangen van meerdere (potentiële) leveranciers die van de markt dreigden te worden uitgesloten. Artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012 beoogt een dergelijke situatie juist te voorkomen, aldus de rechter.²⁵

Het is een aanbestedende dienst toegestaan om twee percelen te ‘koppelen’, omdat door die koppeling één partij verantwoordelijk wordt voor een optimale samenwerking van de bedienterminal met de mobilifoons. Die rechtvaardiging kan volgens de rechter worden gevonden in het feit dat de aanbestedende dienst gemotiveerd had betoogd dat hij heeft ervaren dat bij onvoldoende afstemming tussen de bedienterminal en de mobilifoons de leveranciers van mobilifoons en terminal naar elkaar wijzen. In voorkomend geval wenste de aanbestedende dienst daarom één leverancier aan te kunnen spreken ter bevordering van een snelle oplossing van mogelijke problemen. Dat om die reden slechts één partij op deze gekoppelde percelen kon inschrijven, is (kennelijk) niet relevant. Wel acht de rechter van belang dat de enige andere inschrijver, die ook al met de ontwikkeling van de bedienterminal was begonnen, meer tijd had moeten krijgen om alsnog de gevraagde functionaliteit te kunnen ontwikkelen. Om die reden is sprake van strijd met het proportionaliteitsbeginsel, omdat de inschrijftermijn daarvoor te kort was.²⁶

In een andere zaak wordt de beslissing van de aanbestedende dienst om de aanbesteding niet op te delen in percelen, maar om al het vervoer bij één vervoerder onder te brengen, redelijk geacht door de rechter, omdat de aanbestedende dienst dat (onder meer) uit het oogpunt van reizigersgemak

20 Anders Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 27 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4421, waarin de bezwarende titel ontbrak, omdat de werkzaamheden en de daaraan verbonden risico's niet met overheidsmiddelen werden gefinancierd.

21 HvJ EU 11 december 2014, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440.

22 CvA 3 december 2014, advies 159 en CvA 22 juli 2014, advies 125.

23 CvA 17 juli 2014, advies 94.

24 CvA 24 januari 2014, advies 53.

25 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205; CvA 23 januari 2014, advies 43 en CvA 8 juli 2014, advies 117, waarin de vraag of sprake is van een onnodige samenvoeging van opdrachten beantwoord wordt aan de hand van de criteria in art. 1.5, lid 1, tweede zin Aanbestedingswet 2012.

26 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 27 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3579. Dit vonnis is op onderdelen hersteld, hetgeen heeft geleid tot een aanpassing van het dictum: Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 2 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3962.

wenselijk vindt.²⁷

c. Percelenregeling

Een gemeente die zich achteraf beroept op de uitzondering van artikel 9 lid 8 onder b Bao (de percelenregeling) overtuigt de rechter niet van het feit dat sprake zou zijn van percelen die gelijktijdig in afzonderlijke percelen zijn gegund. Het vereiste van gelijktijdigheid is van belang voor de vraag of de gemeente gebruik mocht maken van de percelenregeling, zo volgt uit artikel 9 lid 6 Bao. Aangezien de aanbesteding van de renovatiewerkzaamheden in april 2010 was aangekondigd, er tijdens een intern overleg in mei 2011 was besloten om de audio-installatie onderhands aan te besteden en de aanbesteding van de audio-installatie vervolgens in mei 2012 had plaatsgevonden, kon niet worden gesproken van het gelijktijdig in afzonderlijke percelen gunnen van overheidsopdrachten, aldus de Rotterdamse Voorzieningenrechter.²⁸

3. Overheidsopdracht voor werken/gebiedsontwikkeling

In een Europese zaak stond een voorovereenkomst tot verhuur gelijk aan een overheidsopdracht voor werken. Dat volgde uit het feit dat het hoofdvoorwerp van die overeenkomst de verwezenlijking (met de realisatie was nog niet begonnen) van een bouwwerk (een nieuw gerechtsgebouw) betrof, dat voldeed aan de door de aanbestedende dienst omschreven eisen. Die eisen betroffen de verschillende technische en technologische kenmerken van het gerechtsgebouw, de specifieke eisen van elk van de rechterlijke instanties, zoals het vereiste aantal bureaus en zittingzalen, vergaderzalen en dergelijke en enkele gemeenschappelijke eisen, zoals de omvang van de parkeergelegenheden op de parkeerterreinen. Dit pakket van eisen stelde een aanbestedende dienst in staat om een beslissende invloed op het ontwerp van het te realiseren bouwwerk uit te oefenen, aldus het HvJ EU.²⁹

In een nationale uitspraak ging het om het renoveren en ombouwen van een voormalige energiecentrale tot een centrum voor podiumkunsten. Het nieuw te bouwen Energiehuis kon slechts als zodanig en als één technisch en functioneel geheel functioneren als het gebouw was voorzien van theatertechnische werken, zoals een audio-installatie. De verschillende opdrachten stonden dus niet op zichzelf, maar maakten alle deel uit van hetzelfde project inzake het Energiehuis. Met de betrokken werkzaamheden werd hetzelfde doel nagestreefd, namelijk de transformatie van een voormalige energiecentrale tot een centrum voor podiumkunsten. De rechtbank oordeelt om die reden dat sprake is van één werk in de zin van het Bao.³⁰

4. 2B-diensten

In het jaar 2014 is er maar één relevante uitspraak verschenen over 2B-diensten en wel van het HvJ EU.³¹ In deze zaak waren medische spoed- en noodvervoersdiensten aan de orde waarvan het HvJ EU aangeeft dat deze diensten zowel een 2A-aspect bevatten, namelijk het vervoersgedeelte, als een 2B-aspect, te weten het medische aspect. In dat geval is artikel 22 Richtlijn van toepassing, dat bepaalt dat moet worden gekeken naar de waarde van de 2A-diensten en van de 2B-diensten. In dit geval was de waarde van de (medische) 2B-diensten hoger dan die van de (vervoers) 2A-diensten. Dan gelden, aldus het HvJ EU, alleen de artikelen 23 en 35 lid 4 Richtlijn. Het HvJ EU voegt daaraan toe dat voor 2B-diensten geldt dat zij, gelet op hun specifieke aard, *a priori*, geen voldoende grensoverschrijdend belang hebben. Maar het transparantie- en gelijkheidsbeginsel geldt dan nog wel voor zover de activiteiten die in de opdracht vervat zijn en waarvan alle relevante elementen zich geheel in één lidstaat afspelen, toch een grensoverschrijdend belang vertonen. De nationale rechter moet dat onderzoeken. Het HvJ EU overweegt daarbij dat het bestaan van klachten van in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers een aanwijzing kunnen zijn, mits wordt nagegaan of het werkelijke klachten en geen schijnklachten betreft. Het HvJ EU voegt daaraan toe dat met het gegeven van een grote economische waarde en het indienen door een aantal marktdeelnemers van een klacht bij de Europese Commissie (in een andere zaak) een duidelijk grensoverschrijdend belang niet was aangetoond.

Kortom: het HvJ EU legt hiermee bij de nationale rechter een behoorlijke taak neer als het gaat om het onderzoek dat hij dient te verrichten ten aanzien van de vraag of er een duidelijk grensoverschrijdend belang is. Klachten als zodanig zijn niet genoeg, het moet gaan om werkelijke klachten. De enkele waarde van de opdracht is ook niet voldoende om een duidelijk grensoverschrijdend belang aan te nemen, omdat immers B-diensten naar hun aard een dergelijk grensoverschrijdend belang niet hebben, dus dan zou de waarde ook niet uit moeten maken (zo lijkt de redenering van het HvJ EU).

5. Wezenlijke wijziging

Als de samenstelling van een samenwerkingsverband van gunning (maar vóór ondertekening van de overeenkomst) wijzigt, dan betreft dat een wezenlijke wijziging op het moment dat die samenstelling van het samenwerkingsverband beslissend was voor de gunningsbeslissing. Op grond daarvan moet die onregelmatigheid worden hersteld door (eventueel) een nieuwe aanbestedingsprocedure te volgen, aldus het HvJ EU.³²

27 Vrz. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 16 oktober 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8758.

28 Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2622.

29 HvJ EU 10 juli 2014, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067.

30 Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2622.

31 HvJ EU 11 december 2014, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440.

32 HvJ EU 8 mei 2014, C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307.

Van een wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht is op grond van het Pressetext-arrest³³ onder meer sprake wanneer die wijziging voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot (i) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot (ii) de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen, en ook (iii) wanneer zij het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.³⁴

Dat partijen een duurzame verwerking van gft-afval als aanpassing in de overeenkomst belangrijk vonden, is onvoldoende om te kwalificeren als wezenlijke wijziging, omdat die wijziging eerder tot gevolg had dat opdrachtnemer duurzamer en duurder moest werken dan duurzamer en goedkoper. Een wijziging die het economisch evenwicht van een overeenkomst inzake aanbesteding niet in het voordeel van de opdrachtnemer wijzigt, hoe belangrijk die in economisch opzicht ook voor de opdrachtgever is, houdt dan ook geen wezenlijke wijziging in.³⁵

Van een wezenlijke wijziging is wel sprake als een aanbestedende dienst achteraf – dus nadat een partij is geselecteerd – en in strijd met de eerdere uitgangspunten alsnog financieel bijdraagt aan het te verwezenlijken plan. Als gevolg van de verwerving door de aanbestedende dienst van de parkeergarage en de passage veranderde namelijk het economisch evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer. Dat volgt uit het feit dat de geselecteerde partij minder financiering nodig heeft, waardoor de kans groter is geworden dat de financiering voor het resterende deel van de ontwikkeling rond wordt gekregen en er daardoor op korte termijn kan worden gestart met de werkzaamheden. Door de andere inschrijver vervolgens niet in de gelegenheid te stellen – met inachtneming van de aangepaste uitgangspunten – een nieuwe offerte in te dienen, had de aanbestedende dienst in strijd met het gelijkheidsbeginsel en derhalve onrechtmatig jegens die andere inschrijver gehandeld.³⁶

6. Uitzonderingen op en aanbestedingen buiten Richtlijn/Aanbestedingswet 2012

a. Opdrachten onder drempelwaarde

In het geval van een onderdrempelige opdracht, waarbij vrijwillig een nationale aanbesteding is gehouden en het ARW (2005) van toepassing is verklaard, is de aanbesteding gehouden aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, ook indien de aanbesteding een private partij

is.³⁷ Dat betekent dat deze aanbesteding zich moet houden aan de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, hetgeen bij een aanbesteding als de onderhavige onder meer betekent dat hij gehouden is de verschillende aanbieders gelijk te behandelen en het transparantiebeginsel in acht te nemen.

Bij een aanbesteding voor schoonmaakdiensten waarbij 21 scholen betrokken waren, was geen sprake van 21 onderdrempelige opdrachten maar van één bovendrempelige opdracht omdat de waarde van die 21 opdrachten bij elkaar moest worden opgeteld, aangezien de scholen niet als zelfstandige eenheden konden worden beschouwd.³⁸

Een niet alledaagse vraag deed zich voor in een arrest van het Hof Den Bosch,³⁹ namelijk of op een nationale openbare procedure voor een onderdrempelige opdracht voor een werk, welke procedure formeel op 22 maart 2013 was gestart (dus vóór inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012) en waarna vervolgens in september 2013 een onderhandelingsprocedure was gestart, de oude wetgeving van toepassing was of de nieuwe, omdat met de onderhandelingsprocedure een nieuwe aanbestedingsprocedure was gestart. In dat laatste geval zou op de procedure de Aanbestedingswet 2012 van toepassing zijn, waarbij het hof opmerkt dat hoofdstuk 2 dan niet geldt omdat immers sprake is van een onderdrempelige opdracht. Partijen worden in de gelegenheid gesteld zich onder meer over dit punt bij akte uit te laten. Wordt dus vervolgd in de volgende kroniek.

Ten slotte heeft het HvJ EU⁴⁰ wederom bevestigd dat voor onderdrempelige opdrachten de Richtlijn niet geldt, maar indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang de fundamentele regels en algemene beginselen (transparantie- en gelijkheidsbeginsel) van het VWEU wel gelden. Het is aan de nationale rechter om te onderzoeken of een duidelijk grensoverschrijdend belang aanwezig is.⁴¹

b. Concessies voor diensten

In een arrest van het HvJ EU kwam niet aan de orde de vraag of sprake was van een concessie voor diensten of een overheidsopdracht, omdat het aan de nationale rechter is om dat te bepalen, maar bevestigt het HvJ EU bestendige jurisprudentie dat bij een concessie met een duidelijk grensoverschrijdend belang het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel, voortvloeiend uit het VWEU, moeten worden gerespecteerd.⁴²

33 HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06, ECLI:EU:C:2014:351.

34 Hof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028, CVA 13 juni 2014, advies 105 en CVA 19 september 2014, advies 142.

35 Hof Den Bosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281.

36 V.zr. Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3456.

37 V.zr. Rb. Amsterdam 25 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2540.

38 CVA 17 juli 2014, advies 94.

39 Hof Den Bosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4359.

40 HvJ EU 18 december 2014, C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469.

41 HvJ EU 11 december 2014, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, als besproken in paragraaf 4 van deze kroniek.

42 HvJ EU 6 november 2014, C-42/13, ECLI:EU:C:2014:2345.

c. *Quasi-inhouse en andere publiek-publieke samenwerking*

De quasi-inhouse-uitzondering kwam slechts zijdelings aan de orde in een arrest van het Hof in Den Bosch. Kennelijk stond tussen partijen vast dat aan de voorwaarden daarvoor was voldaan in de situatie die zich had voorgedaan, namelijk aandeelhouderschap van gemeenten in een bepaalde entiteit. Echter, deze situatie wijzigde later, waarna niet meer voldaan was aan de voorwaarden.⁴³ Uit deze uitspraak valt weinig interessants voor de praktijk op dit punt te destilleren.

Twee arresten van het HvJ EU verdienen bespreking.⁴⁴

Het betreft ten eerste een arrest⁴⁵ waarin de vraag rees of in een zogenaamde *horizontale* quasi-inhousere relatie de uitzondering ook van toepassing was. Het antwoord daarop luidt ontkenkend, aldus het HvJ EU. Met andere woorden: als een aanbestedende dienst toezicht houdt op twee entiteiten, dan is het niet zo dat die entiteiten aan elkaar opdrachten kunnen verlenen die van de aanbestedingsplicht vrijgesteld zijn. De ene entiteit oefent immers geen toezicht uit op de andere entiteit (en vice versa).

Het tweede arrest betrof de situatie waarin, anders dan in de meeste quasi-inhouse-uitspraken, geen vennootschap met kapitaal de entiteit was waaraan men opdrachten wenste te verlenen, maar een vereniging van algemeen nut zonder winstoogmerk waarvan de meerderheid van de leden aanbestedende diensten waren.⁴⁶ Het HvJ EU overweegt dat het feit dat de entiteit aan wie de opdracht wordt verleend een privaatrechtelijke vereniging is en geen winst nastreeft, niet relevant is voor de toepassing van het VWEU en dus ook niet voor de toepassing van de quasi-inhouserechtspraak.

Relevant is wel of de betreffende entiteit zich laat leiden door overwegingen die verband houden met haar eigen particuliere belangen, die immers verschillen van de door de aanbestedende dienst nagestreefde doelstellingen van algemeen belang. Dat het HvJ EU in eerdere arresten begrippen als ‘onderneming’ en ‘maatschappelijk kapitaal’ heeft gehanteerd betekent niet dat het HvJ EU het arrest heeft willen beperken tot gevallen waarin handelsondernemingen met een winstoogmerk aandeelhouder waren in de entiteit aan wie de opdracht werd verleend.

Samengevat is dus de voorwaarde voor toepasselijkheid van de quasi-inhouse-uitzondering dat de entiteit aan wie de opdracht wordt verleend zich niet laat leiden

door overwegingen die verband houden met haar eigen particuliere belangen. Dat is het geval als er sprake is van privékapitaal in een vennootschap (hoe klein het aandeel ook is) en dat is eveneens het geval als er sprake is van particuliere leden die lid zijn van een vereniging, aan welke de opdracht wordt verleend.

d. *Horizontale samenwerking*

Er is weinig te melden op het front van de horizontale samenwerking. Zijdelings kwam deze jurisprudentiële uitzondering ter sprake in een arrest van het Haagse Hof.⁴⁷ Daarin wordt overwogen dat uit het Stadtreiniging Hamburg-arrest⁴⁸ niet kan worden afgeleid dat een samenwerking tussen de Staat en lagere overheden met betrekking tot het nationaal wegenbestand (een digitaal geografisch bestand van alle wegen in Nederland) in strijd zou zijn met de regels van het aanbestedingsrecht. Helaas laat het hof het daar bij.

7. Aanbestedingsprocedures

a. *Algemeen*

Een algemene overweging ten aanzien van het voeren van een aanbestedingsprocedure met als gunningscriterium ‘emvi’ is te vinden in een advies van de CvA.⁴⁹ Daarin overweegt de CvA dat als het gunningscriterium ‘emvi’ wordt gehanteerd een aanbestedende dienst verschillende criteria moet toepassen die verband houden met het voorwerp van de opdracht, waarna de criteria zoals genoemd in artikel 2.115 Aanbestedingswet 2012 worden opgesomd. Wat niet is toegestaan is om bij het gunningscriterium ‘emvi’ een opdracht te gunnen enkel en alleen op basis van het ‘nadere’ criterium prijs, dus niet op basis van ‘inschrijfsom’ en ‘varianten’, omdat deze een nadere uitwerking vormen van het prijscriterium. Daarmee is in feite sprake van toepassing van het criterium ‘laagste prijs’.

Daar waar een aanbestedende dienst het gunningscriterium ‘emvi’ hanteert, heeft hij een ruime discretionaire bevoegdheid bij de vaststelling en beoordeling van de (sub)gunningscriteria. De voorzieningenrechter beoordeelt dan nog (slechts) of de aanbestedende dienst, gegeven die bevoegdheid, bij de aanbestedingsprocedure de daaraan te stellen eisen van proportionaliteit, transparantie en non-discriminatie heeft geschonden.⁵⁰

b. *Concurrentiegerichte dialoog*

Er is slechts één uitspraak beschikbaar waarbij de concurrentiegerichte dialoog was gevolgd.⁵¹ Kennelijk ontstaan er weinig geschillen indien deze procedure wordt gevolgd (wij

43 Hof Den Bosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281.

44 Interessant is overigens dat het HvJ EU zelf de term ‘inhouse’ hanteert waar in de literatuur over ‘quasi-inhouse’ wordt gesproken. Van quasi-inhouse (‘bijna’ inhouse) wordt meestal gesproken als het niet daadwerkelijk opdrachtverlening in eigen beheer betreft en indien een opdracht van de aanbestedende dienst aan een entiteit ‘als ware het in eigen beheer’ wordt verstrekt.

45 HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303.

46 HvJ EU 19 juni 2014, C-574/12, ECLI:EU:C:2014:2004.

47 Hof Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3702.

48 HvJ EU 9 juni 2009, C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357.

49 CvA 27 januari 2014, advies 48.

50 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 27 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3579.

51 Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 1 december 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:7463.

zijn er namelijk mee bekend dat een aantal aanbestedende diensten geregeld deze procedure hanteert). Het betrof een aanbesteding van een waterschap voor het ontwerp en de realisatie van een energiezuinige rioolwaterzuivering. De discussie in dit geschil had verder geen betrekking op de vraag of de concurrentiegerichte dialoog wel of niet goed was gevolgd dus hieruit kunnen op dat gebied geen lessen worden getrokken.

c. Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

Helaas geen inhoudelijke overwegingen over de eisen aan en/of kenmerken van de onderhandelingsprocedure bevat een vonnis waarin aanbestedder een dergelijke procedure zonder voorafgaande bekendmaking had gevolgd.⁵² Het enige dat de rechter op dit punt overweegt, is dat de artikelen 6.1 tot en met 6.32 ARW 2005 van toepassing waren.

Ook in een andere procedure waarin aanbestedder na eerst een openbare procedure te hebben gevolgd was overgegaan tot de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omdat de ontvangen offertes te hoog waren, gaat het hof niet in op de kenmerken van een dergelijke procedure.⁵³

d. Meervoudig onderhandse procedure

In geval van een meervoudig onderhandse procedure, waarop de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is omdat deze gestart is voor 1 april 2013, is de aanbestedende dienst wel gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen, en daarmee het transparantie- en gelijkheidsbeginsel.⁵⁴

Als het gaat om een meervoudig onderhandse procedure waarop de Aanbestedingswet 2012 wel van toepassing is, dan gelden niet alleen de artikelen 1.14, 1.15 en 1.16 Aanbestedingswet 2012, maar is de aanbestedende dienst verder nog steeds onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen, en dus het transparantie- en gelijkheidsbeginsel.⁵⁵ De Bredase Voorzieningenrechter schaarft het fair-playbeginsel onder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁵⁶

Een aanbestedende dienst is ook in het geval van een meervoudig onderhandse procedure verplicht het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen

en deze beginselen impliceren dat een aanbestedende dienst gehouden is aan de beoordelingssystematiek die hij bekend heeft gemaakt. Genoemde beginselen brengen eveneens met zich dat niet voor een herbeoordeling mag worden gekozen, indien daartoe geen noodzaak bestaat.⁵⁷

Een bijzonder geval vormde de uitgifte in erfpacht van gronden in de gemeente Amsterdam waarvoor zij een openbare inschrijvingsprocedure volgde, met prijs- en kwaliteitsaspecten en een selectiebrochure.⁵⁸ Ook in een dergelijke procedure diende de gemeente zich te gedragen overeenkomstig de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Nu zij bovendien had gekozen voor een met een aanbestedingsprocedure vergelijkbare openbare inschrijvingsprocedure, diende zij ook overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid te handelen, hetgeen bij een procedure als deze onder meer betekent, aldus de voorzieningenrechter, dat zij gehouden is de verschillende inschrijvers gelijk te behandelen en het transparantiebeginsel in acht te nemen.

Dezelfde regel geldt in een selectieprocedure van het stadsdeel West van de gemeente Amsterdam, waarbij het heeft gekozen voor het uitschrijven van een selectieprocedure waarin het gericht partijen heeft uitgenodigd om een ontwikkelplan op hoofdlijnen in te dienen.⁵⁹ En het geldt ook voor een vereniging van basisscholen die een architectenselectie hield die in formele zin geen aanbestedingsprocedure was, maar gelet op de wijze waarop deze was vormgegeven materieel bezien hieraan gelijk te stellen moest worden.⁶⁰

Samengevat komt het erop neer dat, ongeacht hoe de aanbestedende dienst de procedure noemt, of het nu meervoudig onderhands heet, of selectieprocedure, of ook als er geen naam aan wordt gegeven: op het moment dat er meerdere partijen worden uitgenodigd moet de aanbestedende dienst er rekening mee houden dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn en het transparantie- en gelijkheidsbeginsel als inkleuring van de redelijkheid en billijkheid in de precontractuele verhoudingen.

De CvA heeft in een advies⁶¹ overwogen dat in geval van een meervoudig onderhandse procedure artikel 1.16 Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria stelt aan de inschrijvers en aan de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Ook al geldt het strikt genomen niet voor gunningscriteria, de

52 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 4 april 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:2636.

53 Hof Den Bosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4359.

54 Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 12 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:710.

55 Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 7 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5503.

56 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007.

57 CvA 14 november 2014, advies 155. De CvA sluit hierbij aan bij een uitspraak van de Vزر. van de Rb. Noord-Holland van 25 oktober 2013 (ECLI:NL:2013:RBNHO:2013:9969).

58 Vزر. Rb. Amsterdam 19 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:9336.

59 Vزر. Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3456.

60 Vزر. Rb. Den Haag 28 mei 2014, C/09/463181/ KG ZA 14-391(n.n.g.).

61 CvA 24 april 2014, advies 70.

CvA vindt dat een aanbestedende dienst het proportionaliteitsbeginsel ook bij gunningscriteria in acht dient te nemen. De CvA baseert dit op de gedachte dat artikel 1.16 Aanbestedingswet 2012 geen limitatief karakter heeft en op het gegeven dat zowel de Gids Proportionaliteit als de Richtsnoeren leveringen en diensten hiervoor steun bieden.

Na een gestaakte meervoudig onderhandse aanbesteding wilde de aanbesteder bij de nieuw te voeren meervoudig onderhandse aanbesteding een bepaalde inschrijver niet meer uitnodigen tot het doen van een inschrijving. Omdat aanbesteder geen goede reden had om deze inschrijver niet uit te nodigen (aanbesteder voerde aan dat inschrijver in de gestaakte aanbesteding had geoffreerd met een te hoog percentage onderaannemers), werd aanbesteder gelast deze inschrijver alsnog als deelnemer tot de nieuwe aanbesteding toe te laten.⁶²

In de veelbesproken Kadaster-zaak is in hoger beroep⁶³ geoordeeld dat een aanbestedende dienst bij een meervoudig onderhandse aanbesteding in beginsel vrij is daarvoor zelf partijen te selecteren die hij uitnodigt tot het doen van een inschrijving. NB: de Aanbestedingswet 2012 was niet van toepassing op deze aanbesteding. Het niet uitnodigen van een bepaalde partij (HLA in dit geval) kan echter onder bijzondere omstandigheden onrechtmatig zijn. Het hof neemt daarbij in aanmerking ten eerste de opzet van de uitvraag, dat in beginsel alle potentieel geïnteresseerde IT-bedrijven de gelegenheid kregen een aanbieding te doen, ten tweede dat het Kadaster wist dat het bedrijf in kwestie actief was op dit terrein en ten derde dat niet was gebleken van redenen om HLA bij voorbaat uit te sluiten. Daarmee had het Kadaster onrechtmatig gehandeld door HLA buiten de aanvraag te houden.

Ook in een andere meervoudig onderhandse aanbesteding stond het niet uitnodigen van een bepaalde partij ter discussie.⁶⁴ De voorzieningenrechter overweegt allereerst dat er geen argumenten naar voren waren gebracht waarom de betreffende gemeente niet tot de conclusie had mogen komen dat bij dit werk van 1,3 miljoen euro een meervoudig onderhandse aanbesteding gevoerd mocht worden. De rechter kijkt daarbij ten eerste naar de Gids Proportionaliteit en naar de groene tabel bij de opdrachten voor werken van deze aanneemsom. De rechter neemt verder in aanmerking dat de gemeente naar de transactiekosten had gekeken en dat de voorwaarden van de binnen te halen Europese subsidie noopten tot een procedure met een snellere doorloop.

Over de stelling van eiseres dat zij ten onrechte niet was uitgenodigd tot het doen van een inschrijving (terwijl zij eerder werken had uitgevoerd voor de betreffende gemeente) oordeelt de rechter dat het hem niet onredelijk voorkomt dat de gemeente haar eigen recente ervaringen meeweegt in de keuze voor de uit te nodigen gegadigden. De ‘past performance’ van deze onderneming maakt dat zij geen gelijk geval meer is, aldus de voorzieningenrechter, en er is daarom geen strijd met gelijkheidsbeginsel of proportionaliteitsbeginsel. Dit vonnis lijkt ons niet in lijn met de huidige wetgeving.

Ten slotte blijkt het rechtsverwerkingsverweer ook in meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures te worden gehonoreerd. Als eiseres heeft meegedaan aan een dergelijke procedure die volledig doorlopen is, dan is zij te laat met het uiten van bezwaren tegen de gevoerde aanbestedingsprocedure. Daarbij hadden alle inschrijvers de procedure aantoonbaar als een meervoudige onderhandse procedure benaderd. Dit laatste acht de voorzieningenrechter van belang.⁶⁵

In het geval van meervoudig onderhandse aanbestedingen zijn aanbestedende diensten ook gehouden een rechtsbeschermingstermijn te respecteren.⁶⁶ Volgens de CvA gelden de motiveringsverplichtingen die voor aanbestedende diensten gelden op grond van artikel 2.130 lid 2 Aanbestedingswet 2012 ook in het geval van meervoudig onderhandse aanbestedingen.⁶⁷

e. Erkeningsregeling (speciale sectoren)

In de speciale sectoren wordt duidelijk minder geprocedeerd (want ook minder aanbesteed?) dan in de klassieke sectoren. Eén vonnis gaat over het niet mogen toetreden tot een erkeningsregeling van TenneT, een elektriciteitsnetbeheerder in Nederland en een groot deel van Duitsland. Deze Poolse onderneming werd (terecht) niet toegelaten tot de erkeningsregeling van TenneT, omdat zij niet kon aantonen dat haar producten voldeden aan de door TenneT gestelde technische specificaties en deze ook in drie projecten met succes waren toegepast.⁶⁸

In een andere zaak betrof het niet zozeer de erkeningsregeling en toetreding daartoe als zodanig maar de vraag of na binnen de erkeningsregeling een aanbesteding te hebben gehouden terecht aan een bepaalde inschrijver werd gegund.⁶⁹

62 Vrz. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4742.

63 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 8 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5475.

64 Vrz. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 28 juli 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:6754; dit vonnis wordt inmiddels ook het past performance-vonnissen genoemd.

65 Vrz. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 31 januari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:714.

66 Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 7 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5503; Vrz. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007.

67 CvA 9 oktober 2014, advies 147.

68 Vrz. Rb. Gelderland 17 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6430.

69 Hof Den Bosch 13 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1355.

8. Aanbesteding door private partijen

Net als in onze eerdere kronieken maken wij in het hiernavolgende onderscheid tussen aanbestedingen van zorgverzekeraars en aanbestedingen van ‘echte’ private partijen. In de eerste situatie wordt over het algemeen aangenomen dat de redelijkheid en billijkheid in de precontractuele verhouding tussen zorgverzekeraar en zorgaanbieder moeten worden ingevuld met de beginselen van aanbestedingsrecht. ‘Echte’ private aanbesteders (zonder machtspositie) daarentegen zijn niet zonder meer gebonden aan de kernbeginselen van aanbestedingsrecht.

a. Aanbestedingen van zorgverzekeraars

In de eerste zaak wordt geoordeeld dat de eventuele omstandigheid dat de betreffende inkoopprocedure met betrekking tot wijkverpleging géén aanbestedingsprocedure is, onverlet laat dat zorgverzekeraar Menzis in het kader van een inkoopprocedure, waarin zij zorgaanbieders uitnodigt tot het indienen van offertes, is onderworpen aan de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen. Deze moeten worden ingevuld met de beginselen van het aanbestedingsrecht, zoals het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel.⁷⁰ Vervolgens wordt geoordeeld dat Menzis de offerte van eiseres terecht ongeldig heeft verklaard, omdat zij (i) niet voldoet aan de eisen met betrekking tot ‘governance’ (onafhankelijk toezicht) en (ii) onvoldoende (wijk)verpleegkundigen niveau 5 in dienst heeft en geen verbeterplan heeft aangeleverd.

Ook in de tweede zaak, die betrekking heeft op de inkoop van diabetesmaterialen, wordt geoordeeld dat zorgverzekeraar Achmea c.s. gebonden is aan het transparantiebeginsel.⁷¹ Voor de betekenis van dit beginsel wordt verwezen naar het arrest *Succhi di Frutta*.⁷² Het transparantiebeginsel gaat volgens de rechter in de gegeven situatie echter niet zo ver, dat eiseres een gegrond beroep toekomt op het in artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012 neergelegde clusterverbod. Vervolgens wordt getoetst of de aan de inschrijvers verstrekte informatie voldoende duidelijk is als het gaat om de beoordeling van de verschillende criteria. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord. Verder is volgens de rechter géén sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel: niet valt in te zien waarom Achmea c.s. géén onderscheid zou mogen maken tussen apothekers en postorderbedrijven, nu het hier gaat om twee van elkaar te onderscheiden groepen. Daarbij is van belang dat Achmea c.s. vrij is in het bepalen van haar inkoopbeleid. Daarom hoeft zij ten aanzien van apothekers géén inkoopprocedure toe te passen. Tot slot heeft Achmea c.s. de omvang van de opdracht afdoende omschreven in de leidraad om de gemiddelde inschrijver in staat te stellen een commercieel verantwoorde offerte op te stellen.

In een andere zaak wordt vooropgesteld dat Achmea c.s. géén aanbestedende dienst is. De regels van de Aanbestedingswet 2012 zijn daarom niet rechtstreeks van toepassing op deze particuliere aanbesteding (inkoopprocedure ter zake van de levering van add-ongeneesmiddelen).⁷³ Vervolgens wordt (toch) overwogen dat eiseres niet heeft onderbouwd op welke punten precies Achmea c.s. onvoldoende duidelijk of transparant is geweest. Evenmin is volgens de rechter gebleken dat Achmea c.s. zich niet zal houden aan de inkoopprocedure zoals deze blijkt uit de bijbehorende documenten.

In de vierde zaak wordt het gevorderde gebod jegens zorgverzekeraar CZ om in onderhandeling te treden met eiseres (een apotheek) over contractering op basis van een bepaalde prijs afgewezen, omdat daartoe geen verplichting bestaat.⁷⁴ Volgens de rechter is (ook) niet gebleken van schending van de beginselen van transparantie en niet-discriminatie, voor zover CZ überhaupt gehouden zou zijn die beginselen te eerbiedigen.

In de laatste zaak wordt de vordering van eiseres (opnieuw een apotheek) jegens zorgverzekeraar Menzis om een overeenkomst met haar te sluiten eveneens afgewezen.⁷⁵ Het houden van een aanbestedingsprocedure roept namelijk geen gunningsplicht in het leven. Vervolgens wordt overwogen dat niet van Menzis kan worden verlangd dat zij de aanbestedingsrechtelijke beginselen in acht neemt, op de enkele grond dat zij farmaceutische zorg inkoop op een wijze die vergelijkbaar zou zijn met een aanbestedingsprocedure. Volgens de rechter wijkt de manier waarop deze inkoop is ingericht namelijk te sterk af van de gang van zaken bij een aanbestedingsprocedure. Aan de beoordeling van de vraag of Menzis vanwege haar machtspositie op de markt bij de inkoop van farmaceutische zorg gehouden is op objectieve, transparante en non-discriminatoire wijze te handelen, komt de rechter niet toe. Menzis betwistte dit, maar stelde zich tegelijkertijd gemotiveerd op het standpunt dat, als zij daartoe gehouden zou zijn, in overeenstemming met die beginselen is gehandeld. Eiseres wist het tegendeel vervolgens niet aannemelijk te maken.

b. Aanbestedingen van andere private partijen

Private partijen zijn niet gebonden aan de Europese en Nederlandse regelgeving voor overheidsaanbestedingen. De (precontractuele) verhoudingen tussen private partijen wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Bij de beantwoording van de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat ook een private aanbesteder de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht moet nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbieders aan de aanbesteding

70 Vزر. Rb. Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15686.

71 Vزر. Rb. Den Haag 16 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12542.

72 HvJ EU 29 april 2004, C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236.

73 Vزر. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 5 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6753.

74 Vزر. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 23 december 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:11196.

75 Vزر. Rb. Den Haag 12 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12094.

redelijkerwijs de verwachting kunnen ontleen dat de aanbestede die beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. Of in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van het bij de aanbesteding gehanteerde programma, de daarin neergelegde (rand)voorwaarden en de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van betrokken partijen. Daarbij heeft te gelden dat uit het beginsel van contractsvrijheid tussen private partijen voortvloeit, dat het partijen in een aanbesteding in beginsel vrijstaat om in de aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van eerder genoemde beginselen uit te sluiten, zij het 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. Dit uitgangspunt vloeit voort uit het zogenaamde KLM-arrest uit 2013.⁷⁶

Volgens het Hof Den Haag laat dit uitgangspunt onverlet dat het een aanbestede is toegestaan om, ook indien de algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn, een aanbestedingsprocedure af te breken.⁷⁷ Er is geen regel, ook niet een algemeen beginsel van aanbestedingsrecht, die een private opdrachtgever, die (immers) niet aanbestedingsplichtig is, verbiedt om vervolgens niet te kiezen voor een nieuwe aanbestedingsprocedure, maar met één partij te onderhandelen om te komen tot een overeenkomst die hij passend acht. Dat geldt volgens het hof zowel wanneer er géén wezenlijke wijziging van de opdracht plaatsvindt (in welke situatie er immers hoe dan ook ruimte is voor onderhandelingen met de winnende inschrijver), als in de situatie waarin er wél een wezenlijke wijziging van de opdracht plaatsvindt. In die laatste situatie heeft immers te gelden dat er sprake is van een nieuwe opdracht, die in het geval van een private aanbestede niet aanbestedingsplichtig is en ten aanzien waarvan de eerdere inschrijvers niet kunnen eisen dat opnieuw een aanbestedingsprocedure wordt georganiseerd.

Op basis van deze redenering wordt de gevorderde verklaring voor recht, dat de stichting Het Raamwerk aansprakelijk is voor de schade die geïntimeerde stelde te hebben geleden als gevolg van het feit dat Het Raamwerk de spelregels van de aanbestedingsprocedure achteraf had gewijzigd door in de overeenkomst met haar concurrent alsnog een voorverkooppercentage van 70 procent op te nemen, afgewezen. Immers, wanneer Het Raamwerk aldus zou hebben gehandeld dat het de aanbestedingsprocedure zou hebben afgebroken en vervolgens door middel van onderhandelingen een overeenkomst met die concurrent zou hebben gesloten, zou geïntimeerde de schade die zij nu stelde te hebben geleden, ook hebben geleden. Ten overvloede overweegt het hof dan nog dat in casu geen

sprake is van een verboden wezenlijke wijziging van de spelregels. Daarbij gaat het hof er veronderstellenderwijs van uit dat de algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn en verwijst in dit verband naar de arresten *Succhi di Frutta* en *Pressetext*.⁷⁸ Volgens het hof is er geen aanleiding om binnen de kaders van private aanbestedingen strengere normen te hanteren met betrekking tot de vraag of er sprake is van een ontoelaatbare wezenlijke wijziging, dan binnen de kaders van een overheidsaanbesteding. Immers, juist binnen de kaders van een private aanbesteding dient het zwaartepunt bij de contractsvrijheid te liggen.

Een vergelijkbare lijn wordt gevolgd in een zaak tussen ECT c.s. en Havenbedrijf Rotterdam N.V. over een vrijwillige tenderprocedure, waarin partijen werden verzocht een offerte uit te brengen voor het recht om de eerste containerterminal op Maasvlakte 2 te ontwikkelen en exploiteren.⁷⁹ Omdat het Havenbedrijf erkende dat het had toegezegd de algemene beginselen van aanbestedingsrecht in acht te zullen nemen, mocht ECT daar volgens de rechtbank op vertrouwen, voor zover daarvan in het Request for Proposal (RfP) niet werd afgeweken. ECT c.s. stelde zich op het standpunt dat het Havenbedrijf in strijd met het transparantiebeginsel heeft gehandeld door binnen het gunningscriterium ‘Strategy & Marketing’ achteraf het nieuwe subcriterium ‘Competition aspects’ toe te voegen en daaraan heimelijk een zwaarder gewicht toe te kennen. De rechtbank is het met ECT c.s. eens dat het Havenbedrijf daardoor in strijd met het transparantiebeginsel heeft gehandeld, maar dit leidt er toch niet toe dat de vordering van ECT c.s. tot vergoeding van de door haar geleden schade wordt toegewezen. De in een private aanbesteding geldende contractsvrijheid brengt volgens de rechtbank namelijk mee dat handelen in strijd met het beginsel van transparantie niet steeds zal leiden tot schadeplichtigheid.⁸⁰ Het Havenbedrijf heeft zich in het RfP het recht voorbehouden om op elk moment dat het dat wenste de tender eenzijdig te beëindigen. Het zou volgens de rechtbank in de rede hebben gelegen dat het Havenbedrijf van die mogelijkheid gebruik zou hebben gemaakt toen tijdens de aanbestedingsprocedure duidelijk was geworden dat zij in strijd met het transparantiebeginsel had gehandeld. Het Havenbedrijf had vervolgens een nieuwe aanbesteding kunnen starten en daarbij van aanvang af het subcriterium ‘introductie van concurrentie in de haven’ kunnen hanteren en daaraan een groot gewicht kunnen toekennen. Dit zou volgens de rechtbank waarschijnlijk tot hetzelfde of een groter aantal inschrijvingen hebben geleid; de mogelijkheid zou hebben bestaan dat andere partijen vanwege de nieuwe criteria hun kans groter zouden hebben ingeschat. Voor ECT

76 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

77 Hof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028.

78 HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351.

79 Rb. Rotterdam 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7824.

80 Dat volgens de rechtbank sprake is van een private aanbesteding, vinden wij overigens een opmerkelijke constatering. Uit r.o. 2.1 blijkt namelijk dat het Havenbedrijf Rotterdam N.V. een overheids-N.V. is, waarvan de aandelen door de gemeente Rotterdam en de Staat worden gehouden.

c.s. betekent dit dat zij in een nieuwe aanbestedingsprocedure vanwege haar aandeel in de containeroverslagcapaciteit nauwelijks punten op dit onderdeel zou hebben kunnen verdienen. Dit leidt er volgens de rechtbank toe dat het onwaarschijnlijk is dat ECT c.s. een reële kans op gunning zou hebben gehad, als het Havenbedrijf niet in strijd met het transparantiebeginsel had gehandeld (derhalve indien het gestelde onzorgvuldige handelen/de gestelde onrechtmatige daad wordt weggedacht). Ook overigens heeft ECT c.s. volgens de rechtbank niet aannemelijk weten te maken dat het Havenbedrijf haar een faire kans op gunning heeft onthouden. Tot slot wordt met zoveel woorden overwogen dat op basis van een eventuele wezenlijke wijziging van het contract met de winnende inschrijver géén heraanbesteding kan worden afgedwongen in het kader van een private aanbestedingsprocedure. De rechtbank wijst er in dit verband nogmaals op dat het Havenbedrijf zich uitdrukkelijk het recht heeft voorbehouden de procedure eenzijdig te beëindigen, met welke spelregel (als uitvloeisel van het beginsel van contractsvrijheid) ECT c.s. door deelname heeft ingestemd.

Wij vinden de uitkomst in beide zaken toch enigszins onbevredigend. De consequentie van de redenering van het hof, maar van met name de rechtbank lijkt immers te zijn dat deelnemers aan een private aanbesteding in de praktijk weinig kunnen uitrichten tegen willekeurig handelen van de private aanbesteder.

Ruim een maand na het eerder genoemde arrest in de zaak van Het Raamwerk, moest het Haagse Hof zich over de KLM-zaak buigen.⁸¹ De HR had de zaak namelijk ter verdere behandeling en beslissing naar dit hof verwezen. Het hof herhaalt allereerst het door de HR verwoorde uitgangspunt, zoals hierboven in de inleiding van deze paragraaf weergegeven. Vervolgens wordt overwogen dat KLM de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van gelijke behandeling weliswaar niet met zoveel woorden heeft uitgesloten, maar dat de door haar voorbehouden vrijheid van handelen toch niet anders kan worden uitgelegd dan dat KLM zich heeft voorbehouden die beginselen niet te eerbiedigen. Deze vrijheid van handelen impliceerde ook dat het KLM vrijstond de opdracht te gunnen zonder het gunningscriterium dat in de Request for Quotation (RfQ) was opgenomen in acht te nemen. Het hof komt daarom tot de conclusie dat het KLM in principe vrijstond om uitsluitend aan Asito de mogelijkheid te bieden haar prijzen nogmaals aan te passen en op basis daarvan met Asito te contracteren. In de omstandigheden van dit geval kan het volgens het hof tot slot niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht dat KLM gebruik heeft gemaakt van de door haar voorbehouden vrijheid van handelen:

“Als regel leidt een aanbesteding, ook wanneer toepassing is gegeven aan de beginselen van gelijke en transparante behandeling, ertoe dat verliezende inschrijvers vergeefse kosten blijken te hebben gemaakt, maar zullen zij dat voor lief nemen in de verwachting een faire kans op het winnen van de aanbesteding te hebben gekregen. Het moge zo zijn dat [appellante] in het onderhavige geval de opdracht uiteindelijk niet gekregen heeft, maar het moet ervoor gehouden worden dat zij daarmee rekening had moeten houden na kennisneming van de RFQ.”

Kortom, appellante krijgt in zoverre uiteindelijk nul op het rekest.⁸²

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant lijkt een iets ander uitgangspunt te hanteren: de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving voor overheidsaanbestedingen is niet van toepassing op een private aanbesteding, tenzij er expliciet voor is gekozen om gebonden te zijn aan de in het aanbestedingsrecht geldende basisprincipes van transparantie, objectiviteit en non-discriminatie.⁸³ Gelet op het eerder genoemde KLM-arrest van de HR kan worden betwijfeld of dit juist is. In de betreffende zaak gaat het overigens om een opdracht tot sanering van het voormalige Thermphos-terrein in Vlissingen-Oost. Deze opdracht lieten de curatoren van de failliete fosforproducent aanbesteden. Eiseres ontving op enig moment bericht dat zij niet werd uitgenodigd voor verdere deelname vanwege het feit dat zij haar expertise onvoldoende had aangetoond. Eiseres was het niet met deze beslissing eens en vorderde daarom onder meer een gebod om voor deze opdracht alsnog een aanbestedingsprocedure te starten met inachtneming van de Europese en nationale aanbestedingswet- en regelgeving. Haar vorderingen worden echter afgewezen. Dit vanwege het feit dat de aanbestedingsregels expliciet waren uitgesloten en eiseres daarmee door deelname had ingestemd. Dit brengt volgens de rechter met zich dat de curatoren niet gehouden zijn om te verantwoorden of te motiveren waarom zij bepaalde partijen wel of niet uitnodigen voor deelname aan deze procedure (hetgeen zij later alsnog hebben gedaan). Ook overigens is niet aannemelijk geworden dat het niet uitnodigen van eiseres een gevolg is van willekeur of bij voorbaat uitsluiten van deelname aan de procedure en dat zij géén eerlijke kans heeft gekregen.

De Amsterdamse Voorzieningenrechter overweegt dat een inschrijver erop mag vertrouwen dat de algemene beginselen van aanbestedingsrecht gelden wanneer op het gehanteerde inschrijvingsbiljet wordt verwezen naar het ARW 2005.⁸⁴ De algemene beginselen van aanbeste-

81 Hof Den Haag 4 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3501.

82 De hier aangehaalde passages hebben betrekking op het zogenaamde 'FA-contract'. In verband met de gang van zaken rondom de zogenaamde 'FC-check' wordt KLM wél veroordeeld tot betaling van een voorschot op de door appellante gevorderde schadevergoeding.

83 Vzd. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 27 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4421.

84 Vzd. Rb. Amsterdam 25 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2540.

dingsrecht werken volgens deze rechter onder bepaalde omstandigheden ook door in de verhouding tussen private partijen. Daarbij wordt verwezen naar het arrest RZG/Comformed.⁸⁵ Nu gedaagde heeft gekozen voor een aanbestedingsprocedure, is zij volgens de rechter gehouden zich te gedragen volgens de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, hetgeen bij een aanbesteding als deze onder meer betekent dat zij gehouden is de verschillende aanbieders gelijk te behandelen en het transparantiebeginsel in acht te nemen. Vanwege schending van die beginselen wordt gedaagde veroordeeld tot heraanbesteding. Wij vinden dit in zoverre een opmerkelijk vonnis, dat de rechter ervan uit lijkt te gaan dat sprake is van een rechtsverhouding tussen private partijen. Gedaagde in deze zaak is echter het schoolbestuur van 17 basisscholen in het Amsterdamse stadsdeel West. Bovendien volgt uit het hierboven aangehaalde, maar nadien pas gewezen arrest van het Hof Den Haag dat private aanbesteders in principe niet verplicht kunnen worden tot heraanbesteding. Dit volgt echter ook al uit eerdere rechtspraak van het Hof Arnhem.⁸⁶

In verband met een vrijwillige aanbesteding in de vorm van een meervoudig onderhandse procedure van de stichting Ondernemend Venlo, waarin als gunningscriterium de emvi gold, kwam de vraag aan de orde of de door eiseres bij wijze van ‘alternatief’ aangeboden camera’s gelijkwaardig zijn aan de technische specificaties van de voorbeeldcamera die in het bestek werden genoemd.⁸⁷ Geoordeeld wordt dat eiseres er niet in is geslaagd aannemelijk te maken dat sprake is van gelijkwaardigheid. Daarbij was van belang dat er geen vragen waren gesteld tijdens de inlichtingenronde over de gelijkwaardigheid van mogelijke alternatieven en dat de stichting uitdrukkelijk in het bestek had opgenomen dat het aan haar was om de gelijkwaardigheid te beoordelen.

In de laatste zaak strandt het beroep van eiseres op de kernbeginselen van aanbestedingsrecht op het feit dat geen sprake zou zijn van een aanbestedingsprocedure. Dat begrip wordt in deze zaak als volgt gedefinieerd:

“een al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een aanbesteder aan twee of meer ondernemers om een inschrijfcijfer in te dienen voor de uitvoering van een opdracht tot het leveren van goederen en het verrichten van diensten met inbegrip van het uitvoeren van werken.”⁸⁸

Volgens de rechter kan een private opdrachtgever die voor een bepaalde opdracht aan verschillende bedrijven gelijktijdig offertes vraagt op zich onder deze definitie vallen, maar gaat het volgens hem te ver om in alle gevallen

de private opdrachtgever onder de reikwijdte van het aanbestedingsrecht te laten vallen. Of dit het geval is hangt af van de omstandigheden van het geval. In deze zaak gaat het om de selectie van een *preferred partner* voor de levering van eerstelijns diagnostiek aan een zorggroep. Daartoe had de zorggroep aan een aantal aanbieders van dit soort dienstverlening gevraagd een vragenlijst in te vullen en eventueel een presentatie te verzorgen. Daarin stonden echter geen selectie- en gunningscriteria vermeld. Evenmin werd een Alcatel-termijn gehanteerd. Gelet op onder meer die omstandigheden komt de rechter tot de conclusie dat geen sprake is van een aanbestedingsprocedure, althans dat eiseres daarop niet gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen. De zorggroep heeft dus (slechts) een aantal partijen uitgenodigd om in onderhandeling te treden.

9. Uitsluitingsgronden

a. Algemeen

Dat er vrij snel zal worden geoordeeld dat er sprake is van voorkennis bij een adviseur die een voorstudie heeft verricht waarin een viertal scenario’s wordt uitgewerkt, waarbij de opdrachten die vervolgens onderwerp van aanbesteding zijn in die scenario’s worden besproken, blijkt uit een Haags vonnis in kort geding waarin de beslissing tot uitsluiting vanwege voorkennis ter discussie stond. Deze adviseur had de betreffende voorstudie verricht en deed vervolgens als directeur van een van de (mede)combinanten een inschrijving.⁸⁹

De rechter oordeelt dat bij gebreke van enige compartimentering van de werkzaamheden binnen het bedrijf dat de voorstudie had verricht en ondanks de getekende geheimhoudingsverklaring de voorkennis aan de combinatie moest worden toegerekend. De rechter acht daarbij van belang dat de betreffende directeur niet had toegelicht hoe de strikte scheiding tussen de bedoelde werkzaamheden (advies in het kader van voorstudie enerzijds en offerte opstellen anderzijds) in de praktijk kon worden aangebracht.

Een andere zaak waarin het punt van belangenverstrengeling ter discussie werd gesteld betrof er één waarbij een persoon die lid van de raad van commissarissen was van Thialf, veertien jaar geleden directielid was geweest van een van de inschrijvers die nu meedong naar een opdracht van Thialf.⁹⁰ Een dermate lange termijn tussen de ene functie en de andere levert, behoudens bijzondere omstandigheden, redelijkerwijs geen grond op voor het oordeel dat de eerlijke mededinging tussen de inschrijvers wordt geschaad, aldus de Voorzieningenrechter in Leeuwarden. Uitsluiting kan pas aan de orde zijn als door toedoen van deze persoon ofwel sprake is geweest van begunstiging van de betreffende inschrijver ofwel van achterstelling van de overige inschrijvers. Dat was niet aannemelijk gemaakt.

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

86 Hof Arnhem 23 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV1139.

87 Vzr. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 28 augustus 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7551.

88 Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 24 december 2014, C/16/382611 / KG ZA 14-903 (n.n.g.)

89 Vzr. Rb. Den Haag 7 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:53.

90 Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360.

Ook oppassen geblazen is het voor inschrijvers die teleurgesteld door het resultaat van de aanbestedingsprocedure contact opnemen met een bekende wethouder of andere contactpersoon bij de aanbestedende dienst, als in de aanbestedingsstukken is opgenomen dat communicatie over de aanbesteding uitsluitend via het elektronisch platform geschiedt, dit op straffe van uitsluiting.⁹¹ Een uitsluiting naar aanleiding van een dergelijk handelen, terwijl dit handelen zich na sluiting inschrijvingsdatum voordeed – en dus kon worden betoogd dat van beïnvloeding van de aanbesteding geen sprake meer kon zijn – vindt de Almelse Voorzieningenrechter terecht.

Het is overigens niet alleen voor de inschrijvers op eieren lopen, maar ook andere personen aan de zijde van de aanbestedende dienst dan de in de aanbestedingsdocumentatie opgegeven contactpersonen moeten op hun tellen passen. Zo had de directeur van het museum Boijmans van Beuningen een gesprek – buiten medeweten en zonder instemming van de gemeente Rotterdam – met een architectenbureau waarbij de aanbesteding van selectie van de architect voor de nieuwbouw voor het museum aan de orde kwam. Echter, in de aanbestedingsdocumentatie stond niet op ondubbelzinnige wijze de sanctie van ongeldigheid/uitsluiting op schending van het communicatievoorschrift verbonden. Door de desbetreffende architect uit te sluiten had de gemeente in feite een nieuwe, niet vooraf kenbare, uitsluitingsgrond gebruikt, waartegen het aanbestedingsrecht zich verzet, aldus de voorzieningenrechter.⁹²

Omdat de rechter vervolgens oordeelt dat niet was gebleken dat het betreffende architectenbureau een zodanig relevante kennisvoorsprong had als gevolg van het gesprek met voornoemde directeur, dat daardoor de mededinging was vervalst of uitgeschakeld, en dus niet aannemelijk was dat het ‘level playing field’ was verstoord, moest de uitsluiting van deelname worden teruggedraaid en worden gegund aan het architectenbureau.

De niet-nakoming van contractuele verplichtingen kan onder omstandigheden worden aangemerkt als een ernstige fout bij de beroepsuitoefening (en dus als uitsluitingsgrond worden gekwalificeerd) maar dan moet wel blijken van opzet of ernstige nalatigheid, dus doelbewuste misleiding bijvoorbeeld.⁹³

Geen ernstige beroepsfout was aan de orde daar waar een bedrijf in het verleden steekpenningen betaalde en deze gedragingen zich in een periode langer dan vier jaar voor het moment van aanbesteding afspeelden. De rechter acht het niet van belang dat het desbetreffende bedrijf eerst heeft getracht die gedragingen te verhullen. Wel neemt hij in zijn overwegingen mee dat het een facultatieve uitsluitings-

grond betreft en dat de Gids Proportionaliteit vermeldt dat met de toepassing hiervan behoedzaam moet worden omgegaan.⁹⁴

In een arrest van het Hof Den Bosch⁹⁵ wordt korte metten gemaakt met de onjuiste stelling van appellant dat uit het Assitur-arrest⁹⁶ zou kunnen worden afgeleid dat twee ondernemingen die deel uitmaken van één concern niet als afzonderlijke inschrijvers mogen worden aangemerkt maar als één inschrijver. Het hof ‘doceert’ eerst in het arrest waar het Assitur-arrest over ging, namelijk over de vraag of een systematische uitsluiting van inschrijvende ondernemingen uit één concernverband is toegestaan. Het hof oordeelt vervolgens dat het handelen van de aanbestedende dienst in dit geval niet langs de maatstaf van het Assitur-arrest behoefde te worden gelegd omdat er geen enkele beperking in de Aanbestedingsleidraad was opgenomen ten aanzien van het inschrijven door onderling verbonden ondernemingen van hetzelfde concern (en dus niet eens werd toegekomen aan de vraag of uitsluiting wel of niet was toegestaan).

Een laatste vonnis over uitsluiting waarover veel te doen is geweest is de uitspraak waarbij een onderneming in een meervoudige onderhandse procedure niet werd uitgenodigd om mee te dingen (lees: uitgesloten van deelname) op basis van de eigen recente ervaringen van de aanbestedende dienst met de prestaties van deze onderneming in het verleden (*past performance*).⁹⁷ In de nieuwe Richtlijn (die pas medio april 2016 moet zijn geïmplementeerd) is in artikel 57 lid 4 sub f een uitsluitingsgrond opgenomen die betrekking heeft op aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere opdracht voor de aanbestedende dienst maar dan moet dat om uitsluiting te rechtvaardigen wel hebben geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties. Op basis van de huidige regelgeving kan uitsluiting – tenzij sprake is van een ernstige beroepsfout – nog niet.

Er is ook enige Europese jurisprudentie geweest op het gebied van uitsluitingsgronden.

Het eerste arrest in de rij betrof een situatie waarop de Richtlijn niet van toepassing was, maar omdat het ging om een opdracht onder de drempelwaarde met een duidelijk grensoverschrijdend belang gaat het HvJ EU in op de betreffende uitsluitingsgrond en de mogelijke beperking van het VWEU (artikel 49 en 56 VWEU). Het betrof de grond dat het verzuim van een onderneming om een bepaald

91 Vزر. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 14 januari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:151.

92 Vزر. Rb. Rotterdam 4 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:692.

93 Vزر. Rb. Den Haag 18 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:3338.

94 Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360; in dit vonnis wordt verwezen naar het arrest van het HvJ EU 13 december 2012, C-465/11.

95 Hof Den Bosch 13 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1355.

96 HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317.

97 Vزر. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 28 juli 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:6754.

bedrag aan sociale zekerheidsbijdragen te betalen leidde tot uitsluiting. Het HvJ EU overweegt dat de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 45 lid 2 Richtlijn niet voorzien in een uniforme toepassing, aangezien de lidstaten kunnen besluiten deze gronden helemaal niet toe te passen of de criteria te verlichten of te versoepelen. Artikel 45, lid 2, sub e Richtlijn biedt, aldus het HvJ EU, de mogelijkheid om iedere marktdeelnemer die niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen ten aanzien van de betaling van sociale-zekerheidsbijdragen van deelneming aan een opdracht uit te sluiten, zonder dat een minimumbedrag voor achterstallige bijdragen is vastgesteld. Het HvJ EU oordeelt dat door een bepaald minimumbedrag vast te stellen voordat tot uitsluiting wordt overgegaan de bepaling wordt versoepeld, hetgeen niet kan worden geacht verder te gaan dan nodig is. Daarmee is dit dus een proportionele uitsluitingsgrond.⁹⁸

In een tweede Europees arrest preciseert het HvJ EU dat op basis van de uitsluitingsgronden van artikel 45, lid 2, sub d en g, Richtlijn iedere ondernemer kan worden uitgesloten die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan (vastgesteld op elke grond die de aanbestedende dienst aannemelijk kan maken) of die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die kunnen worden verlangd met het oog op de kwalitatieve selectie van de aanbiedingen of die inlichtingen niet heeft verstrekt, zonder dat is vereist dat jegens die ondernemer een veroordeling bij een onherroepelijk vonnis is uitgesproken.⁹⁹

Ten aanzien van de uitsluitingsgrond als genoemd in artikel 45, lid 2, sub d Richtlijn (ernstige beroepsfout) bevestigt het HvJ EU in een derde arrest dat het begrip ‘fout in de uitoefening van zijn beroep’ niet alleen betrekking heeft op schendingen van de voor de beroepsgroep van de betrokken ondernemer geldende gedragsregels in enge zin, maar elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op diens professionele geloofwaardigheid. Inbreuk op mededingingsregels die met een geldboete is bestraft, valt onder deze uitsluitingsgrond. Het HvJ EU verwijst hier bovendien naar artikel 57, lid 4, sub d van de nieuwe Richtlijn.¹⁰⁰

b. Proportionaliteit bij uitsluitingsgronden

In de vorige paragraaf besproken zaak over de niet via het elektronische platform benaderde wethouder na sluiting van de inschrijvingstermijn oordeelt de voorzieningenrechter dat uitsluiting van de betreffende onderneming – nu de aanbestedingsvoorschriften vermeldden dat een dergelijke communicatie om het platform heen kon leiden tot uitsluiting – niet disproportioneel of anderszins onredelijk is.¹⁰¹

De niet-nakoming van contractuele verplichtingen kan onder omstandigheden worden aangemerkt als een ernstige fout bij de beroepsuitoefening (en dus als uitsluitingsgrond worden gekwalificeerd) maar dan moet wel blijken van opzet of ernstige nalatigheid, dus doelbewuste misleiding bijvoorbeeld. Als dat niet het geval is, dan is uitsluiting van deelname op de grond van ‘ernstige beroepsfout’ in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en disproportioneel.¹⁰²

In de vorige paragraaf besproken wij een arrest van het HvJ EU waarin wordt geoordeeld dat door een bepaald minimumbedrag vast te stellen dat in het kader van sociale-zekerheidsbijdragen niet is betaald voordat tot uitsluiting wordt overgegaan, de bepaling uit de Richtlijn van artikel 45, lid 2, sub e, wordt versoepeld. Daarmee is dit dus een proportionele uitsluitingsgrond.¹⁰³

10. Geschiktheidseisen en selectiecriteria

a. Algemeen

Het belang van de afgewezen inschrijver bij een effectieve rechtsbescherming, met name het recht van verweer als onderdeel van het recht op een eerlijk proces, brengt met zich dat de aanbestedende dienst openheid van zaken moet geven en dus moet aangeven op welke wijze de toets of een inschrijver voldoet aan de geschiktheidseisen heeft plaatsgevonden.¹⁰⁴

Of een eis als geschiktheidseis kwalificeert dan wel als uitvoeringseis, is relevant voor het feit dat als sprake is van een geschiktheidseis deze al bij de gunningsbeslissing een rol speelt, terwijl als sprake is van een uitvoeringseis, deze pas bij de uitvoering van het werk van belang is.¹⁰⁵

Een normaal oplettende en redelijk geïnformeerde inschrijver behoort te weten dat de verantwoordelijkheid om een deugdelijk onderbouwde referentie in te dienen bij haar ligt en dat de aanbestedende dienst niet gehouden is net zolang door te vragen totdat de verzochte informatie compleet is.¹⁰⁶

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

Artikel 2.93 Aanbestedingswet 2012 bevat een limitatieve opsomming van de bewijsmiddelen die een aanbestedende dienst mag vragen om de technische of beroepsbekwaamheid aan te tonen. Om die reden mag volgens de CvA een aanbestedende dienst niet vragen naar het overleggen van een lijst waarop een door de aanbestedende dienst voorgeschreven minimumaantal personen vermeld staat die in vaste dienst van een gegadigde zijn.¹⁰⁷

98 HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063.

99 HvJ EU 11 december 2014, C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435.

100 HvJ EU 18 december 2014, C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469.

101 Vزر. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 14 januari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:151.

102 Vزر. Rb. Den Haag 18 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:3338.

103 HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063.

104 Vزر. Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7930.

105 Hof Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1583.

106 Hof Den Haag 16 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3951.

107 CvA 7 februari 2014, advies 62.

In artikel 2:85 leden 1 en 2 Aanbestedingswet 2012 is bepaald dat bij aanmelding of inschrijving in principe uitsluitend om een Eigen Verklaring mag worden verzocht (en niet om andere informatie). Ten aanzien van het verweer van een inschrijver dat een aanbestedende dienst om die reden niet de eis mocht stellen dat het certificaat Keurmerk Beveiliging bij de inschrijving diende te worden overgelegd, oordeelt het Hof Den Bosch dat dit onjuist is, omdat de Eigen Verklaring niet ziet op certificaten die aantonen dat producten of diensten aan specifieke vereisten voldoen.¹⁰⁸ Omdat het gevraagde keurmerk zo'n certificaat is, is daarmee voldaan aan de eerste in artikel 2.85 lid 3 Aanbestedingswet 2012 bedoelde uitzondering, te weten dat uitsluitend kan worden verzocht om bewijsstukken bij de ingediende Eigen Verklaring die geen betrekking hebben op gegevens en inlichtingen die in de Eigen Verklaring gevraagd kunnen worden. Om die reden kan de aanbestedende dienst deze eis inzake het certificaat Keurmerk Beveiliging stellen.¹⁰⁹

Op grond van voorschrift 3.5F van de Gids Proportionaliteit dient een aanbestedende dienst voor het toetsen van de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties vast te stellen die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht. Het stellen van de eis dat de gewenste ervaring (i) met het kunnen verwerken van 1.000.000 poststukken per jaar en (ii) als onderdeel van die verwerking met het ten minste twee maal een zending van meer dan 90.000 stuks kunnen verwerken, moet zijn uitgevoerd in opdracht van één opdrachtgever is volgens de CvA in strijd met voorschrift 3.5F Gids Proportionaliteit. Dat volgt uit het feit dat voor de opdracht niet essentieel is dat de in de referentie-eis omschreven stukken allemaal voor één opdrachtgever zijn bezorgd. Door die beperking aan te brengen wordt het bereiken van een goede marktwerking belemmerd, hetgeen ongewenst is, zeker met het oog op het feit dat de postbezorgingsmarkt een relatief nieuwe markt is.¹¹⁰

Het is een aanbestedende dienst niet verboden om in een onderhandse aanbestedingsprocedure geschiktheidseisen te stellen. Aan de stelling van een inschrijver dat geschiktheidseisen niet pasten bij een onderhandse aanbesteding en dat het stellen van geschiktheidseisen niet gebruikelijk was, werd dan ook voorbijgegaan.¹¹¹

c. Transparantie geschiktheidseisen/selectiecriteria en beoordelingsmethodiek

De geschiktheidseisen dienen op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aanbestedingsdocumenten te zijn geformuleerd. Als de aanbestedingsdocumenten geen uitleg geven over het niveau van het VCA-certificaat

(VCA*, VCA** of VCA Petrochemie), dan is dat in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.¹¹²

Bij de uitleg van de geschiktheidseisen, zoals de referentie-eisen, moet verder worden uitgegaan van de zogenoemde 'CAO-norm'. Voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten zijn, in beginsel, de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de complete tekst van die documenten, van doorslaggevende betekenis. Het komt daarbij aan op de betekenis die – naar objectieve maatstaven – volgt uit de bewoordingen welke in die documenten zijn gehanteerd.¹¹³

Dat betekent dat als het bestek en de nota's van inlichtingen geen steun bieden voor de stelling van de aanbestedende dienst dat onder het geïntegreerde routebegeleidings- en stroommanagementsysteem ook de hardware (het kastje dat zich in de strooiwagen bevindt) moest worden verstaan, een referentie, waarin slechts zo'n geïntegreerd systeem (en dus niet de hardware) in de afgelopen drie jaar is geleverd, voldoet.

De behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver dient verder ook te begrijpen dat als in de selectieleidraad wordt gevraagd naar ofwel concrete eigen ervaring ofwel ervaring van een door de inschrijver in te schakelen derde als onderaannemer, deze onderaannemer bij de inschrijving al naar voren moet worden gebracht op een zodanige wijze dat de aanbestedende dienst zelf de ervaring en kwalificaties van deze onderaannemer kan toetsen.¹¹⁴

Als in het beschrijvend document wordt gevraagd naar een beschrijving van de *ervaring* waarmee wordt aangetoond dat een inschrijver beschikt over de noodzakelijke capaciteiten en expertise, dan kan die *ervaring* volgens de rechter per definitie alleen betrekking hebben op reeds verrichte werkzaamheden. Nog niet uitgevoerd werk levert namelijk geen ervaring op. Deze uitleg vindt ook steun in artikel 2.93 Aanbestedingswet 2012 (welk artikel de aanbestedende dienst de mogelijkheid biedt te vragen naar referentieopdrachten) waarin wordt gesproken van opdrachten die *werden* verricht.¹¹⁵

Als de aanbestedingsdocumenten niet expliciet voorschrijven dat de ervaring moet zijn opgedaan door middel van één enkele opdracht of een enkel bestek, dan

108 MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440 nr. 3, p. 77.

109 Hof Den Bosch, 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5467.

110 CvA 20 januari 2014, advies 56.

111 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 11 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8646.

112 Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 10 september 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:5273.

113 Hof Den Haag 16 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3951; Vzr. Rb. Rotterdam 28 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9989; Vzr. Rb. Den Haag 22 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:11702; Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4220; Gerecht 23 mei 2014, T-553/11, ECLI:EU:T:2014:275; Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 28 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1601; CvA 19 augustus 2014, advies 124.

114 Hof Den Bosch 1 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:939.

115 Vzr. Rb. Den Haag 27 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2961.

kan die ervaring ook worden aangetoond door middel van meerdere (deel)opdrachten en/of bestekken, mits de gevraagde ervaring is opgedaan in één 'referentieproject'. De taalkundige betekenis van het woord '(referentie)project' sluit immers niet uit dat een (meeromvattend) werk tot stand wordt gebracht. De omstandigheid dat de Gids Proportionaliteit voorschrijft dat per kerncompetentie één referentie wordt gevraagd is in dit verband niet relevant, aangezien de strekking van deze (niet dwingend voorgeschreven) aanbeveling enkel is om te voorkomen dat een aanbestedende dienst dubbele referenties vraagt voor één en dezelfde kerncompetentie.¹¹⁶

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

Het levert een schending van het transparantiebeginsel op als het bestek spreekt van een absolute kwalitatieve beoordeling, terwijl de aanbestedende dienst een relatieve beoordeling (een vergelijking van de bedrijfsplannen onderling) uitvoert. Ook vervolgens het hanteren van 'zachte' criteria als 'beleving en passie' is niet toegestaan als die niet in de absolute criteria in het bestek zijn opgenomen. Dat deze beleving en passie moeten worden uitgelegd als 'extra bonuspunten' omdat de absolute criteria niet uitputtend zouden zijn en daarop slechts primair zou worden beoordeeld, blijkt voor de behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver evenmin uit het bestek.¹¹⁷

De uitleg van een verliezende inschrijver dat de aanbestedende dienst eist dat een inschrijver zelf over een TX-keur en een SFT-verklaring zou moeten beschikken en dus niet door middel van een onderaannemer aan die eis zou mogen voldoen, is geen plausibele uitleg. De eis in het bestek kan door een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver slechts op één manier worden uitgelegd, te weten dat een inschrijver niet verplicht is om zelf te beschikken over het TX-keurmerk en de SFT-verklaring, maar op deze punten een beroep kan doen op de kwalificaties van onderaannemers. Dit strookt ook met de inhoud en strekking van artikel 2.94 Aanbestedingswet 2012, waarin de mogelijkheid van beroep op een derde is verankerd. De aanbestedende dienst had dan ook geen eis (te weten het 'zelf-vereiste') geëcarteerd door de mogelijkheid van een beroep op een onderaannemer toe te staan, omdat die eis alleen op die wijze kon worden uitgelegd.¹¹⁸

Het is vaste jurisprudentie dat tijdens de inlichtingenfase wel bepaalde verduidelijkingen kunnen worden aangebracht en inlichtingen worden verstrekt, maar dat langs die weg niet de betekenis kan worden gewijzigd van de belangrijkste voorwaarden, waaronder de technische

specificaties en de gunningscriteria, zoals die in het bestek zijn geformuleerd.¹¹⁹ Aangenomen moet worden dat dit ook geldt voor een geschiktheidseis die betrekking heeft op de technische bekwaamheid bij de uit te voeren bedrijfsprocessen. Om die reden oordeelt de rechter dat de aanbestedende dienst in het stadium van de inlichtingenronde niet alsnog de eis van de NEN 13485-certificering (die betrekking heeft op de bedrijfsprocessen) mag stellen.¹²⁰

e. Beroep op derden/onderaannemers

Het is vaste jurisprudentie dat een aanbestedende dienst niet mag eisen dat een inschrijver zelf over de nodige ervaring beschikt (het zelf-vereiste).¹²¹ Een beroep op de kennis en ervaring van derden is juist toegestaan.¹²² Er moet dan wel worden aangetoond dat voor de uitvoering van de opdracht daadwerkelijk over de bekwaamheden van die derden beschikt kan worden.¹²³

In een aanbestedingsprocedure voor de opdracht tot parkeerbeheer in de Gemeente Noordwijk oordeelt de rechter dat het openbaar maken van de naam van een referent de rechtmatige commerciële belangen van een inschrijver in beginsel niet schaadt. Vooral niet omdat opdrachten met betrekking tot parkeerbeheer in overwegende mate worden gegund via aanbestedingsprocedures en dat informatie over eerder uitgevoerde opdrachten in de regel niet concurrentiegevoelig zal zijn. Bovendien kan de aanbestedende dienst ook een toelichting geven zonder de naam van een referent bekend te maken, bijvoorbeeld door mee te delen of zelfstandig aan de minimumeis wordt voldaan of dat een beroep op een (buitenlandse) onderneming wordt gedaan. Daarbij kan de aanbestedende dienst aangeven op welke gronden hij meent dat die referent voldoet aan de minimumeis. Het verstrekken van bedrijfsvertrouwelijke gegevens is dan niet aan de orde, aldus de rechter.¹²⁴

Het is niet toegestaan een inschrijver niet uit te nodigen voor de heraanbesteding enkel omdat de aanbestedende dienst heeft geconstateerd dat uit diens inschrijving op de eerdere (ingetrokken) aanbesteding is gebleken dat hij een percentage van 80 procent van het uit te voeren werk uitbestedt aan onderaannemers en daardoor de kans op vertraging in de uitvoering van het werk wordt vergroot.¹²⁵

116 V.zr. Rb. Den Haag 26 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7234.

117 V.zr. Rb. Overijssel 28 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1601.

118 V.zr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 23 juli 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4077.

119 HvJEU 10 mei 2012, C-368/10, ECLI:EU:C:2014:284.

120 V.zr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 11 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1794; C.v.A. 19 augustus 2014, advies 124.

121 Hof Den Bosch 1 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:939; V.zr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 23 juli 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4077.

122 V.zr. Rb. Amsterdam 10 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:681.

123 V.zr. Rb. Rotterdam 3 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2189.

124 V.zr. Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7930.

125 V.zr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4742.

11. Eisen, gunningscriteria en beoordelingsmethodiek

a. Algemeen

Aanbestedende diensten beschikken over een grote mate van beleidsvrijheid bij de inrichting van een aanbestedingsprocedure en het formuleren van gunningscriteria en eisen. Deze beleidsvrijheid is echter niet absoluut. Deze beleidsvrijheid wordt begrensd door de algemene beginselen van aanbestedingsrecht. De verhouding tussen enerzijds de beleidsvrijheid van aanbestedende diensten bij de inrichting van de gunningscriteria, eisen en de beoordelingsmethodiek en anderzijds de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, komt tot uitdrukking in verschillende uitspraken die het afgelopen jaar zijn verschenen.¹²⁶ Daaruit blijkt dat verschillende rechters zich in 2014 gebogen hebben over de verhouding tussen het gunningscriterium ‘economisch meest voordelige inschrijving’ en het gunningscriterium ‘laagste prijs’.

Op grond van de Aanbestedingswet 2012 geldt het uitgangspunt dat aanbestedende diensten het gunningscriterium ‘economisch meest voordelige inschrijving’ (emvi) hanteren. Van dit uitgangspunt kan worden afgeweken door het gunningscriterium ‘laagste prijs’ toe te passen. De keuze om dit laatste gunningscriterium toe te passen dient dan wel in de aanbestedingsstukken te worden gemotiveerd. De Voorzieningenrechter te Arnhem oordeelt dat in deze motiveringsverplichting ligt besloten dat er omstandigheden moeten zijn die rechtvaardigen dat van het emvi-uitgangspunt wordt afgeweken zodat toetsbaar is of afwijking van dat uitgangspunt al dan niet terecht is. Uit deze motiveringsverplichting volgt echter geen algemene regel dat gunning op basis van het criterium ‘laagste prijs’ slechts in uitzonderingssituaties en onder bijzondere omstandigheden is toegestaan. Als de aanbestedende dienst deugdelijk kan motiveren waarom hij in de gegeven omstandigheden kiest voor het criterium laagste prijs, dan staat hem dat dus vrij. Het argument dat de financiële situatie van de aanbestedende dienst hem ertoe noopt om het criterium laagste prijs te hanteren kan afwijking van het wettelijke uitgangspunt evenwel niet rechtvaardigen. Een beperkt budget kan immers ook op een andere manier in de aanbesteding worden verwerkt, bijvoorbeeld door een maximumprijs in de aanbestedingsstukken op te nemen.¹²⁷

Verder oordeelt de rechter in dezelfde zaak dat indien als gunningscriterium emvi wordt gehanteerd, de wijze van uitwerking van de subcriteria daarbij inhoudelijk dient aan te sluiten. De uitwerking van de subcriteria mag er met andere woorden niet toe leiden dat de aanbestedende dienst, ondanks vermelding van het gunningscriteri-

um emvi, feitelijk voor het criterium laagste prijs heeft gekozen. De voorzieningenrechter benadrukt verder dat aanbestedende diensten in beginsel de vrijheid hebben om aan het subcriterium prijs meer gewicht toe te kennen dan aan de op de kwaliteit betrekking hebbende subcriteria, maar dat de vrijheid om dat te doen haar grens bereikt waar de keuze van de aanbestedende dienst voor het criterium van de emvi in werkelijkheid neerkomt op een keuze voor het gunningscriterium ‘laagste prijs’.¹²⁸

Waar precies het omslagpunt ligt tussen het gunningscriterium ‘laagste prijs’ en het gunningscriterium ‘emvi’, is echter niet in zijn algemeenheid te bepalen. Dat verduidelijkt de Voorzieningenrechter te Arnhem in een ander vonnis¹²⁹ in vervolg op de hiervoor genoemde uitspraak van 24 januari 2014. De rechter oordeelt dat het omslagpunt enkel van geval tot geval kan worden vastgesteld, waarbij rekening dient te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, zoals de specifieke gunningscriteria, hun (relatieve) gewicht, het voorwerp van de aanbesteding, de markt waarin de aanbesteding plaatsvindt, de mate waarin gunning op emvi zinvol is met het oog op de daarmee te verwezenlijken door de wetgever relevant geachte doelen, et cetera. In verband met de door de wetgever relevant geachte doelen verwijst de rechter naar de wetsgeschiedenis, waaruit volgt dat de hoofdregel dat de aanbestedende dienst een overheidsopdracht gunt op grond van emvi, voortkomt uit de wens dat de overheid meer duurzaam en innovatief inkoopt en de markt uitdaagt om in dat verband de meest optimale oplossingen aan te dragen.

In hetzelfde vonnis oordeelt de rechter dat als in het licht van alle relevante omstandigheden een aanbestedingsprocedure met als gunningscriterium ‘economisch meest voordelige inschrijving’ kwaliteitsaspecten voorschrijft die zo weinig gewicht hebben dat in feite sprake is van gunning aan de inschrijver met de laagste prijs, en de aanbestedende dienst daarvoor geen deugdelijke motivering kan geven, er aanleiding kan zijn voor een veroordeling tot heraanbesteding.¹³⁰

De beleidsvrijheid van aanbestedende diensten bij het formuleren van gunningscriteria komt verder tot uitdrukking in verschillende uitspraken waarin wordt geoordeeld dat van aanbestedende diensten niet kan worden verlangd dat zij exact of uitputtend omschrijven hoe zij wensen dat de inschrijver een bepaald kwaliteitscriterium invult om een maximale score te kunnen behalen. Dit zou immers elke concurrentie en inventiviteit uit de markt halen en zou bovendien het onderscheidend vermogen van inschrijvers verminderen.¹³¹ De CvA sluit

126 Vزر. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 21 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4154; Vزر. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 30 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8397.

127 Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454.

128 Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454; CvA 27 januari 2014, advies 48.

129 Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 3 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3493.

130 CvA 27 januari 2014, advies 48.

131 Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014,

zich bij deze lijn aan.¹³²

In navolging van jurisprudentie van het HvJ EU oordelen verschillende voorzieningenrechtters in het licht van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling dat het bij beoordeling van kwalitatieve criteria van belang is dat (i) aanbestedende diensten zodanige criteria formuleren dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld, en (iii) de aanbestedende diensten hun uiteindelijke keuze motiveren op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt.¹³³ De beoordelings- en beleidsvrijheid van aanbestedende diensten in dit verband wordt behandeld in paragraaf 14 van deze kroniek.

Uit het voorgaande volgt dat in ieder geval niet achteraf, bijvoorbeeld bij de beoordeling en motivering van de gunningsbeslissing, onbekende beoordelingsmodaliteiten mogen worden toegepast. Dat betekent dat de beoordelingsmodaliteiten niet gedurende de aanbestedingsprocedure mogen worden gewijzigd, waaronder een nadere invulling en het loslaten van criteria moet worden verstaan.¹³⁴ Op grond van de 'klassieke' jurisprudentie van het HvJ EU zijn de introductie van dergelijke nieuwe gunningscriteria strijdig met het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel.¹³⁵ Doet een aanbestedende dienst dat wel, dan riskeert hij veroordeeld te worden tot staking van de aanbestedingsprocedure.¹³⁶ Ook kan een rechter er onder omstandigheden voor kiezen om de aanbestedende dienst te veroordelen tot een herbeoordeling.¹³⁷

ECLI:NL:RBNNE:2014:1937; Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1938.

132 CvA 12 mei 2014, advies 79.

133 Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1937; Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1938; Vزر. Rb. Den Haag 6 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7228; CvA 12 mei 2014, advies 79; Vزر. Rb. Rotterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9809; Vزر. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 5 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1110; Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1363, CvA 12 mei 2014, advies 79; Vزر. Rb. Den Haag 6 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2967; Vزر. Rb. Den Haag 6 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2761; Vزر. Rb. Den Haag 27 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16579; CvA 17 maart 2014, advies 81.

134 Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1937; Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1938; Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:366; Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3665; Vزر. Rb. Den Haag 22 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7233.

135 HvJ EU 4 december 2003, zaak C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651.

136 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3665.

137 Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1937; Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1938.

b. Toelaatbaarheid (w.o. proportionaliteit) gunningscriteria, eisen en beoordelingsmethodiek

Het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers moet als een van de belangrijkste basisbeginselen van het aanbestedingsrecht worden beschouwd. Dit beginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen.¹³⁸

Gelet op het voorgaande dienen aanbestedingsprocedures zodanig te zijn vormgegeven dat niet slechts één aanbieder kan voldoen aan hetgeen wordt uitgevraagd. Gunningscriteria mogen met andere woorden niet discriminatoir zijn. De mate waarin een aangeboden product gelijk is aan het bestaande product is dan ook geen aanvaardbaar gunningscriterium.¹³⁹

Gunningcriteria zien naar hun aard op het voorwerp van de opdracht, terwijl geschiktheidseisen zien op de inschrijver zelf en niet op de inschrijving als zodanig. Tegen die achtergrond oordeelt de Voorzieningenrechter te Leeuwarden dat de beoordelingsmodaliteiten *generalist vs. specialist* en *kennis en ervaring met onderhoudsklusen van de aanbestedende dienst* niet toelaatbaar zijn als gunningscriterium. Deze beoordelingsmodaliteiten zien immers op de inschrijver in plaats van op de inschrijving. Onder bepaalde omstandigheden kunnen kwaliteitsaspecten betreffende de opdrachtnemer echter wel een directe relatie met de opdracht hebben, met name bij opdrachten die verband houden met diensten waarbij individuele bekwaamheden/kwaliteiten een rol spelen, zoals bijvoorbeeld bij intellectuele diensten het geval kan zijn.¹⁴⁰

Het gemiddelde van de aangeboden prijzen is geen aanvaardbaar gunningscriterium.¹⁴¹ Deze methode kan leiden tot een situatie waarin, bij een gelijke score op de overige voorwaarden, een aanbieding met een hogere prijs hoger kan scoren dan een goedkopere aanbieding. Dit verhoudt zich niet met het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving.

Het Hof te Leeuwarden is van oordeel dat het onnodig opnemen van elementen van de concurrentiegerichte dialoog in het kader van een niet-openbare procedure ongeoorloofd is. Dit brengt namelijk het gevaar mee dat de aanbestedende dienst in strijd handelt met het gelijkheidsbeginsel. Anders dan wat in de regelgeving is geregeld ten aanzien van de concurrentiegerichte dialoog is voor de vormgevingsessies – die tot doel hebben om specifiek ten aanzien van het ontwerpdeel voor de realisatie van een nieuwe beweegbare brug doelen, verwachtingen en

138 Vزر. Rb. Den Haag 4 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16374.

139 Vزر. Rb. Den Haag 4 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16374.

140 Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1937.

141 Vزر. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965.

uitwerking van partijen over en weer helder te krijgen – in de aanbestedingsstukken niet geregeld dat gehandhaafd wordt dat geen informatie wordt verstrekt die sommige deelnemers aan die sessies kan bevoordelen boven andere.¹⁴²

Gunningscriteria, gunningseisen en beoordelingsystematieken dienen voor de ontwikkeling van een gezonde mededinging ook proportioneel te zijn. Met name de CvA heeft zich in 2014 veelvuldig gebogen over dit proportionaliteitsvereiste.¹⁴³ De proportionaliteit van ‘social return’-voorwaarden dienen van geval tot geval te worden beoordeeld. Wel geldt volgens de CvA dat ‘social return’-voorwaarden bij opdrachten voor leveringen in beginsel als niet-proportioneel moeten worden beschouwd vanwege de lage arbeidscomponent van een dergelijke opdracht.¹⁴⁴

Voorschrift 3.9D van de Gids Proportionaliteit bepaalt, kort gezegd, dat het de aanbestedende dienst verboden is om onbeperkte aansprakelijkheid van inschrijvers te verlangen. Aan dit vereiste wordt voldaan als duidelijk is dat de aanbestedende dienst alle beperkingen van het BW van toepassing acht.¹⁴⁵ Of bij de inperking van de aansprakelijkheid van de inschrijver ook aan het proportionaliteitsvereiste wordt voldaan dient van geval tot geval te worden beoordeeld.¹⁴⁶ In ieder geval zal een wijziging van een eis of een beding, ook als dat gunstiger is voor een inschrijver, niet automatisch betekenen dat de betreffende bepaling ook proportioneel is, omdat dat afhangt van de uitleg van de betreffende eis of het beding.¹⁴⁷ Als de aanbestedende dienst op grond van een beoordeling van oordeel is dat de door hem gestelde eisen proportioneel zijn, is het aan de betwistende inschrijver om aannemelijk te maken dat de gestelde eisen disproportioneel zijn. Zo oordeelt de Voorzieningenrechter te Breda ten aanzien van de aansprakelijkheidsbeperking in een zaak over een aanbestedingsprocedure voor multifunctionele printers dat de desbetreffende inschrijver niet aannemelijk kan maken dat het exploderen en in brand vliegen van een printer niet reëel is, dat de desbetreffende aanbestedende dienst in die gevallen verzekerd zou zijn voor de schade jegens derden, en dat exoneratie van aansprakelijkheid voor schade jegens derden in de branche gebruikelijk is.¹⁴⁸

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 op zodanig duidelijke manier in de aanbestedingsdocumentatie worden geformuleerd, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en de betreffende bepalingen op dezelfde manier kunnen interpreteren. Daarnaast is de CAO-norm van belang. Deze norm houdt in dat de bewoordingen van die bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van de aanbestedingsstukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn.¹⁴⁹ De bedoelingen van de aanbestedende dienst zijn daarbij dus niet van belang, tenzij deze bedoelingen uit de aanbestedingsdocumenten en de toelichting kenbaar zijn.¹⁵⁰ Aan de hand van deze twee standaardnormen worden vele zaken beslecht.

Uit de CAO-norm volgt dat begrippen in de aanbestedingsstukken in de eerste plaats moeten worden uitgelegd aan de hand van de aanbestedingsstukken zelf en pas daarna eventueel aan de hand van andere bronnen (i.c. een internetsite).¹⁵¹ Ook de inschrijvingen dienen overigens conform de CAO-norm te worden uitgelegd. Dat betekent dat het aanbod van een inschrijver naar objectieve maatstaven dient te worden uitgelegd en dat de bewoordingen van het aanbod, gelezen in het licht van de gehele tekst, van doorslaggevende betekenis zijn.¹⁵² Het voorgaande kan ertoe leiden dat een definitie in het licht van de aanbestedingsstukken anders wordt uitgelegd dan in het gewone taalgebruik.¹⁵³ De nota van inlichtingen maakt integraal deel uit van de aanbestedingsstukken en is dan ook relevant in verband met het transparantiebeginsel. Hetgeen gedurende een informatiebijeenkomst is besproken zal echter niet snel relevant worden geacht voor de uitleg van de gunningscriteria en eisen, mede omdat in kort geding niet zal kunnen worden vastgesteld wat gedurende een dergelijke bijeenkomst precies is besproken.¹⁵⁴

De jurisprudentie biedt verschillende voorbeelden van aanbestedingsprocedures waarbij het transparantiebeginsel (volgens de rechter) is geschonden. Indien achteraf moet worden geconcludeerd dat het voor inschrijvers kennelijk niet duidelijk was aan de hand van welk gunningscriterium zou worden gegund, dan moet worden aangenomen dat het transparantiebeginsel is geschonden.¹⁵⁵ Dit is met name aan de orde bij inconsistenties,¹⁵⁶ onvolledigheden¹⁵⁷

142 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5273.

143 CvA 20 augustus 2014, advies 121.

144 CvA 18 november 2014, advies 166.

145 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 6 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7530.

146 CvA 9 oktober 2014, advies 154.

147 CvA 13 juni 2014, advies 105.

148 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 6 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7530.

149 Gerecht 11 juni 2014, T-4/13, ECLI:EU:T:2014:437.

150 Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1610.

151 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5273.

152 Vzr. Rb. Limburg 25 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8251.

153 Vzr. Rb. Den Haag 22 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7233.

154 Vzr. Rb. Den Haag 22 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7233.

155 Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7359; CvA 9 oktober 2014, advies 147.

156 Vzr. Rb. Amsterdam 25 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2540.

157 Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4742; Vzr. Rb. Rotterdam 18 juni 2014,

en multi-interpretabele definities¹⁵⁸ in de aanbestedingsstukken. Hetzelfde geldt als vooraf niet duidelijk is aan de hand van welke beoordelingsmethodiek zal worden beoordeeld.¹⁵⁹ Knock-outseisen dienen transparant te zijn. Zo oordeelt het Hof te Arnhem dat het transparantiebeginsel wordt geschonden wanneer een subjectief begrip zoals 'gebruiksvriendelijk' in een knock-outeis wordt gehanteerd zonder dat het begrip nader is gedefinieerd in de aanbestedingsstukken.¹⁶⁰

Schending van het transparantiebeginsel kan voor aanbestedende diensten een objectieve rechtvaardiging bieden om, na verduidelijking van de aanbestedingsstukken, tot heraanbesteding over te gaan.¹⁶¹ Onder bepaalde omstandigheden kan een rechter het aanvaardbaar vinden om bij schending van het transparantiebeginsel het level playing field te herstellen door het bieden van een nieuwe inschrijvingsronde aan de betrokken inschrijvers.¹⁶²

Een succesvol beroep door een inschrijver op een transparantiegebrek zal met name niet eenvoudig zijn wanneer uit verschillende inschrijvingen volgt dat inschrijvers de beoordelingsmethodiek op eenzelfde manier hebben geïnterpreteerd en dit bovendien overeenkomt met de wijze waarop de aanbestedende dienst deze beoordelingsmethodiek heeft bedoeld.¹⁶³

De jurisprudentie biedt ook voorbeelden van aanbestedingsprocedures die volgens de rechter, ondanks bezwaren van inschrijvers, in overeenstemming zijn met het transparantiebeginsel. Van belang in dit verband is dat van de behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver mag worden verwacht dat hij de aanbestedingsleidraad in zijn geheel leest en bestudeert.¹⁶⁴ Wanneer de aspecten waaraan invulling moet worden gegeven duidelijk zijn en redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zullen zijn te bepalen wat van hen wordt verwacht bij het invulling geven aan die aspecten, zal de rechter oordelen dat is voldaan aan het transparantiebeginsel.¹⁶⁵ Wat van

redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers kan worden verwacht, hangt mede af van de betreffende markt. Zo oordeelt de Voorzieningenrechter te Arnhem dat de gunningscriteria bij design-en-constructopdrachten een hoger abstractieniveau mogen hebben dan normaal, omdat daarmee in de betreffende markt voldoende richting aan inschrijvers wordt gegeven.¹⁶⁶ Het Gerecht oordeelt in een zaak over taalcursussen dat van taalspecialisten mag worden verwacht dat zij niet miskennen dat een culturele dimensie inherent is aan taalcursussen.¹⁶⁷

De enkele omstandigheid dat een aanbestedende dienst helderder had kunnen zijn door een eis op verschillende plekken in de aanbestedingsdocumentatie te herhalen is in ieder geval onvoldoende om te kunnen spreken van strijdigheid met het transparantiebeginsel.¹⁶⁸ In dezelfde lijn oordeelt het Hof te Leeuwarden dat uit bepaalde onduidelijkheden in een besteksplan nog niet volgt dat het plan in zijn geheel niet transparant is, met name wanneer op grond van andere aanwijzingen voldoende duidelijk is wat van inschrijvers wordt gevraagd.¹⁶⁹ Het Hof te Leeuwarden oordeelt in een andere zaak dat wanneer in een formule mathematisch gezien twee haakjes ontbreken dit niet automatisch tot gevolg heeft dat sprake is van strijdigheid met het transparantiebeginsel, met name als het gelet op de toelichting en de rekenvoorbeelden in de aanbestedingsstukken voor een inschrijver duidelijk had moeten zijn hoe de formule gehanteerd zou worden en wat het doel ervan is.¹⁷⁰

Wanneer in een subgunningscriterium in het verlengde van artikel 2.116 Aanbestedingswet 2012 staat aangegeven dat de inschrijving alle kosten moet omvatten en dat een inschrijver gedurende de uitvoering van de opdracht geen extra kosten in rekening kan brengen, is hiermee geen eis van kostendekkendheid door de aanbestedende dienst gegeven. Een dergelijke formulering laat volgens de Voorzieningenrechter te Almelo geen andere (redelijke) uitleg toe dan dat daarmee is beoogd te voorkomen dat een prijs in een later stadium zou kunnen worden verhoogd met kosten van de inschrijver.¹⁷¹

Bij een relatieve beoordelingsmethodiek is de positie van een inschrijver in de rangorde mede afhankelijk van hetgeen door de andere inschrijvers is aangeboden. De

ECLI:NL:RBROT:2014:4844.

158 Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 februari 2014,

ECLI:NL:RBGEL:2014:1610.

159 CvA 14 november 2014, advies 155.

160 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 6 mei 2014,

ECLI:NL:GHARL:2014:3665.

161 Vزر. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 17 december 2014,

ECLI:NL:RBMNE:2014:7359.

162 Vزر. Rb. Rotterdam 18 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4844.

163 Vزر. Rb. Amsterdam 19 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8500.

164 Vزر. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 30 juli 2014,

ECLI:NL:RBMNE:2014:3251.

165 Vزر. Rb. Rotterdam 13 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6822;

Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 20 januari 2014,

ECLI:NL:RBGEL:2014:2898; Vزر. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 20

januari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:214; Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats

Arnhem 3 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4272; Vزر. Rb. Oost-Brabant,

zittingsplaats Den Bosch 4 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1905; Vزر. Rb.

Overijssel, zittingsplaats Almelo 23 juli 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4077;

Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 16 december 2014,

200.155.277 (n.n.g.); Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem, 28 januari

2014 (c05/254118/ KG ZA 13-621 (n.n.g.); CvA 17 maart 2014, advies 81;

CvA 26 mei 2014, advies 102; CvA 24 april 2014, advies 70.

166 Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 juni 2014,

ECLI:NL:RBGEL:2014:4344.

167 Gerecht 11 juni 2014, T-4/13 ECLI:EU:T:2014:437.

168 Vزر. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 30 juli 2014,

ECLI:NL:RBMNE:2014:3251; Vزر. Rb. Den Haag 22 mei 2014,

ECLI:NL:RBDHA:2014:7233.

169 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 1 juli 2014,

ECLI:NL:GHARL:2014:5273.

170 Vزر. Rb. Den Haag 6 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7937.

171 Vزر. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 6 juni 2014,

ECLI:NL:RBOVE:2014:3245.

Voorzieningenrechter te Amsterdam oordeelt hieromtrent dat een aanbestedende dienst met het opstellen van abstracte criteria in de selectiebrochure een ruime mate van beoordelingsvrijheid creëert, die het hanteren van een relatieve beoordelingsmethodiek toelaat. Onder die omstandigheden is het hanteren van een relatieve beoordelingsmethodiek niet strijdig met het transparantiebeginsel, met name wanneer deze methode staat beschreven in het voor intern gebruik opgestelde beoordelingsprotocol en niet expliciet uit de aanbestedingsstukken volgt dat een absolute rekenkundige methode zou worden gehanteerd.¹⁷² Uit de enkele omstandigheid dat in de aanbestedingsstukken wordt bepaald dat een score wordt toegekend van 0 tot 9 kan niet worden afgeleid dat sprake is van een beoordeling zonder dat inschrijvingen onderling met elkaar zullen worden vergeleken.¹⁷³

De Hoge Raad bevestigt in 2014 in een arrest voornoemd uitgangspunt dat een beoordelingsmethodiek in zijn algemeenheid niet enkel op grond van haar relatieve karakter als strijdig met het gelijkheids- of transparantiebeginsel kan worden aangemerkt. Of sprake is van schending van voornoemde beginselen hangt mede af van de manier waarop een bepaalde beoordelingsmethode in het concrete geval is ingericht en toegepast.¹⁷⁴

Bovendien is de Hoge Raad van oordeel dat het evenmin in strijd is met het gelijkheidsbeginsel dat de score van de twee resterende inschrijvers bij een relatieve beoordeling, zoals die was vastgesteld (mede) in relatie tot de afgevalven inschrijver die aanvankelijk als eerste was geëindigd, in stand wordt gelaten. Dat is met name het geval wanneer in de aanbestedingsstukken expliciet is opgenomen dat indien de als eerste geëindigde inschrijver afvalt, de oorspronkelijke rangorde zal worden gehandhaafd en met de als tweede geëindigde inschrijver wordt doorgedaan (in het onderhavige geval was sprake van een verificatiebespreking op basis waarvan de aanvankelijk als eerste geëindigde inschrijver een ongeldige inschrijving bleek te hebben gedaan). De Hoge Raad overweegt dat die score tot stand is gekomen door een transparante en gelijkkelijk op hen toegepaste beoordelingsmethodiek. De enkele omstandigheid dat een andere onderlinge rangorde van de twee overgebleven inschrijvingen zou zijn verkregen, indien deze zouden zijn beoordeeld zonder daarbij de ongeldige inschrijver te betrekken, brengt volgens de Hoge Raad niet mee dat sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel.¹⁷⁵

Wij vinden het merkwaardig dat – gelet op het gelijkheidsbeginsel – een ongeldige inschrijving in geval van een relatieve beoordelingsmethodiek bij de rangorde nog een rol zou mogen spelen. Vooral omdat kennelijk het moment waarop de ongeldigheid wordt geconstateerd bepalend is voor de

uitkomst van de aanbestedingsprocedure. Als die ongeldigheid immers al in een eerder stadium was geconstateerd, dan zou dat tot een andere uitkomst hebben geleid.

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 verder dat de aanbestedende dienst de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moet uitleggen. De introductie van een nieuw gunningscriterium gedurende de aanbestedingsprocedure, al dan niet kort voor sluiting van de inschrijvingstermijn, is derhalve ongeoorloofd.¹⁷⁶ Datzelfde geldt ten aanzien van de wijziging van de verhouding tussen de subgunningscriteria.¹⁷⁷ De belangrijkste voorwaarden van de aanbesteding, waaronder de gunningscriteria, kunnen evenmin bij nota van inlichtingen worden gewijzigd.¹⁷⁸

Indien de aanbestedende dienst een niet besteksconforme beoordeling heeft uitgevoerd, dan kan een dergelijke beoordeling achteraf niet meer worden hersteld. Het – achteraf – wijzigen van het aanvankelijk toegepaste beoordelingsmodel,¹⁷⁹ of invullen van elementen die vooraf niet bekend zijn gemaakt,¹⁸⁰ is in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, hetgeen (veelal) dient te leiden tot een herbeoordeling.¹⁸¹

De Voorzieningenrechter te Almelo oordeelt dat het transparantiebeginsel is geschonden indien in de aanbestedingsdocumentatie een onjuiste wiskundige formule wordt gehanteerd die achteraf, na de aanbestedingsprocedure, wordt gecorrigeerd op een wijze die vooraf niet kenbaar was.¹⁸² Het repareren/corrigeren van een rekenkundige formule gedurende de aanbestedingsprocedure wordt in een andere zaak door de Voorzieningenrechter te Den Haag wél aanvaardbaar geacht, omdat het in dat geval niet aannemelijk was dat daarmee de belangen van inschrijvers werden geschaad.¹⁸³ Indien de aanbestedingsleidraad bepaalt dat inschrijvingen gelijktijdig en onafhankelijk van elkaar worden beoordeeld, op basis van een onderling vergelijk, dan is een afwijking van deze methodiek, waarbij één van de inschrijvers pas wordt beoordeeld nadat alle

172 Vrz. Rb. Amsterdam 19 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:9336.

173 CvA 12 mei 2014, advies 79.

174 HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078.

175 HvJ EU 22 juni 1993, C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257.

176 Gerecht 26 september 2014, T-91/12 en T-280/12, ECLI:EU:T:2014:832;

Rb. Rotterdam 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7824; Vrz. Rb. Amsterdam 25 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2540.

177 Vrz. Rb. Den Haag 24 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5696.

178 CvA 13 juni 2014, advies 105.

179 Vrz. Rb. Den Haag 25 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5342.

180 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3665.

181 Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1937; Vrz. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 28 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1601; Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1938.

182 Vrz. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 28 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1601.

183 Vrz. Rb. Den Haag 6 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7937.

andere inschrijvers reeds zijn beoordeeld, onaanvaardbaar.¹⁸⁴

Het voorgaande betekent niet dat er een totaal en absoluut verbod bestaat op het nader specificeren van een criterium dat in een eerder stadium bekend is gemaakt.¹⁸⁵ Indien door de aanbestedende dienst aannemelijk kan worden gemaakt dat een niet expliciet in de aanbestedingsstukken genoemd aspect onderdeel uitmaakt van een subgunningscriterium dat wel in de aanbestedingsstukken is opgenomen, dan oordeelt de rechter dat punten zijn toegekend op basis van aspecten die vooraf kenbaar zijn gemaakt.¹⁸⁶ Verder volgt uit zowel de Europese¹⁸⁷ als de nationale¹⁸⁸ jurisprudentie dat evenmin sprake is van nieuwe beoordelingsmodaliteiten wanneer aanbestedende diensten punten toekennen voor aanbiedingen die weliswaar niet expliciet zijn uitgevraagd in de aanbestedingsdocumentatie, maar door inschrijvers zijn aangeboden in het kader van het gunningscriterium 'toegevoegde waarde'. Ook aanwijzingen die vertrouwen geven in de haalbaarheid van de realisatie van de inschrijving kunnen worden meegenomen zonder dat direct sprake is van een nieuwe beoordelingsmodaliteit.¹⁸⁹ Er kan evenmin worden gesproken van een afwijking van de vooraf bekendgemaakte beoordelingsmethodiek of introductie van een nieuw gunningscriterium, wanneer een inschrijver ten onrechte in de veronderstelling verkeert dat een bepaalde eis is geëcarteerd.¹⁹⁰

De Voorzieningenrechter te Den Haag is van oordeel dat het een aanbestedende dienst vrijstaat om te kiezen voor een gunningssysteem waarbij kwaliteitsverschillen tussen de inschrijvingen worden uitvergroot.¹⁹¹ Uit de omstandigheid dat een aanbestedende dienst in zijn motivering verwijst naar de verschillen tussen twee inschrijvers kan niet worden afgeleid dat een relatieve beoordeling heeft plaatsgevonden en daarmee in strijd is gehandeld met de in de aanbestedingsstukken voorgeschreven absolute beoordelingssystematiek, aldus de rechter.¹⁹²

Voor zover een gewijzigde toepassing van de gunningscriteria of gunningssystematiek aannemelijk wordt gemaakt,¹⁹³

kan de rechter tot het oordeel komen dat opnieuw moet worden aanbesteed of dat een herbeoordeling dient plaats te vinden. Bij gemotiveerde betwisting door de aanbestedende dienst bestaat het risico dat de rechter oordeelt dat niet aannemelijk is gemaakt dat nieuwe beoordelingsmodaliteiten zijn geïntroduceerd.¹⁹⁴

Indien een vordering strekkende tot herbeoordeling er feitelijk toe zou leiden dat een ongeoorloofde wijziging van de gunningsvoorwaarden plaatsvindt, ligt toewijzing van een vordering strekkende tot heraanbesteding meer voor de hand dan een vordering strekkende tot herbeoordeling.¹⁹⁵ Dit is anders indien de aanbestedende dienst een onjuist beoordelingskader heeft toegepast en dit eenvoudig kan worden gecorrigeerd. In dat geval kan worden volstaan met een herbeoordeling.¹⁹⁶ In veel gevallen zal een herbeoordeling door een nieuwe onafhankelijke beoordelingscommissie aangewezen zijn.¹⁹⁷

12. Technische specificaties

Er is in 2014 een aantal zaken verschenen over technische specificaties.¹⁹⁸ 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.

Artikel 2.75 van de Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat aanbestedende diensten de door hen gestelde technische specificaties opnemen in de aanbestedingsstukken, en dat deze technische specificaties de inschrijvers gelijke toegang bieden en niet leiden tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging. Aanbestedende diensten mogen daarbij niet verwijzen naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is. Een inschrijver moet in zijn inschrijving aantonen dat het product, de dienst of het werk in overeenstemming is met de norm en voldoet aan de functionele en prestatie-eisen van de aanbestedende dienst.¹⁹⁹

De Voorzieningenrechter te Breda oordeelt in een zaak over portofoons dat het een veiligheidsregio gelet op haar ruime discretionaire bevoegdheid, de uitkomsten van uitgevoerde portofoontests in samenhang met de door de veiligheidsregio gegeven toelichting op haar keuze, die mede is ingegeven door veiligheidseisen, is toegestaan om een

184 V.zr. Rb. Den Haag 3 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16365.

185 Gerecht 26 september 2014, T-498/11, ECLI:EU:T:2014:831.

186 V.zr. Rb. Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7084; V.zr. Rb. Den Haag 21 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:14506; V.zr. Rb. Den Haag 27 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16579.

187 Gerecht 11 juni 2014, T-4/13 ECLI:EU:T:2014:437.

188 Rb. Rotterdam 20 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7378.

189 CvA 12 mei 2014, advies 79.

190 V.zr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 23 juli 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4077; V.zr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 10 september 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4750.

191 V.zr. Rb. Den Haag 24 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5696.

192 V.zr. Rb. Den Haag 6 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7937.

193 V.zr. Rb. Den Haag 19 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7938; V.zr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 12 september 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4818; V.zr. Rb. Limburg 11 december 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:11487.

194 V.zr. Rb. Den Haag 31 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13395.

195 V.zr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 14 oktober 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6478.

196 V.zr. Rb. Amsterdam 19 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8500.

197 V.zr. Rb. Den Haag 3 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16365.

198 HvJ EU 10 juli 2014, C-307/13, ECLI:EU:C:2014:2058.

199 ECLI:NL:RBLIM:2014:7935; CvA 23 juni 2014, advies 98.

specifieke technische portfoonspecificatie uit te vragen – ook al leidt dit ertoe dat een andere soort portfoon van de aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten. Het staat aanbestedende diensten overigens vrij om hun eisen en wensen te formuleren op basis van eigen onderzoek aan de hand van door gebruikers aangeleverde specificaties zonder daarbij marktpartijen van tevoren te raadplegen. Dit neemt niet weg dat de aanbestedende dienst haar aanbesteding niet mag inrichten op basis van overleg met één marktpartij.²⁰⁰

De CvA overweegt in een zaak over een aanbestedingsprocedure voor openbare verlichting dat sprake is van een overtreding van voornoemd voorschrift wanneer in de aanbestedingsdocumentatie wordt verwezen naar bepaalde merken, zonder dat deze merken zijn vergezeld van de woorden ‘of gelijkwaardig’. De aanbestedende dienst komt bovendien geen beroep toe op de uitzonderingsclausule wanneer hij gebruikmaakt van lijsten waarin meerdere merken worden genoemd waaruit een inschrijver dient te kiezen.²⁰¹ In een andere zaak, ook over armaturen, overweegt de CvA dat, aangezien technische specificaties waren opgenomen in de aanbestedingsstukken en elf inschrijvingen zijn gedaan met armaturen die aan de specificatie beantwoorden, moet worden aangenomen dat de eisen omtrent de technische specificaties niet zo specifiek zijn dat slechts met één type armatuur aan de technische specificaties kan worden voldaan, zodat deze niet leiden tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van opdrachten voor mededinging.²⁰²

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.²⁰³ Zoals volgt uit een arrest van het Hof te Amsterdam in een zaak over een aanbestedingsprocedure voor baggerwerkzaamheden, neemt het voorgaande niet weg dat het transparantiebeginsel eraan in de weg staat om een opdracht te gunnen aan een partij waarvan ten tijde van de gunning vaststaat dat hij niet zal kunnen voldoen aan de uitvoeringseis.²⁰⁴ De grens tussen geschiktheidseisen en uitvoeringsvoorwaarden is in die zin dus niet altijd even strikt.

Tot slot is in het kader van bijzondere uitvoeringsvoorwaarden het arrest van het HvJ EU van belang, waarin wordt verduidelijkt dat de in het kader van een aanbesteding opgelegde verplichting om een minimumloon te betalen niet zomaar mag worden uitgebreid tot werknemers van een in een andere lidstaat gevestigde onderaannemer, wanneer deze werknemers de betrokken opdracht uitsluitend in die staat uitvoeren. Het opleggen van een minimumloon in het kader van een aanbesteding is dus niet zomaar mogelijk.²⁰⁵

14. Toetsing overig handelen aanbestedende dienst

a. Marktconsultatie

Het staat een aanbestedende dienst in beginsel vrij om zijn eisen en wensen in een aanbestedingsprocedure te formuleren op basis van eigen onderzoek aan de hand van door gebruikers aangeleverde specificaties zonder daarbij marktpartijen tevoren te raadplegen. Hij mag zijn aanbesteding niet inrichten op basis van overleg met één marktpartij. Door echter geen openbare marktconsultatie te houden, waarbij potentiële inschrijvers zich kunnen uitlaten over eventueel te stellen wensen en eisen, neemt een aanbestedende dienst wel het risico dat zijn wensen en eisen zo specifiek zijn dat de standaardapparatuur daar niet aan kan voldoen en een aantal specificaties maatwerk vereisen. Dat maatwerk nodig is, zou kunnen worden afgeleid uit het grote aantal gestelde vragen in het kader van de in het kader van de aanbesteding gehouden inlichtingenronde(s). Consequentie is dat, indien potentiële inschrijvers zich daar niet op hebben kunnen voorbereiden, een langere inschrijvingstermijn is vereist dan in eerste instantie is gegeven.²⁰⁶

b. Belangenverstrengeling/voorkennis/level playing field

Als een partij door het verrichten van een voorstudie kennis heeft opgedaan over kosten en risico's van de opdracht, waarmee die partij vervolgens bij de inschrijving zijn voordeel kan doen, meer in het bijzonder bij het bepalen van de inschrijfsom, dan is dit concurrentievervalsing, aldus de voorzieningenrechter. Om die reden was die inschrijver op goede gronden uitgesloten van de aanbesteding.²⁰⁷

De enkele omstandigheid dat een van de inschrijvers door een gesprek met de aanbestedende dienst voorafgaand aan de inschrijving mogelijk een beter ‘gevoel’ heeft kunnen krijgen bij de opdracht, betekent nog niet dat die inschrijver daarmee een zodanige kennisvoorsprong heeft dat daardoor de mededinging is vervalst of uitgeschakeld. Er was om die reden dus geen sprake van een verstoring

200 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 27 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3579; Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 2 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3962.

201 CvA 10 februari 2014, advies 67.

202 CvA 23 juni 2014, advies 98.

203 Vزر. Rb. Rotterdam 13 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:682.

204 Hof Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1583.

205 HvJ EU 18 september 2014, C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235.

206 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 27 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3579 en Vزر. Rb. Den Haag 3 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16365, in welke zaak juist geen sprake was van concurrentievervalsing.

207 Vزر. Rb. Den Haag 7 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:53; Vزر. Rb. Den Haag 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12126; Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 25 augustus 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3611.

van het level playing field.²⁰⁸

Het vereiste dat een aanbestedende dienst een gelijk speelveld dient te creëren voor de potentiële inschrijvers houdt in dat hij inschrijvers in gelijke mate in staat stelt een concurrerende inschrijving te doen. Dat betekent volgens de CvA dat als de mogelijkheid aan inschrijvers is geboden tot het indienen van inschrijvingen door middel van deponering in een bus, dit op grond van de zorgvuldigheid en het transparantiebeginsel met zich brengt, dat de aanbestedende dienst geëigende maatregelen treft om te voorkomen dat na het verstrijken van het tijdstip van de aanbesteding nog inschrijvingen in de bus kunnen worden gedeponeerd. Dit klemmt temeer wanneer, zoals in dit advies aan de orde, sprake is van een bus in een hal die niet voortdurend door een medewerker van de aanbestedende dienst in de gaten wordt gehouden.²⁰⁹

Het aanbestedingsrecht heeft verder niet tot doel op voorhand verschillen die tussen potentiële inschrijvers bestaan te elimineren. Dat er dus inschrijvers zijn met een verschillend niveau van kennis, kunde en technische mogelijkheden is een constatering die in beginsel losstaat van de vraag of sprake is van een gelijk speelveld.²¹⁰

Het is echter in strijd met het gelijkheidsbeginsel als een gunningscriterium, te weten de ‘mate van gelijkheid aan bestaande inwerpzuil’, wordt gehanteerd waarop alleen de zittende leverancier maximaal kan scoren. Het exact kopiëren van die bestaande inwerpzuil is immers door de aanbestedende dienst verboden (hetgeen overigens ook rechtens niet is toegestaan). Om die reden is de zittende leverancier onmiskenbaar in het voordeel ten opzichte van de andere inschrijvers.²¹¹

c. Beoordelings- en beleidsvrijheid aanbestedende dienst en beoordelingscommissie

Uitgangspunt is dat terughoudendheid moet worden betracht als het gaat om ingrijpen in een lopende aanbestedingsprocedure in een fase voorafgaand aan de voor de inschrijvingen bepaalde sluitingsdatum. Dat vloeit voort uit het feit dat een aanbestedende dienst binnen de aanbestedingsrechtelijke kaders een discretionaire bevoegdheid heeft om de aanbesteding vorm te geven zoals hij dat wenselijk acht. Daarnaast is volgens de rechter relevant dat ook de belangen van niet in dat kort geding betrokken derden (zoals andere potentiële inschrijvers) kunnen worden geraakt. Als uitgangspunt hanteert de rechter dan ook het criterium dat evident onjuiste of evident onredelijke keuzes

zijn gemaakt door de aanbestedende dienst, waardoor op voorhand moet worden geoordeeld dat de aanbestedingsprocedure elementen bevat die in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel of de proportionaliteit. Dat was in deze zaak niet het geval.²¹²

Een aanbestedende dienst is in beginsel vrij in zijn keuze voor de gunningscriteria die hij zal hanteren. Die vrijheid wordt beperkt doordat hij slechts criteria kan kiezen die leiden tot gunning aan de economisch meest voordelige inschrijving. Het hanteren van een gunningsmethode van gemiddelde prijzen, waarbij bij een (min of meer) gelijke score op de overige voorwaarden, een aanbieding met een hogere prijs hoger kan scoren dan een goedkopere aanbieding, is dan ook niet toegestaan.²¹³

Uitgangspunt bij de beoordeling van de inschrijvingen op de kwaliteitscriteria is dat een aanbestedende dienst een ruime beoordelingsvrijheid toekomt. Dit betekent dat de voorzieningenrechter bij de beoordeling van door de beoordelingscommissie in cijfers gegeven waarderingen slechts marginaal kan toetsen of de scores binnen de toegekende beoordelingsvrijheid vallen en of de beoordeling op de voorgeschreven wijze is uitgevoerd.²¹⁴

Omdat een inschrijver een voorwaardelijke planning had ingediend, is het volgens de voorzieningenrechter niet aannemelijk dat die planning had moeten worden beoordeeld met ten minste de score 3, zijnde de score die de inschrijver nodig heeft om de aanbesteding te winnen. Om die reden wordt de vordering tot herbeoordeling afgewezen.²¹⁵

Die marginale toetsing houdt volgens een andere rechter in dat hij beoordeelt of de door de aanbestedende dienst uitgevoerde beoordeling van de inschrijving, wat betreft de puntenscore plus motivering, voldoende grondslag vindt in de aanbestedingsstukken. Dat betekent volgens deze rechter dat het niet aan hem is om kwalificaties als ‘goed’ of ‘zeer goed’ aan onderdelen van de inschrijving te hechten. Aan de aangewezen beoordelaars komt dan ook de nodige vrijheid toe. Dat volgt vooral uit het feit dat zij geacht mogen worden te zijn aangewezen vanwege hun specifieke deskundigheid. Bij de weging van de beoordeling welk cijfer wordt toegekend, is de beoordelingscommissie dan ook vrij. Slechts indien sprake zou zijn van aperte procedurele dan wel inhoudelijke onjuistheden dan wel onduidelijkheden die zouden kunnen meebrengen dat de (voorlopige) gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen door

208 Vzr. Rb. Rotterdam 4 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:692; Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360; Gerecht 11 juni 2014, T-4/13, ECLI:EU:T:2014:437.

209 CvA 10 april 2014, advies 82.

210 Vzr. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 16 oktober 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8758, Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 21 juli 2014, ECLI:NL:ROBR:2014:4154.

211 Vzr. Rb. Den Haag 4 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16374.

212 Vzr. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 16 oktober 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8758.

213 Vzr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965.

214 Vzr. Rb. Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7084; Vzr. Rb. Rotterdam 3 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2189; Vzr. Rb. Rotterdam 17 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1486; Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 12 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:710.

215 Vzr. Rb. Den Haag 21 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:14506.

de rechter.²¹⁶

Tot datzelfde oordeel komt de rechter in een zaak waarin sprake is van een aanbesteding van een engineer & constructieopdracht, waarin van inschrijvers verwacht werd dat zij zelf met innovatieve en creatieve ideeën kwamen. Het was daarom niet aan de rechter om punten toe te kennen, maar aan de beoordelingscommissie. Ook in deze zaak oordeelt de rechter dat aan de beoordelaars, gelet op hun deskundigheid, de nodige vrijheid toekomt en dat bij de weging van de beoordeling, te weten welk puntenaantal wordt toegekend, de beoordelingscommissie vrij is.²¹⁷

Een zekere mate van subjectiviteit is inherent aan een beoordeling op kwaliteitscriteria.²¹⁸ Het Haagse Hof acht het daarbij van belang dat de aanbestedende dienst maatregelen heeft getroffen om de kans op schending van het gelijkheidsbeginsel te minimaliseren en de objectiviteit van de beoordeling te waarborgen. Die maatregelen bestaan uit anonimisering van de schetsontwerpen en het aanwijzen van een beduidend aantal deskundige leden, die in meerderheid van de aanbestedende dienst onafhankelijk zijn.²¹⁹

Ook als het gaat om de toets door een aanbestedende dienst of een inschrijver voldoet aan de geschiktheidseisen, oordeelt de rechter dat aan die aanbestedende dienst een grote mate van beoordelingsvrijheid toekomt. Deze beoordelingsvrijheid vindt echter een grens in het gerechtvaardigde belang dat een afgewezen inschrijver er bij heeft om aan de hand van door de aanbestedende dienst verstrekte inlichtingen te kunnen beoordelen of sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel en of de door de aanbestedende dienst uitgevoerde beoordeling juist is geweest, zodat zij daartegen desgewenst op adequate wijze beroep kan instellen.²²⁰

216 Vrz. Rb. Rotterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9809; Vrz. Rb. Den Haag 6 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7228, welk vonnis in hoger beroep is bekrachtigd in Hof Den Haag 15 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2675.

217 Vrz. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4344.

218 CvA 12 mei 2014, advies 79; Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1937; Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1938; Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360; Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden, 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1361; Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1363; Vrz. Rb. Den Haag 6 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2967; Vrz. Rb. Den Haag 6 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2761; Vrz. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 5 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1110.

219 Hof Den Haag 15 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2675.

220 Vrz. Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7930.

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

a. (Niet-)besteksconform

Ook in 2014 is het onderwerp (on)geldigheid veelvuldig aan bod gekomen. Deze rechtspraak is naar haar aard casuïstisch. Desalniettemin kunnen daaruit de volgende, meer algemene lijnen worden gedestilleerd.

Verzoeken tot deelneming c.q. inschrijvingen die niet (volledig) voldoen aan de eisen gesteld in de wet, de aankondiging, het bestek, de nota(s) van inlichtingen, et cetera, zijn volgens vaste jurisprudentie ongeldig en mogen daarom niet in aanmerking worden genomen. Dit vanwege het beginsel van gelijke behandeling,²²¹ welk beginsel prevaleert boven eventueel opgewekt vertrouwen dat sprake is van een geldige inschrijving.²²² Voorwaarde is wél dat de eisen transparant (en proportioneel) zijn c.q. dat er een duidelijke sanctie staat op het niet (volledig) voldoen aan die eisen.²²³ In een aantal zaken wordt in verband met dit laatste overwogen dat de aanwezigheid van een specifieke sanctie in de aanbestedingsdocumenten niet vereist is, maar dat het gelijkheidsbeginsel en/of de algemene ongeldigheidsbepalingen in het ARW voldoende basis zijn/is om tot terzijdelegging over te kunnen gaan.²²⁴ In het kader van voornoemde transparantiebeoordeling wordt doorgaans de zogenaamde CAO-norm gehanteerd, waarbij het transparantiebeginsel de grenzen van die uitleg bepaalt.²²⁵ Wanneer de voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure niet op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige manier zijn geformuleerd, kan de aanbestedende dienst de procedure niet voortzetten en kan dus ook niet worden vastgesteld of sprake is van (on)-

221 Vgl. HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078 onder verwijzing naar HvJ EG 22 juni 1993, C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257; Vrz. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007; Vrz. Rb. Rotterdam 10 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9450.

222 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5273.

223 Vrz. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 14 januari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:151; Vrz. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 20 januari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:214; Vrz. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007; Hof Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:538; Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 21 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1452 (bekrachtigd door Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5273); Vrz. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 21 maart 2014, C/16/362066/KG ZA 14-76 (n.n.g.), bekrachtigd in hoger beroep door Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7724; Vrz. Rb. Noord-Holland 28 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2849; CvA 3 maart 2014, advies 63; Vrz. Rb. Den Haag 20 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6203 en Vrz. Rb. Den Haag 20 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6204; Vrz. Rb. Den Haag 22 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7233; Vrz. Rb. Amsterdam 2 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5580.

224 Vrz. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 1 december 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:7463.

225 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5273; Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4220.

geldigheid.²²⁶

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. En dus niet bijvoorbeeld (ook) op informatie die op de website van een inschrijver staat over diens ervaring.²²⁷ Of besteksconform is ingeschreven, of de inhoud van de aanbieding voldoet aan het bestek, moet volgens de Rechtbank Limburg als zodanig blijken uit de ingeleverde inschrijvingsformulieren; de aanbestedingsbrief maakt daarvan geen onderdeel uit.²²⁸

Voor zover wij dat hebben kunnen nagaan, leidt de geconstateerde ongeldigheid vrijwel altijd tot afwijzing van de vorderingen van de desbetreffende gegadigde c.q. inschrijver en dus niet, zoals in het verleden wel gebeurde, tot niet-ontvankelijkheid.

Verder signaleerden wij vorig jaar dat er sinds de HR-arresten van 7 december 2012 een einde leek 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 beriep op de ongeldigheid van een inschrijving.²²⁹ 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 redenen; nader toelichten mag wél. Deze rechtsregel werd in 2013 al vrij consequent toegepast en deze lijn wordt in 2014 doorgezet,²³⁰ ook in het kader van een meervoudig onderhandse procedure.²³¹ Wil (moet) een aanbestedende dienst zich na de communicatie van de voorlopige gunningsbeslissing alsnog beroepen op de ongeldigheid van een inschrijving, dan zal hij die beslissing daarom in principe eerst moeten intrekken en een nieuwe beslissing moeten communiceren, met daarbij een nieuwe standstilltermijn. Of hij kan via de tussenkomende partij proberen de ongeldigheid alsnog aan de orde te laten stellen. De Rotterdamse Voorzieningenrechter heeft namelijk in het kader van een meervoudig onderhandse procedure geoordeeld dat de tussenkomende partij als belanghebbende vanwege het beginsel van gelijke behandeling de ongeldigheid van de inschrijving van een concurrent moet kunnen inroepen, mits er geen

aanwijzingen zijn dat de tussenkomende partij dat beroep op een eerder moment heeft kunnen doen.²³²

In een zaak die aan de Haagse Voorzieningenrechter werd voorgelegd, deed zich een andere situatie voor.²³³ Daarin trok de aanbestedende dienst zijn aanvankelijke gunningsvoornemen ten gunste van inschrijver A namelijk in, omdat inschrijver B alsnog geldig bleek te hebben ingeschreven en daarmee voor gunning in aanmerking kwam. De aanbestedende dienst richtte om die reden een nieuw gunningsvoornemen tot B. Overwogen wordt dat het de aanbestedende dienst – ook na het verstrijken van de Alcatel-termijn – in beginsel vrijstaat om op een eerder geuit gunningsvoornemen terug te komen naar aanleiding van eigen onderzoek of reacties van andere inschrijvers. Indien bij nader inzien blijkt dat het eerdere voornemen niet in overeenstemming is met de aanbestedingsstukken, dient het eventueel bij de (aanvankelijk) winnende inschrijver opgewekte vertrouwen dat de opdracht definitief aan hem zou worden gegund te wijken voor het in het aanbestedingsrecht verankerde beginsel van gelijke behandeling. Kortom, A kon zich niet verzetten tegen de intrekking van het voornemen om aan hem te gunnen.

Tot zover enkele meer algemene lijnen die uit de ongeldigheidsjurisprudentie kunnen worden afgeleid.

Onder andere de volgende ‘gebreken’ die verband houden met de *geschiktheidsbeoordeling* hadden ongeldigheid, terzijdelegging of uitsluiting van verdere deelname tot gevolg: het doen van een beroep op de ervaring van een of meer overigens niet in de inschrijving genoemde derden, van wie echter geen gebruik zal kunnen worden gemaakt, omdat deze derden al in het team van een concurrent-inschrijver zitten;²³⁴ het niet voldoen aan de ‘uitvoeringseis’ dat minimaal 50 procent van het werk met eigen middelen moet worden uitgevoerd (verondersteld wordt dat géén sprake is van een geschiktheidseis, maar van een uitvoeringseis; ook dan verzetten het centrale in het aanbestedingsrecht geldende beginsel van gelijke behandeling en het daarop gebaseerde transparantiebeginsel zich ertegen dat aan een inschrijver wordt gegund, wanneer al ten tijde van de gunning vaststaat dat deze inschrijver niet aan de 50%-eis kan voldoen, aldus het hof);²³⁵ het niet bij de inschrijving voegen van het geëiste certificaat (Keurmerk Beveiliging) of een gelijkwaardig bewijsstuk;²³⁶ het indienen van een referentie die niet voldoet aan een van de geëiste

226 Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1610; Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3665.

227 CvA 24 april 2014, advies 70.

228 Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 4 juni 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4986.

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

230 Vzr. Rb. Rotterdam 28 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9989.

231 Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 12 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:710; Vzr. Rb. Rotterdam 10 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9450.

232 Vzr. Rb. Rotterdam 10 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9450.

233 Vzr. Rb. Den Haag 7 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5633.

234 Hof Den Bosch 1 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:939.

235 Hof Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1583. Vgl. ook Vzr. Rb. Den Haag 4 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10785. Daarin wordt geoordeeld dat de aanbestedende dienst er op dit moment gerechtvaardigd van uit kan/mag gaan dat de voorlopig gegunde inschrijver kan voldoen aan de gestelde eisen. De twijfels die eiseres daarover uitte, vindt de rechter onvoldoende redenen om anders te oordelen.

236 Vzr. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 5 augustus 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7010. Dit vonnis is in hoger beroep bekrachtigd door Hof Den Bosch 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5467.

kerncompetenties;²³⁷ het ter zake van een referentie-eis doen van een beroep op een Belgische onderaannemer die geen ervaring heeft met zogenaamde WAHV-controles (hoewel de betreffende inschrijver volgens de rechter dus een ongeldige inschrijving heeft gedaan, wordt geoordeeld dat de gemeente de aanbesteding niet kan voortzetten omdat sprake is van een discriminatoire eis);²³⁸ het op straffe van uitsluiting niet binnen de gestelde termijn voor het indienen van de inschrijvingen overleggen van een vervangende verklaring in verband met artikel 45 Richtlijn;²³⁹ het op straffe van uitsluiting ontbreken van de voorgeschreven bereidverklaring bank;²⁴⁰ het niet voldoen aan de eis dat minstens twee relevante referenties moeten worden overgelegd op het gebied van ‘bemenst toiletconcept’;²⁴¹ het niet voldoen aan een referentie-eis.²⁴²

Onder andere de volgende ‘gebreken’ die verband houden met *materiële/inhoudelijke eisen* hadden ongeldigheid, terzijdelegging of uitsluiting van verdere deelname tot gevolg: het indienen van ritplanningsformulieren die tientallen fouten bevatten, welke ritplanningsformulieren bedoeld zijn voor de controle van de juistheid van de eveneens bij inschrijving in te dienen vergoedingsindicatoren;²⁴³ het in strijd met een duidelijke aanbestedingsvoorwaarde niet indienen van een aanbieding per perceel, maar in plaats daarvan een totaalaanbieding;²⁴⁴ het in een bijlage bij de inschrijving niet opnemen van een inschrijfprijs voor de gevraagde vaste werkzaamheden, maar een optelling van de inschrijfprijs voor de variabele werkzaamheden en de gevraagde ontleiding van de inschrijfprijs voor die vaste werkzaamheden;²⁴⁵ het in strijd met de aanbestedingsdocumentatie al buiten het ontwerpgebied versmallen van de breedte van een kanaal;²⁴⁶ het niet (al bij inschrijving) voldoen aan (alle) (minimum)eisen van het PvE inzake de afmeting van de te leveren containers (en het ook niet voldoen aan een geschiktheidseis inzake het hebben van bepaald materieel);²⁴⁷ een gebrekkige financiële

onderbouwing van de inschrijving als gevolg waarvan in strijd met de bestekseisen wordt gehandeld;²⁴⁸ niet voldoen aan de dwingend voorgeschreven indeling en oppervlakten van het aan te bieden clubgebouw;²⁴⁹ het niet bij de inschrijving indienen van het gevraagde plan van aanpak (in het kader van een laagste-prijsaanbesteding);²⁵⁰ het niet in de inschrijving (vermelden en) aantonen dat is gerekend met gelijkwaardige armaturen, en het niet aangeven welke kortingspercentages worden gehanteerd ten aanzien van de betreffende armaturen;²⁵¹ het niet invullen van twee besteksposten in de inschrijvingsstaat;²⁵² het inschrijven met een negatief bedrag (omdat een negatief bedrag i.c. niet kan worden geacht alle gemaakte kosten voor de betreffende bestekspost te dekken, aangezien daarmee geen opbrengsten worden gegenereerd);²⁵³ het ontbreken bij de inschrijving van het geëiste inschrijvingsbiljet;²⁵⁴ het verwerken van een commerciële korting in de prijzen per eenheid in plaats van in de daarvoor bestemde bestekspost in de specificatie van de eenmalige kosten;²⁵⁵ het indienen van een aanbiedingsontwerp waarbij de eisen van stedenbouwkundige inpassing niet in acht worden genomen;²⁵⁶ het opvoeren van bepaalde kosten bij de post eenmalige kosten, terwijl de methodiek met zich brengt dat deze kosten bij de integrale projectkosten moeten worden vermeld;²⁵⁷ het niet besteksconform offeren van verkeerslantaarns terwijl varianten/alternatieven niet zijn toegestaan;²⁵⁸ het onder de verkeerde post prijzen van bepaalde kosten en het niet meenemen van bepaalde kosten in de inschrijving, waardoor niet wordt voldaan aan de in de pre-awardfase toe te passen conformiteitstoets;²⁵⁹ het niet voldoen aan het programma van eisen, dat vereist dat de aangeboden sportkleding bekendheid geniet door reclame die direct op de consument is gericht;²⁶⁰ het aanbieden van onrealistische en niet-marktconforme prijzen;²⁶¹ het aanbieden van camera’s die niet gelijkwaardig zijn;²⁶² het ontbreken van bepaalde

Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7724.

237 Vrz. Rb. Den Haag 11 augustus 2014, C/09/468742/KG ZA 14-770 (n.n.g.).

238 Vrz. Rb. Den Haag 22 september 2014, C/09/462965/KG ZA 14-382, ECLI:NL:RBDHA:2014:11702, maar n.n.g. Dit vonnis betreft het vervolg op het eerdere tussenvonnis in deze zaak: Vrz. Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7930.

239 HvJ EU 6 november 2014, C-42/13, ECLI:EU:C:2014:2345.

240 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 11 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8646.

241 Vrz. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 19 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5888.

242 Vrz. Rb. Den Haag 27 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2961; Gerecht 23 mei 2014, T-553/11, ECLI:EU:T:2014:275.

243 Vrz. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 14 januari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:151.

244 Vrz. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007.

245 Hof Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:538.

246 Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 21 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1452. Dit vonnis is in hoger beroep bekrachtigd: Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5273.

247 Vrz. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 21 maart 2014, C/16/362066/KG ZA 14-76 (n.n.g.), bekrachtigd in hoger beroep door

248 Vrz. Rb. Noord-Holland 21 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2536.

249 Vrz. Rb. Noord-Holland 28 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2849.

250 CvA 3 maart 2014, advies 63.

251 CvA 10 februari 2014, advies 67.

252 Vrz. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 4 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4271.

253 Vrz. Rb. Den Haag 25 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5342.

254 Vrz. Rb. Den Haag 20 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6203 en Vrz. Rb. Den Haag 20 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6204.

255 Vrz. Rb. Rotterdam 21 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3931.

256 Vrz. Rb. Den Haag 22 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7233.

257 Vrz. Rb. Den Haag 23 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7312 en Vrz. Rb. Den Haag 23 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7316.

258 Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 4 juni 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4986.

259 Vrz. Rb. Den Haag 19 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7938.

260 Vrz. Rb. Den Haag 21 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10788.

261 Vrz. Rb. Noord-Holland 26 augustus 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8707.

Ook in een andere zaak wordt niet voldaan aan een marktconformiteits-eis: Vrz. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 18 december 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:8105.

262 Vrz. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 28 augustus 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7551.

informatie in het vervoerplan (welke informatie wél zou zijn te herleiden uit andere inschrijvingsbescheiden);²⁶³ het niet kunnen laten zien dat de aangeboden producten conform de voorgeschreven specificatie op drie referentieprojecten per categorie daadwerkelijk in de praktijk zijn toegepast (als gevolg waarvan eiseres niet wordt toegelaten tot de erkenningsregeling);²⁶⁴ het hanteren van een verouderde versie van het inschrijfformulier, waarin een andere rekenformule wordt gebruikt dan in de meest actuele versie van het inschrijfformulier die volgens de aanbestedingsstukken moest worden gehanteerd;²⁶⁵ het bij het opstellen van een inschrijving gebruikmaken van de dienstverlening van een adviseur die ook de aanbestedende dienst adviseert, als gevolg waarvan sprake is van belangenverstremming;²⁶⁶ het na de voorlopige gunning niet binnen de gestelde termijn afronden van een *proof of concept*;²⁶⁷ het indienen van een planning die niet aan de eisen voldoet;²⁶⁸ het (bewust) in strijd met de waarheid inschrijven doordat de in de inschrijving genoemde machines/installaties niet overeenkomen met al door de aanbestedende dienst in een bijlage genoemde machines (in combinatie met een drietal andere ongeldigheidsredenen, waaronder het niet bij de inschrijving voegen van onderhoudscontracten).²⁶⁹

Tot slot enkele zaken waarin een min of meer *formeel gebrek* tot ongeldigheid, terzijdelegging of uitsluiting van verdere deelname leidde: het in strijd met de toepasselijke voorwaarden contact opnemen over de aanbesteding met de wethouder in plaats van de daarvoor uitdrukkelijk aangewezen functionarissen via het daarvoor bestemde instrument;²⁷⁰ het niet tijdig indienen van de (volledige) inschrijving via TenderNed;²⁷¹ het indienen van een plan van aanpak van 11 in plaats van de maximaal toegestane 10 pagina's, waarvan één pagina – een bijlage – op A3-formaat in plaats van het voorgeschreven A4-formaat, ook al staat er geen specifieke sanctie op overtreding van deze eis;²⁷² het

indienen van een aanvraagdossier dat niet juist, oprecht en volledig is.²⁷³

Onder de gegeven, specifieke omstandigheden van het geval leidden onder andere de volgende 'gebreken' c.q. omstandigheden níét tot ongeldigheid, terzijdelegging of uitsluiting van verdere deelname: het met het oog op een bepaalde eis niet bij inschrijving overleggen van een huis-aan-huisblad met een Deventers nieuwskarakter, ook al moet in het kader van een andere eis op straffe van knock-out wel een huis-aan-huisblad bij de inschrijving worden gevoegd;²⁷⁴ het inschrijven met een referentie waarbij van een andere onderaannemer gebruik is gemaakt dan bij de uitvoering van de opdracht zal gebeuren;²⁷⁵ het aanbieden van beheerssoftware op basis waarvan het niet (ook) mogelijk is voor de beheerder om overzichten, selecties en dergelijke als gebruiker over alle datasets in één keer en tegelijk te maken (omdat dit verder zou gaan dan de eis die in het bestek is vermeld);²⁷⁶ contact opnemen met een ander dan de daartoe aangewezen contactpersoon van de aanbestedende dienst (uitsluiting om die reden wordt disproportioneel geacht);²⁷⁷ het onjuist overnemen in de inschrijvingsstaat van aantallen uit een bijlage;²⁷⁸ het niet voldoen aan een onduidelijke voorwaarde van een NEN-norm ten aanzien van het maximale hellingspercentage;²⁷⁹ het aanbieden van een prijs die (enigszins) afwijkt van de catalogusprijs (omdat dit niet een niet-marktconforme prijs oplevert);²⁸⁰ het inschrijven op basis van prijzen en tarieven die niet marktconform en kostendekkend zouden zijn;²⁸¹ de verklaring van een inschrijver dat hij voldoet aan een eis van een minimum van 25 procent redactionele pagina's (eiseres slaagde er niet in het tegendeel te bewijzen);²⁸² het vermeend niet voldoen aan een (kern)competentie in het kader van een referentie-eis;²⁸³ het terzijde leggen van een inschrijving op basis van

263 Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 10 september 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4750. Hoewel de rechter tot de conclusie komt dat de inschrijving van eiseres niet aan de gestelde eisen voldoet, wordt tegelijkertijd overwogen dat niet wordt toegekomen aan de overige stellingen van partijen, waaronder die welke betrekking hebben op de (on)geldigheid van de door eiseres gedane inschrijving. Daardoor is niet helemaal duidelijk of het genoemde gebrek daadwerkelijk tot ongeldigheid leidt of tot het oordeel van de rechter dat de aanbestedende dienst terecht slechts 2 punten heeft toegekend, als gevolg waarvan eiseres niet voor gunning in aanmerking komt.

264 Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 17 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6430.

265 Vzr. Rb. Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13368.

266 Vzr. Rb. Den Haag 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12126.

267 Vzr. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 20 oktober 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8877.

268 Vzr. Rb. Rotterdam 10 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9450.

269 Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 1 december 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:7463.

270 Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 14 januari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:151.

271 CvA 26 mei 2014, advies 102; Vzr. Rb. Den Haag 10 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12423.

272 Vzr. Rb. Den Haag 25 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10786.

273 Gerecht 26 september 2014, T-91/12 en T-280/12, ECLI:EU:T:2014:832.

274 Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 20 januari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:214.

275 Vzr. Rb. Amsterdam 10 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:681.

276 Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 12 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:710. Daarbij was van belang dat het aan de orde zijnde 'gebrek' (niet voldoen aan een eis) niet duidelijk werd bedreigd met de sanctie van uitsluiting, terwijl dat volgens de eerder genoemde HR-arresten van 7 december 2012 wél is vereist om tot uitsluiting te kunnen overgaan.

277 Vzr. Rb. Noord-Holland 21 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2536.

278 CvA 10 februari 2014, advies 67.

279 Vzr. Rb. Amsterdam 9 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1827.

280 Vzr. Rb. Den Haag 24 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5696.

281 Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 6 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3245. Vgl. ook CvA 24 april 2014, advies 70. Daarin komt de CvA tot het oordeel dat zij op basis van de beschikbare informatie niet kan beoordelen of de twijfel van klager ten aanzien van de marktconformiteit van de prijs van de winnaar gegrond is en verklaart deze klacht daarom ongegrond.

282 Rb. Rotterdam 20 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7378.

283 Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4220. Opmerkelijk aan deze zaak is dat de rechter de onderhavige geschiktheidseis eerst uitlegt op basis van de CAO-norm, om vervolgens te constateren dat het referentieproject van eiseres daarvan voldoet, waarna de gemeente wordt veroordeeld om de staking van

een eis die niet duidelijk uit het programma van eisen blijkt en het hanteren van een andere vorm van verzinken dan thermisch verzinken volgens NEN-EN-ISO 1461 omdat de aanbestedingsleidraad daarvoor de ruimte biedt wanneer gebruik wordt gemaakt van dun plaatmateriaal;²⁸⁴ het niet opgeven van het gevraagde percentage social return op de totale aanneemsom;²⁸⁵ het vermeend niet voldoen aan de eis dat de aan te bieden kunstgrasmat op de datum van inschrijving daadwerkelijk erkend en gecertificeerd is naar de normen van NOC-NSF en de KNHB dan wel in onderzoek is;²⁸⁶ het inschrijven met doorzichtige paneeldeksele, omdat deze geen deel uitmaken van de behuizing die volgens het bestek ondoorzichtig moet zijn;²⁸⁷ een vermeend gebrek aan realiteitsgehalte van een gegarandeerd hergebruikpercentage;²⁸⁸ het indienen van een referentie die niet zou voldoen aan de eis inzake de looptijd van de opdracht;²⁸⁹ het niet voldoen aan een eis die zou inhouden dat de routeplanning die de inschrijvers bij hun inschrijving moeten indienen moet worden opgesteld met gebruikmaking van routeplanner Easy Travel;²⁹⁰ het niet noemen in de Eigen Verklaring van de derde op wie in verband met de in de geschiktheidseisen gestelde certificeringseisen een beroep wordt gedaan.²⁹¹

b. Toelichting, verduidelijking, aanvulling en fouterstel

Algemeen uitgangspunt is 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.²⁹² Van een aanbestedende dienst mag niet worden verwacht dat hij alle inschrijvingen naloop om te bezien of de inschrijvers wellicht iets zijn vergeten of iets anders hebben bedoeld dan wat in de inschrijving is vermeld; het is aan de inschrijvers om hun inschrijvingen met de nodige zorgvuldigheid op te stellen en in te dienen.²⁹³ Ook kan van de aanbestedende dienst niet worden verwacht dat hij de inschrijving nazoeft

op ontbrekende gegevens; de eventuele omstandigheid dat de informatie digitaal beschikbaar is in de vorm van een Excel-bestand maakt – ook al zouden daardoor de betreffende gegevens eenvoudig zijn af te leiden – dat niet anders.²⁹⁴

In een advies van de CvA wordt de mogelijke uitzondering op de hiervoor genoemde regel samengevat: in uitzonderlijke gevallen kunnen inschrijvingen gericht worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld.²⁹⁵ Wij voegen hier aan toe dat uit het door de CvA aangehaalde SAG-arrest volgt dat het hier om een *bevoegdheid* van de aanbestedende dienst gaat.²⁹⁶ Verderop in dit advies merkt de CvA daarover het volgende op:

“De Commissie is echter van oordeel dat deze leemte in de regeling van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding, mede gelet op de aard van die rechtsverhouding en de daarbij betrokken belangen, op grond van de redelijkheid en billijkheid kan worden aangevuld met een verplichting van beklagde om klager in de gelegenheid te stellen haar fout in een geval als het onderhavige te herstellen.”

De CvA concludeert vervolgens dat de aanbestedende dienst de betreffende inschrijver de gelegenheid had moeten bieden om in zijn inschrijfstaat alsnog de juiste aantallen zoals vermeld in een bijlage te laten opnemen en een en ander door te laten rekenen.

Wij kunnen ons goed vinden in de opvatting van de CvA dat genoemde bevoegdheid van de aanbestedende dienst onder omstandigheden kan omslaan in een verplichting.²⁹⁷ Zie in die zin ook een vonnis van de Utrechtse Voorzieningenrechter in een zaak die draait om een ontbrekend CO₂-bewustzijnscertificaat van de onderopdrachtnemer²⁹⁸ en een vonnis van de Voorzieningenrechter te Maastricht.²⁹⁹ In eerstgenoemde zaak wordt geoordeeld dat het zonder nadere toelichting niet willen bieden van een herstelmogelijkheid, ook al is dat op grond van de aanbestedingsbeginselen wel toegestaan, niet in overeenstemming is met de doelstelling van een aanbestedingsprocedure (namelijk: het bevorderen van de concurrentie opdat de aanbestedende dienst daardoor de opdracht kan gunnen

de aanbestedingsprocedure (waarin volgens de gemeente geen geldige inschrijvingen waren ontvangen) en de aangekondigde overstap naar een onderhandelingsprocedure ongedaan te maken en tot herbeoordeling over te gaan.

284 Vrz. Rb. Amsterdam 2 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5580.

285 Vrz. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 4 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7690.

286 Vrz. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 12 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7935.

287 Hof Amsterdam 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4667.

288 Vrz. Rb. Den Haag 24 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13059.

289 Vrz. Rb. Rotterdam 28 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9989.

290 Vrz. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 4 augustus 2014, ECLI:NL:ROBOE:2014:4201, bekrachtigd in hoger beroep door Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 16 december 2014, 200.155.277 (n.n.g.).

291 Vrz. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 11 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1794.

292 Vrz. Rb. Den Haag 12 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1711; Vrz. Rb. Den Haag 20 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6203; Vrz. Rb. Den Haag 20 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6204; Vrz. Rb. Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13368.

293 Vrz. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 25 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4568.

294 Vrz. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 10 september 2014, ECLI:NL:ROBOE:2014:4750.

295 CvA 10 februari 2014, advies 67. In dezelfde zin: CvA 3 maart 2014, advies 63.

296 HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191.

297 Zie hetgeen wij in dit verband opmerkten in onze kroniek 2013 (TA 2013, p. 78) en de annotatie van Matthijs Mutsaers in JAAN 2013/194.

298 Vrz. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 30 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3251.

299 Vrz. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 4 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7690. Deze rechter leidt die eventuele verplichting af uit het gelijkheidsbeginsel.

aan de voordeligste en kwalitatief beste opdrachtnemer), omdat dit tot resultaat heeft dat ProRail de opdracht gaat gunnen aan een opdrachtnemer die ongeveer 3 miljoen euro duurder is dan Dura Vermeer. De grens ligt in ieder geval daar, waar sprake is van een expliciete uitsluitingssanctie. Dat volgt uit het Manova-arrest van het HvJ EU, dat overigens, anders dan SAG, betrekking heeft op de gerichte verbetering of aanvulling van gegevens in een dossier dat moest worden ingediend in de fase van de voorafgaande selectie van gegadigden in een niet-openbare procedure.³⁰⁰ De aanwezigheid van een dergelijke expliciete ‘uitsluitingssanctie’ is in een ander advies de reden waarom de aanbestedende dienst de klager niet in de gelegenheid mag stellen om een ontbrekende pagina van het aanmeldingsformulier aan te leveren.³⁰¹

Uit het Manova-arrest en het beginsel van gelijke behandeling vloeit volgens het HvJ EU voort dat artikel 45 Richtlijn, in samenhang met artikel 2, zich niet verzet tegen de uitsluiting van een inschrijver op grond dat hij aan zijn inschrijving geen vervangende verklaring heeft gehecht omtrent de persoon die in deze inschrijving is genoemd als technisch directeur.³⁰² Inzonderheid kan de aanbestedende dienst, voor zover hij overweegt dat deze omissie geen zuiver formele onregelmatigheid is, deze inschrijver niet toestaan zijn omissie naderhand, na het verstrijken van de termijn die is gesteld voor het neerleggen van de inschrijvingen, op enigerlei wijze te herstellen. Artikel 51 Richtlijn kan daarom volgens het HvJ EU niet aldus worden uitgelegd, dat deze dienst elke rectificatie kan toestaan voor omissies die volgens de uitdrukkelijke bepalingen van de aanbestedingsdocumenten moeten leiden tot uitsluiting van de inschrijver. Op grond van dit arrest kan overigens worden aangenomen dat een en ander ook geldt als geen sprake is van een overheidsopdracht, maar van een concessie voor diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Dit op grond van de fundamentele verdragsbeginselen.

Kortom, op het moment dat er een expliciete uitsluitingssanctie is gesteld op het niet voldoen aan bepaalde eisen en voorwaarden, kan/mag er geen herstelbaarheid worden geboden.

Gelet op het voorgaande, maar ook in het licht van de eerdergenoemde arresten van de HR van 7 december 2012,³⁰³ kan nog de vraag worden gesteld of bijvoorbeeld

het ontbreken van een specifieke/expliciete ongeldigheids-sanctie in een aanbestedingsdocument, maar waarop het ARW wel van toepassing is verklaard (waarin meer algemene ongeldigheidsbepalingen zijn opgenomen), ook als een dergelijke expliciete uitsluitingssanctie kwalificeert, met als gevolg dat het bieden van een herstelbaarheid in die situatie niet aan de orde kan zijn. Vergelijk bijvoorbeeld de hierboven aangehaalde zaak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Bosch.³⁰⁴ In een zaak die aan het Hof Arnhem-Leeuwarden werd voorgelegd, wordt de hiervoor opgeworpen vraag in ieder geval in zoverre bevestigend beantwoord, dat daar in de stukken ‘slechts’ was bepaald dat de gevraagde bereidverklaring bank bij inschrijving moest worden ingediend om in aanmerking te kunnen komen voor de opdracht.³⁰⁵ Volgens het hof is daarmee sprake van een expliciete uitsluitingssanctie en is er dus geen ruimte voor een herstelbaarheid.³⁰⁶ Het hof ziet geen reden om in het kader van een nationale aanbesteding waarop het ARW 2005 van toepassing is de arresten SAG en Manova anders uit te leggen dan bij een Europese aanbesteding. Wij kunnen ons hierin vinden. Overigens lijkt het ons wat al te geforceerd om in dit verband een onderscheid te maken tussen een expliciete uitsluitings- en een expliciete ongeldigheids-sanctie. Het effect ervan is immers hetzelfde: de betreffende inschrijving doet niet meer mee.

Een laatste meer algemene en eigenlijk ook wel vanzelfsprekende observatie is dat de jurisprudentie waarin het onderwerp van deze paragraaf aan bod komt (zeer) casuïstisch is; rechters gaan daarmee verschillend om. Voor advocaten zal het dan ook niet altijd eenvoudig zijn om hun cliënten van een goed advies te voorzien.

Allereerst enkele voorbeelden van zaken waarin de rechter, gegeven de specifieke feiten en omstandigheden van het geval, tot de conclusie komt dat een toelichting, verduidelijking, aanvulling of fouterstel wél geoorloofd/aangewezen is; het na inschrijving indienen van de digitale inschrijvingsstaat levert geen nieuwe inschrijving op;³⁰⁷ het ontbreken van het CO₂-bewustzijns-certificaat van de in te schakelen onderaannemer is een gebrek dat de aanbestedende dienst in casu moet laten herstellen, waarbij van belang is dat het certificaat er wel is en geldig is en dat er geen expliciete uitsluitingssanctie op het ontbreken ervan staat;³⁰⁸ hoewel het gevraagde percentage op social

300 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647.

301 CvA 7 februari 2014, advies 62.

302 HvJ EU 6 november 2014, C-42/13, ECLI:EU:C:2014:2345.

303 Daarin wordt immers als volgt overwogen: “Gelet op het belang van het transparantiebeginsel voor aanbestedingsprocedures, moet worden aangenomen dat de door het HvJEU aanvaarde, op de aanbestedende dienst rustende, verplichting om de gunningscriteria in de aanbestedingsdocumenten te vermelden, ook geldt ten aanzien van de uitsluitingsgronden die de aanbestedende dienst - indien daartoe aanleiding is - kan invoeren (met dien verstande dat deze dienst zich in voorkomende gevallen mede kan beroepen op uitsluitingsgronden die dwingend zijn voorgeschreven in art. 45 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG). Een

andere opvatting zou tot een willekeurige toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden kunnen leiden en daarmee een gelijke behandeling van de inschrijvers in gevaar kunnen brengen.”

304 Vزر. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 1 december 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:7463.

305 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 11 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8646.

306 Voor het oordeel van het hof was overigens ook van belang dat de bereidverklaring niet was aangevraagd bij enige bank vóór datum inschrijving.

307 Vزر. Rb. Den Haag 12 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1711.

308 Vزر. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 30 juli 2014,

return op de totale aanneemsom niet is opgegeven in de inschrijving, is dat toch geen reden voor ongeldigverklaring, omdat dat percentage eenvoudige wijze te herleiden is uit de opgegeven gegevens en de inschrijving daardoor niet wezenlijk wijzigt.³⁰⁹

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 níét geoorloofd/aangewezen is: het in een bijlage bij de inschrijving niet opnemen van een inschrijfprijs voor de gevraagde vaste werkzaamheden, maar een optelling van de inschrijfprijs voor de variabele werkzaamheden en de gevraagde ontleding van de inschrijfprijs voor die vaste werkzaamheden, vormt geen kennelijke, eenvoudig te herstellen fout;³¹⁰ het niet overleggen bij inschrijving van het vereiste of een gelijkwaardig certificaat is geen kennelijke omissie die zich eenvoudig voor herstel leent, omdat er sprake is van een duidelijke ongeldigheids sanctie;³¹¹ het indienen van een onvolledige inschrijvingsstaat is een niet voor herstel vatbaar gebrek omdat daardoor de mededinging in het gedrang zou komen;³¹² het ontbreken van het inschrijvingsbiljet leent zich niet voor herstel omdat er sprake is van een expliciete uitsluitingssanctie;³¹³ het laten aanpassen van een aanbiedingsontwerp is niet aan de orde omdat niet aannemelijk is gemaakt dat dit niet tot een nieuwe aanbieding leidt;³¹⁴ het niet bieden van een garantie op een van de drie eisen betreft geen kennelijke verschrijving of kennelijke omissie;³¹⁵ het weglaten van een van de pagina's (een bijlage) in een plan van aanpak betreft geen eenvoudige precisering of het rechtzetten van een kennelijke materiële fout;³¹⁶ het ontbreken bij de inschrijving van het geëiste certificaat of een gelijkwaardig bewijsstuk is geen eenvoudig te herstellen gebrek, waarbij van belang is dat daar een duidelijke sanctie op staat en dat een in dit verband relevante brief nog niet bestond op het moment van inschrijven;³¹⁷ het gebruik van een verouderde versie van het inschrijfformulier waarin een andere rekenformule wordt gehanteerd dan in de meest actuele versie levert niet een voor eenvoudig herstel vatbare fout op;³¹⁸ het indienen van een onvolledige inschrijving als gevolg van onjuiste uploading van documenten via TenderNed levert tot slot

ook geen eenvoudig te herstellen gebrek op.³¹⁹

c. Model K/Eigen Verklaring

In onze vorige kroniek merkten wij in het kader van deze specifieke categorie op dat gebreken in, althans gebreken die verband houden met, de Eigen Verklaring in de regel streng worden bestraft. Met de komst van het ARW 2012 lijkt dit te veranderen. Dit vanwege de daarin opgenomen bepaling dat aanbestedende diensten *verplicht* zijn om gebreken in de Eigen Verklaring en de bewijsstukken te laten herstellen. Daarbij is ten opzichte van het ARW 2005 bovendien de eis vervallen dat het moet gaan om een eenvoudig te herstellen gebrek. Zie bijvoorbeeld artikel 2.12.7. Mogelijk verklaart dit waarom er in 2014 weinig jurisprudentie over dit onderwerp is verschenen. Een advies van de CvA is niettemin noemenswaardig. Daarin is namelijk het klip en klare oordeel te vinden dat aanbestedende diensten gebruik moeten maken van de model Eigen Verklaring die krachtens artikel 2 lid 2 van het Aanbestedingsbesluit is vastgesteld bij ministeriële regeling, ook al zou het zo zijn dat de gegadigden door het gebruik van een andere verklaring niet zijn benadeeld en de met het gebruik van die andere verklaring gepaard gaande kosten beperkt zijn. Jammer genoeg laat de CvA zich niet uit over wat daarvan de juridische consequentie zou moeten zijn.³²⁰ Tot slot wordt, in een zaak die aan de Arnhemse Voorzieningenrechter werd voorgelegd, geoordeeld dat het niet noemen in de Eigen Verklaring van de derde op wie in verband met de in de geschiktheidseisen gestelde certificeringseisen een beroep werd gedaan, geen ongeldigheid oplevert in de specifieke omstandigheden van dat geval.³²¹

d. Abnormaal lage inschrijving

In een arrest van het HvJ EU komt de vraag aan bod of de bepalingen van de oude Aanbestedingsrichtlijn diensten (92/50/EEG), en in het bijzonder de algemene beginselen van vrije mededinging, non-discriminatie en evenredigheid waarop deze richtlijn berust, aldus moeten worden uitgelegd, dat zij niet in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling die een openbaar ziekenhuis, dat deelneemt aan een aanbesteding, toestaat een aanbieding te doen waar geen enkele concurrent tegenop kan bieden, als gevolg van de overheidsfinanciering die het ontvangt.³²² Nadat het HvJ EU onder verwijzing naar zijn eerdere rechtspraak het voor abnormaal lage inschrijvingen relevante juridisch kader nog eens uiteen heeft gezet, wordt de hiervoor bedoelde vraag bevestigend beantwoord. Het HvJ EU voegt daar echter aan toe dat wanneer de aanbestedende dienst onderzoekt of een aanbieding abnormaal laag is, hij, met het oog op de mogelijkheid om de aanbieding af te wijzen, rekening kan houden met het feit dat een dergelijke instelling overheidsfinanciering heeft ontvangen. Ook in een arrest van het

ECLI:NL:RBMNE:2014:3251.

309 Vزر. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 4 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7690.

310 Hof Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:538.

311 Hof Den Bosch 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5467.

312 Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 4 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4271.

313 Vزر. Rb. Den Haag 20 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6203 en Vزر. Rb. Den Haag 20 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6204.

314 Vزر. Rb. Den Haag 22 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7233.

315 Vزر. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 25 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4568.

316 Vزر. Rb. Den Haag 25 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10786.

317 Vزر. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 5 augustus 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7010.

318 Vزر. Rb. Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13368.

319 Vزر. Rb. Den Haag 10 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12423.

320 CvA 7 februari 2014, advies 62.

321 Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 11 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1794.

322 HvJ EU 18 december 2014, C-568/13, ECLI:EU:C:2014:2466.

Gerecht komt het onderwerp abnormaal lage inschrijving in de specifieke setting van een aanbesteding van het Publicatiebureau van de EU ter sprake.³²³

De nationale rechters passen het hiervoor bedoelde juridisch kader en de bijbehorende rechtspraak op zich keurig toe. Ook in 2014 wordt regelmatig overwogen dat een inschrijver geen beroep toekomt op de regeling inzake abnormaal lage inschrijvingen, zoals bijvoorbeeld opgenomen in artikel 2.116 Aanbestedingswet 2012, teneinde te bewerkstelligen dat de aanbestedende dienst de inschrijving van de winnaar alsnog (al dan niet als zijnde ongeldig) terzijde moet leggen. Kort samengevat, omdat die regeling – een veiligheidsklep – strekt tot bescherming van de belangen van de aanbestedende dienst en die van de inschrijver die wordt vermoed een abnormaal lage inschrijving te hebben gedaan.³²⁴ Desondanks wordt vaak toch nog inhoudelijk (maar summier) naar de vermeend abnormaal lage inschrijving van de winnaar gekeken, waarna het beroep van de concurrent daarop meestal wordt afgewezen.³²⁵

Voordat de aanbestedende dienst een abnormaal lage inschrijving kan afwijzen, is hij verplicht om die inschrijving aan de hand van de in artikel 2.116 genoemde aspecten samen met de desbetreffende inschrijver te onderzoeken en daarover een daadwerkelijk contradictoir debat te voeren.³²⁶ Wanneer als gunningscriterium de laagste prijs geldt, dan is uitgangspunt dat de aanbesteder een zeer beperkte beoordelingsvrijheid heeft: indien hij wil gunnen is hij gehouden de laagste prijsaanbieding te aanvaarden, behoudens het zeer bijzondere geval dat een inschrijving slechts als abnormaal laag kan worden gekwalificeerd.³²⁷ Om dat te kunnen bepalen, moet volgens dezelfde rechter worden gekeken naar de opdracht als geheel, mede in het licht van de solvabiliteit van de aannemer. De vraag of door de aanbestedende dienst aannemelijk is gemaakt dat het werk waarschijnlijk niet afdoende zal kunnen worden voltooid wordt in dezelfde zaak, gelet op de in totaal geoffreerde aanneemsom enerzijds en de financiële armslag van de aannemer anderzijds, vervolgens ontkennend beantwoord.

In een zaak waarover de Haagse Voorzieningenrechter zich heeft gebogen, wordt de aanbestedende dienst geboden om alsnog het hiervoor genoemde debat te voeren.³²⁸ Opmerkelijk is dat eisers op vier momenten

de gelegenheid hadden gekregen om hun inschrijving toe te lichten. Desondanks vindt de rechter dat er niet een daadwerkelijk debat heeft plaatsgevonden. Daarvoor is namelijk kenmerkend dat partijen over en weer reageren op standpunten die door de ander worden ingenomen. Kennelijk had het daaraan ontbroken. In het vervolg op deze zaak wordt het betoog, inhoudende dat de inschrijving van eisers in het eerste kort geding nog steeds abnormaal laag is, verworpen: de enkele stelling dat het verschil in inschrijvingen astronomisch is, is volgens de rechter onvoldoende onderbouwd.³²⁹ In weer een andere zaak is een vergelijkbaar oordeel te vinden: de stelling van eiseres dat sprake zou zijn van irreële en/of onrealistische tarieven van de winnaar is volgens de rechter in feite gebaseerd op gissingen/vermoedens, reden waarom de daarop gebaseerde vorderingen worden afgewezen.³³⁰

Een inschrijver kan zich wél beroepen op terzijdelegging/uitsluiting van de inschrijving van zijn concurrent wanneer de aanbestedende dienst bijvoorbeeld in de aanbestedingsstukken heeft bepaald dat abnormaal lage inschrijvingen niet zijn toegestaan.³³¹ In een dergelijke situatie komt de aanbestedende dienst een grote vrijheid toe bij de beoordeling of sprake is van een abnormaal lage inschrijving, aangezien de betreffende spelregel in beginsel bedoeld is ter bescherming van hem. Uiteindelijk wordt in deze zaak, gezien de in de stukken opgenomen definitie van dat begrip, geoordeeld dat geen sprake is van een abnormaal lage inschrijving.

Tot slot nog enkele zaken die opvielen en die ook in het kader van het onderwerp van deze paragraaf kunnen worden geplaatst, ook al vallen de woorden ‘abnormaal lage inschrijving’ daarbij niet expliciet. Inschrijven onder de kostprijs is op zichzelf toegestaan.³³² Hetzelfde geldt voor het (op onderdelen) verliesgevend inschrijven: niet valt in te zien waarom de aanbestedende dienst, bij een aanbesteding waarin op basis van de laagste prijs wordt gegund, niet het daarmee gepaard gaande voordeel zou mogen accepteren.³³³ In de laatste zaak wordt geoordeeld dat niet is aangetoond dat de tarieven van de winnaar niet marktconform/realistisch zijn.³³⁴

e. Strategische inschrijving

In de achterliggende periode is – voor zover wij dat hebben

323 Gerecht 5 november 2014, T-422/11, ECLI:EU:T:2014:927.

324 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 6 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1551; Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 6 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3245; Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 10 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4951.

325 Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Assen 23 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:365.

326 CvA 10 februari 2014, advies 67.

327 Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 10 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4951.

328 Vzr. Rb. Den Haag 12 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2962.

329 Vzr. Rb. Den Haag 10 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9732.

330 Vzr. Rb. Den Haag 9 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:14992.

331 Vzr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2966. In een ander vonnis van diezelfde dag over dezelfde aanbesteding wordt de aanbestedende dienst vanwege de ondeugdelijke/ontoelaatbare gunningssystematiek overigens alsnog tot staking van de aanbestedingsprocedure veroordeeld: Vzr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965.

332 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 6 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1551.

333 Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 10 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4951.

334 Vzr. Rb. Den Haag 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13392.

kunnen nagaan – slechts één uitspraak verschenen waarin een meer algemeen uitgangspunt in verband met strategisch inschrijven is opgenomen: strategisch inschrijven is in principe toegestaan, manipulatief inschrijven echter niet.³³⁵ Dat uitgangspunt is echter niet nieuw en signaleerden wij al in onze eerdere kronieken. In de andere uitspraken die in 2014 zijn geweest, komt het onderwerp strategisch inschrijven niet expliciet voor, maar komt wél de (aan dat onderwerp rakende) vraag aan bod of al dan niet sprake is van een marktconforme, kostendeckende en/of reële inschrijving.³³⁶ Deze uitspraken zijn echter zodanig casuïstisch dat het niet goed mogelijk is om daaruit een bruikbare, algemene lijn te destilleren, anders dan dat het voor inschrijvers in de praktijk erg lastig blijkt om aan te tonen dat sprake is van een dergelijke inschrijving. Slechts wanneer een inschrijver concrete en aantoonbare feiten stelt – welke feiten onvoldoende door de aanbestedende dienst worden weersproken – die het zeer aannemelijk maken dat de winnaar ongeschikt is om de opdracht uit te voeren, kan volgens de CvA worden beoordeeld of de betreffende inschrijver in staat is om de opdracht deugdelijk uit te voeren.³³⁷ Overigens merkt de CvA in die zaak nog op dat de marktconformiteit van de inschrijving kan worden aangenomen wanneer deze wordt vergeleken met de gemiddelde prijs van alle inschrijvingen en de afwijking ten opzichte daarvan niet buitenproportioneel groot is.

f. Manipulatieve inschrijving

Zoals hiervoor al is opgemerkt, moet van een in principe toelaatbare strategische inschrijving worden onderscheiden een inschrijving die manipulatief is. Daarvan kan sprake zijn wanneer, als gevolg van miskenning door de inschrijver van bepaalde aannames van de aanbestedende dienst, de beoordelingssystematiek zo wordt gemanipuleerd dat het daarmee beoogde doel wordt verstoord.³³⁸ In één zaak wordt geoordeeld dat de desbetreffende inschrijving manipulatief is.³³⁹ In een andere zaak wordt het beroep van eiseres op het vermeende manipulatieve karakter van de inschrijving van haar concurrent afgewezen, omdat de aanbestedende dienst de inschrijving van die concurrent terecht alsnog als economisch meest voordelige heeft kunnen aanmerken (deze was in eerdere instantie als abnormaal laag terzijde gelegd); de vraag of de concurrent manipulatief heeft ingeschreven is daarmee volgens de rechter een gepasseerd station en daarom niet meer aan de orde.³⁴⁰ In de laatste zaak slaagde eiseres er ook niet in aannemelijk te maken dat de inschrijving van de beoogde winnaar niet reëel

uitvoerbaar, dan wel manipulatief was.³⁴¹

16. Rechtsbescherming

a. Algemeen

De meeste uitspraken die op rechtsbescherming betrekking hebben, worden hieronder besproken in specifieke paragrafen. Uitspraken met een meer algemene strekking en uitspraken die vanwege hun aard niet binnen een specifieke categorie passen, worden in deze inleidende paragraaf behandeld.

Rechtsbescherming in aanbestedingsrechtelijke geschillen vindt, ook in 2014, vaak plaats in kort geding. Wel moet worden vastgesteld dat er een (verdere) verschuiving op het gebied van rechtsbescherming heeft plaatsgevonden. Dit komt tot uiting in het grote(re) aantal zaken dat de CvA dit jaar heeft behandeld naar aanleiding van klachten van inschrijvers. De mogelijkheid zaken voor te leggen aan de CvA biedt inschrijvers een laagdrempelige mogelijkheid om hun klachten juridisch te laten toetsen en vergroot daardoor de rechtsbeschermingsmogelijkheden. Wat echter niet uit het oog moet worden verloren, is de (juridische) status van een advies van de CvA in een civiele procedure. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland oordeelt dat een door de CvA gegeven advies in een procedure voor de civiele rechter maatgevend noch bindend is. Het standpunt in kort geding dat een advies van de CvA slechts marginaal kan worden getoetst door de civiele rechter wordt dan ook verworpen. Dat standpunt levert volgens de voorzieningenrechter een inperking op van het recht van partijen hun geschil in volle omvang aan de rechter voor te leggen in een procedure die met voldoende waarborgen is omkleed. Voor een dergelijke inperking is geen (wettelijke) grond. Het advies van de CvA is een geschrift waaraan in een civiele procedure vrije bewijskracht toekomt en waarmee de rechter bij de waardering van eventueel te leveren bewijs rekening kan houden. Wel laat een en ander onverlet dat daarbij betekenis kan toekomen aan de deskundigheid van de leden van de CvA en de daarbij betrokken experts, aldus de voorzieningenrechter.³⁴²

Een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden verduidelijkt dat de winnaar van een kort geding in eerste aanleg geen incidenteel appel hoeft in te stellen tegen de in eerste aanleg ingenomen, maar verworpen, stellingen. Een hof beoordeelt het geschil immers opnieuw voor zover dat geschil in de grieven van appellante ligt besloten. Bij toewijzing van een van de grieven dient het gerechtshof, vanwege de devolutieve werking van het hoger beroep, de in eerste aanleg aangevoerde en niet prijsgegeven stellingen van de winnaar in eerste aanleg opnieuw te beoordelen, voor zover die stellingen bij gegrondbevinding van een grief relevant

335 Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 5 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1110.

336 Vzr. Rb. Noord-Holland 26 augustus 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8707; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 5 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1110; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 6 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1551.

337 CvA 24 april 2014, advies 70.

338 Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 5 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1110.

339 Vzr. Rb. Noord-Holland 26 augustus 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8707.

340 Vzr. Rb. Den Haag 10 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9732.

341 Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 5 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1110.

342 Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454.

worden voor de bepaling van het uiteindelijke dictum in appel.³⁴³

Aanbestedende diensten zijn, gelet op het gelijkheidsbeginsel en de precontractuele goede trouw, gehouden om inschrijvers een effectieve rechtsbeschermingsmogelijkheid te bieden in het kader van meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures. Zonder de mogelijkheid om een gunningsvoornemen van de aanbestedende dienst te laten heroverwegen door de aanbestedende dienst zelf dan wel te laten toetsen door de rechter, zijn de beginselen waaraan een aanbestedende dienst zich bij het volgen van een aanbestedingsprocedure (de beginselen ingevolge de Aanbestedingswet 2012, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en/of de precontractuele goede trouw) dient te houden, illusoir. Kortom, ook in meervoudig onderhandse procedures zijn aanbestedende diensten gehouden om een rechtsbeschermingstermijn in acht te nemen, waarbinnen inschrijvers zich kunnen verzetten tegen een gunningsvoornemen.³⁴⁴

De rechtsbeschermingsmogelijkheden bij het verlenen van vervoersconcessies zijn wezenlijk anders. In de uitspraak van het CBB komt vervoerder Syntus op tegen een voorlopige gunningsbeslissing van de Provincie Zeeland betreffende een concessie voor openbaar vervoer aan Connexxion onder de Wet personenvervoer 2000.³⁴⁵ Dergelijke concessies zijn van de werkingssfeer van de huidige aanbestedingsrichtlijnen uitgesloten. Het CBB komt in deze zaak tot de conclusie dat Syntus zich niet kan verzetten tegen de voorlopige gunningsbeslissing, maar alleen kan verzetten tegen de *definitieve* concessieverlening aan Connexxion. Dat besluit moest echter nog worden genomen. Belanghebbenden kunnen tegen dit definitieve besluit bezwaar maken en daarna beroep instellen (en in dat geval ook een voorlopige voorziening vragen).

Een kortgedingprocedure is gericht op het treffen van een voorlopige voorziening. Op grond van artikel 223 Rv is het juridisch mogelijk te vorderen dat de rechter een voorlopige voorziening treft voor de duur van het geding. Dit artikel is ook van toepassing in kortgedingprocedures. Een inschrijver kan dus op grond van dit artikel om een voorlopig voorziening vragen in het kader van een geding dat reeds gericht is op het treffen van een voorlopige voorziening. Het instellen van een dergelijke incidentele vordering heeft echter weinig nut wanneer een rechtbank of gerechtshof zowel in de hoofdzaak als in het incident gelijktijdig uitspraak doet.³⁴⁶

343 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3665.

344 Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 7 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5503; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007.

345 CBB 18 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:265.

346 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7724.

Voor aanbestedingsprocedures gestart voor de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 (1 april 2013) geldt het oude juridische regime. Maar wat is het vigerende juridisch kader wanneer een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure start vóór de inwerkingtreding en vervolgens ná inwerkingtreding overgaat tot een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking? Het Hof Den Bosch sluit niet uit dat de Aanbestedingswet 2012 wel op de onderhandelingsprocedure van toepassing is.³⁴⁷

b. Eiswijziging (onder meer in hoger beroep)

Een eiswijziging in eerste aanleg leidt doorgaans tot weinig discussie.³⁴⁸ Dit is logisch, gelet op het feit dat eisen in eerste aanleg ook in een laat stadium en vaak zelfs ter zitting nog mogen worden gewijzigd, mits dat niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde. Het in hoger beroep wijzigen van een eis is daarentegen een ander verhaal. Gelet op de (in beginsel) strenge twee-conclusieregel in hoger beroep stuit een eiswijziging ter zitting op grond van artikel 347 lid 1 Rv wél op de nodige juridische bezwaren.³⁴⁹

Inschrijvers op aanbestedingsprocedures dienen hun bezwaren tegen een aanbestedingsprocedure tijdig kenbaar te maken. Doen zij dat niet, dan verspelen zij in veel gevallen het recht om in een later stadium alsnog een (succesvol) beroep op het bezwaar te kunnen doen. Deze Grossmann-doctrine lijkt door de Voorzieningenrechter in Den Haag ook te worden toegepast op inschrijvers die na het uitbrengen van de dagvaarding nieuwe argumenten aandragen ter ondersteuning van de (gewijzigde) ingestelde vorderingen.³⁵⁰ Daar waar normaliter in dit soort situaties dikwijls een discussie wordt gevoerd of de nieuwe argumenten c.q. eiswijziging in strijd zijn (is) met de regels van een goede procesorde, en derhalve al dan niet meer door de rechter in aanmerking dienen te worden genomen,³⁵¹ kunnen dergelijke nieuwe argumenten kennelijk ook worden afgewezen op grond van het feit dat de inschrijver onvoldoende proactief is geweest bij het aanvoeren van zijn bezwaren.

c. Vernietiging/ingrijpen in gesloten overeenkomst

Het instellen van hoger beroep heeft in aanbestedingsrechtelijke kort gedingen geen schorsende werking, tenzij anders in het vonnis is bepaald. Dat betekent dat een aanbestedende

347 Hof Den Bosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4359.

348 Vzr. Rb. Den Haag 18 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:3338; Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 6 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1078.

349 Hof Amsterdam 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4667; Hof Den Haag 15 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2675.

350 Vzr. Rb. Den Haag 17 januari 2014, C/09/454916/ KG ZA 13-1319 (n.n.g.).

351 Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1363; Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1361; Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360; Vzr. Rb. Noord-Holland 21 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2536 en Vzr. Rb. Noord-Holland 21 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2537.

dienst naar aanleiding van een gewonnen kort geding in eerste aanleg op eigen risico een overeenkomst mag sluiten met de winnaar van de (Europese) aanbestedingsprocedure. In die omstandigheden komt in hoger beroep een andere rechtsvraag voor te liggen dan in eerste aanleg. In dat geval moet immers worden beoordeeld of ingegrepen kan en moet worden in de intussen al gesloten overeenkomst. De jurisprudentie inzake het in hoger beroep ingrijpen in een gesloten overeenkomst is de afgelopen jaren behoorlijk uitgekristalliseerd. Doorgaans wordt er in hoger beroep alleen ingegrepen in een overeenkomst (i) indien de overeenkomst naar redelijke verwachting op een van de vernietigingsgronden van artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 in een bodemprocedure vernietigd zal worden, dan wel (ii) indien de aanbestedende dienst misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt door de overeenkomst te sluiten (hetgeen bijvoorbeeld het geval zal kunnen zijn wanneer de aanbestedende dienst de overeenkomst aangaat met klaarblijkelijke miskenning van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht), of (iii) indien sprake is van nietigheid op grond van artikel 3:40 BW.³⁵² Soms wordt de toets of een of meer van deze drie gronden zich voordoen overgeslagen en beoordeelt een hof direct of er überhaupt sprake is van een schending van het aanbestedingsrecht. Is dat niet het geval, dan is ingrijpen in de overeenkomst immers hoe dan ook niet aan de orde.³⁵³ Ingrijpen in een gesloten overeenkomst is eveneens niet aan de orde wanneer de overeenkomst al uitgevoerd is. In dat geval heeft een inschrijver in hoger beroep in kort geding geen spoedeisend belang meer bij een vordering die gericht is op een verbod om aan de overeenkomst (verder) uitvoering te geven.³⁵⁴

De hierboven omschreven jurisprudentie inzake het ingrijpen in een gesloten overeenkomst is volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden niet van toepassing, wanneer het gaat om nationale aanbestedingsprocedures. In die procedures zijn immers de vernietigingsgronden in hoofdstuk 4 van de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing, maar gelden de uitgangspunten genoemd in hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet 2012 (en bij werken tevens het ARW 2012).³⁵⁵ In die gevallen acht het hof zich ook vrij om in te grijpen in een gesloten overeenkomst wanneer geen sprake is van misbruik van bevoegdheid of nietigheid. Bij gebreke aan wettelijke bepalingen die aangeven in welke gevallen er kan worden ingegrepen in een gesloten overeenkomst, valt het hof terug op het bepaalde in artikel 254 lid 1 Rv. Op grond van dat artikel kan de rechter in hoger beroep een uitspraak doen die neerkomt op een verbod om (verdere)

uitvoering te geven aan die overeenkomst of een gebod om die overeenkomst op te zeggen of te beëindigen.³⁵⁶ Overigens valt niet goed in te zien waarom het terugvallen op dit artikel niet (eveneens) mogelijk zou zijn in Europese aanbestedingsprocedures.

Ook wanneer een aanbestedende dienst naar aanleiding van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure geen standstilltermijn in acht neemt, maar direct een overeenkomst sluit met een inschrijver, moet worden beoordeeld of ingrijpen in de gesloten overeenkomst op zijn plaats is. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland vindt ingrijpen in de gegeven omstandigheden niet op zijn plaats. De voorzieningenrechter staat bij het nemen van zijn beslissing nog stil bij het feit dat de aanbestedende dienst gemeenschapsgeld beheert, wat hem noopt tot het zoeken van de voor de gemeenschap goedkoopste oplossing die tevens recht doet aan de belangen van de inschrijver die de opdracht niet heeft gekregen. In dat geval resteert slechts één oplossing en dat is dat de inschrijver die de opdracht niet heeft gekregen schadeloos wordt gesteld.³⁵⁷ Wij vinden dit een opmerkelijke overweging gelet op de eerdere constatering van de rechter dat de aanbestedingsprocedure onrechtmatig is verlopen.

Wanneer gesloten overeenkomsten ten onrechte niet Europees zijn aanbesteed, wanneer aanbestede overeenkomsten wezenlijk zijn gewijzigd én wanneer ten onrechte niet aanbestede overeenkomsten staatssteun opleveren, kunnen gedupeerden uiteraard de rechter verzoeken om die overeenkomsten nietig te verklaren, dan wel te vernietigen en om de aanbestedende dienst te gebieden om de (gewijzigde) overeenkomst alsnog Europees aan te besteden (voor zover de aanbestedende dienst de werken/leveringen/diensten alsnog wenst af te nemen). Dergelijke vorderingen worden met wisselend succes ingesteld.³⁵⁸

Overeenkomsten die onderhands zijn gegund, zijn op grond van artikel 4:16 lid 1 Aanbestedingswet 2012 niet vernietigbaar indien de aanbestedende dienst (i) van mening is dat de gunning van een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen op grond van deze wet is toegestaan, (ii) de aankondiging van zijn voornemen om tot sluiting van de overeenkomst over te gaan door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen in het Publicatieblad van de Europese Unie heeft bekendgemaakt, en (iii) de overeenkomst niet

352 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7724; Hof Den Haag 15 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2675.

353 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5273.

354 Hof Amsterdam 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4667.

355 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 18 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8893.

356 V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007.

357 V.zr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 7 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5503, V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007.

358 Hof Den Bosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281; Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2878.

heeft gesloten voor het verstrijken van een termijn van ten minste twintig kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum van de bekendmaking van bedoelde aankondiging. Door deze ‘voorafgaande transparantie’ in acht te nemen voordat een overeenkomst onderhands wordt gegund, kan de vernietigingsmogelijkheid in artikel 4.15 lid 1 sub a dus worden geëlimineerd. Het Fastweb II-arrest van het HvJ EU maakt echter duidelijk dat in acht nemen van een dergelijke voorafgaande transparantie geen absolute zekerheid oplevert dat de overeenkomst niet langer vernietigbaar is.³⁵⁹ Uit het arrest blijkt dat nationale rechters wel degelijk kunnen controleren of de drie voorwaarden genoemd in artikel 4.16 lid 1 Aanbestedingswet 2012 daadwerkelijk zijn vervuld. In dat kader kan de rechter dus onder andere nagaan of de aanbestedende dienst zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat er geen Europese aanbestedingsplicht bestaat voor de betreffende overeenkomst. Is dat niet het geval, dan is vernietiging van de overeenkomst dus alsnog een optie.

d. Motiveren gunnings- en intrekingsbeslissing

Op grond van artikel 2:130 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 dient de aanbestedende dienst aan iedere inschrijver de relevante redenen voor de beslissing te noemen, alsmede een nauwkeurige omschrijving van de opschortende termijn. In lid 2 van hetzelfde artikel is bepaald dat voor de toepassing van het eerste lid onder relevante redenen in elk geval worden verstaan de kenmerken en de voordelen van de uitgekozen inschrijving, alsmede de naam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst. Volgens de Parlementaire Geschiedenis bij dit artikel moeten alle relevante redenen worden genoemd. Daarnaast moeten de relevante redenen in elk geval de volgende elementen bevatten: (i) de bekendmaking van de eindscores van zowel de afgewezen inschrijver als van de winnende inschrijver en (ii) de scores van de afgewezen inschrijver op specifieke kenmerken en de reden(en) waarom op dat specifieke kenmerk eventueel niet de maximumscore is toegekend.³⁶⁰ Een samenvatting van de relevante redenen is niet voldoende.³⁶¹ Wanneer een gunningsbeslissing aan deze randvoorwaarden voldoet, zal een verwijt dat de aanbestedende dienst zijn motiveringsverplichtingen niet heeft nageleefd niet snel gehonoreerd worden.³⁶²

359 HvJ EU 11 september 2014, C-19/13, ECLI:EU:C:2014:2194.

360 Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1937; Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1938; Vزر. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 25 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8288. Bij aanbestedingsprocedures door de Europese Commissie en/of Europese Centrale Bank gelden vergelijkbare uitgangspunten: Gerecht 11 juni 2014, T-4/13, ECLI:EU:T:2014:437; Gerecht 23 mei 2014, T-553/11, ECLI:EU:T:2014:275; Gerecht 26 september 2014, T-498/11, ECLI:EU:T:2014:831 en Gerecht 2 oktober 2014, T-199/12, ECLI:EU:T:2014:101.

361 CvA 9 oktober 2014, advies 147.

362 Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1363; Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1361; Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart

Voornoemde motiveringsverplichtingen gelden op dezelfde wijze ook voor meervoudig onderhandse procedures.³⁶³

Laat een aanbestedende dienst het na om de kenmerken en voordelen van de winnende inschrijver te melden aan een verliezer, dan kan een dergelijk gebrek in de motivering soms hersteld worden door middel van het verstrekken van een nadere toelichting.³⁶⁴ In het geval de aanbestedende dienst nalaat om de kenmerken en voordelen van de winnende inschrijver te vermelden, kan de aanbestedende dienst zich in ieder geval niet verschuilen achter de stelling dat het prijsgeven van die informatie de rechtmatige commerciële belangen van de winnaar zou schaden en/of dat het verstrekken van die informatie een eerlijke heraanbesteding onmogelijk zou maken.³⁶⁵

Een aanbestedende dienst hoeft de uitkomsten van een contradictoir debat met een inschrijver over een vermeend abnormaal lage inschrijving vanwege het bedrijfsvertrouwelijke karakter niet te delen met andere inschrijvers. Dit geldt ook als het gevolg van dit debat is, dat de voorheen abnormaal laag geachte inschrijving alsnog wordt geaccepteerd.³⁶⁶ De motiveringsverplichtingen van aanbestedende diensten gaan bovendien niet zo ver dat de aanbestedende dienst inzicht moet geven in bedrijfsvertrouwelijke informatie, zoals de prijzen van concurrenten.³⁶⁷ Wel moet het aan de hand van een gunningsbeslissing voor inschrijvers te controleren zijn of de aanbestedende dienst op goede gronden tot zijn beslissing is gekomen. Dit leidt in een specifiek geval ertoe dat de aanbestedende dienst openheid van zaken moet geven over de beoordeling van de, vaak vertrouwelijk geachte, referenties van de voorlopig winnende inschrijver. Zonder inzicht in die beoordeling kan een verliezende inschrijver immers – bij gereede twijfel over de referenties van de concurrent – niet controleren of de aanbestedende dienst op goede gronden tot gunning overgaat.³⁶⁸

2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360; Vزر. Rb. Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7084; Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 11 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1794; Vزر. Rb. Den Haag 6 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2967; Vزر. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 21 maart 2014, C/16/362066/KG ZA 14-76 (n.n.g.); Vزر. Rb. Den Haag 6 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7228; Vزر. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 23 juli 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4077; Vزر. Rb. Den Haag 24 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13059. Zie voor motiveringsverplichtingen van de Europese Commissie: Gerecht 26 september 2014, T-498/11, ECLI:EU:T:2014:831.

363 CvA 9 oktober 2014, advies 147.

364 Vزر. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 25 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8288.

365 CvA 3 april 2014, advies 86.

366 Vزر. Rb. Den Haag 10 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9732.

367 Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 11 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1794; Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 3 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4272; Vزر. Rb. Den Haag 9 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:14992.

368 Vزر. Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7930.

De Hoge Raad heeft in 2012 bepaald dat gunningsbeslissingen op grond van de beginselen van gelijkheid en transparantie aanstonds volledig dienen te worden gemotiveerd. Deze beginselen verlangen dat door de motivering aan de overige inschrijvers voldoende inzicht wordt gegeven in de relevante redenen die aan de beslissing ten grondslag liggen om zich geïnformeerd te kunnen beraden op eventueel daartegen – in of buiten rechte – te nemen stappen. Een latere aanvulling van de relevante redenen, waaronder het alsnog opvoeren van redenen waarom een inschrijving ongeldig zou zijn, is in beginsel niet mogelijk, behoudens door de aanbestedende dienst aannemelijk te maken bijzondere redenen of omstandigheden.³⁶⁹ In 2014 wordt de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake het ontoelaatbaar aanvullen van de motivering veelvuldig toegepast door lagere rechters.³⁷⁰ Een ontoelaatbare aanvulling van de relevante redenen moet onderscheiden worden van het verstrekken van een nadere toelichting op reeds in de gunningsbeslissing genoemde redenen. Het is aanbestedende diensten dus wél toegestaan om de reeds in de gunningsbeslissing genoemde redenen voor gunning/afwijzing in een later stadium nader toe te lichten.³⁷¹ Een belanghebbend vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam verduidelijkt dat het interveniërende partijen wél is toegestaan om na de voorlopige gunningsbeslissing een beroep te doen op de ongeldigheid van een inschrijving van een concurrent. Dit geldt ook wanneer deze ongeldigheid niet is aangevoerd in de gunningsbeslissing. Hoewel dit een begrijpelijk oordeel betreft, is door dit vonnis de kans groter geworden dat aanbestedende diensten in de toekomst hun gebrekkige gunningsbeslissingen alsnog door de interveniërende partij tijdens de mondelinge behandeling laten aanvullen.³⁷²

Een effectieve rechtsbescherming voor inschrijvers valt of staat vaak bij een gedegen en volledige motivering van de gunnings- en afwijzingsbeslissingen. Alleen wanneer de aanbestedende dienst zijn gunnings- en afwijzingsbeslissingen goed motiveert, kunnen inschrijvers een volledige afweging maken of het opstarten van een procedure binnen de standstilltermijn zinvol is. Aanbesteder Thialf balanceerde wat dat betreft op het randje van het toelaatbare door inschrijvers in eerste instantie een ‘schrale’ motivering van de afwijzingsbeslissingen te verstrekken en deze motivering vervolgens nader toe te lichten. Had Thialf de beslissingen ineens volledig gemotiveerd, dan hadden

inschrijvers wellicht een andere inschatting gemaakt van (de wijze van) het aanvechten van de winnende inschrijving.³⁷³ Als inschrijvers als gevolg van een gebrekkige motivering de aanbestedende dienst onnodig in een procedure hebben betrokken, en de aanbestedende dienst het kort geding wint, dient de aanbestedende dienst er rekening mee te houden dat inschrijvers de voorzieningenrechter zullen verzoeken om de aanbestedende dienst in (ieder geval) te veroordelen in de proceskosten. De kans is dan groot dat inschrijvers in dat verzoek gelijkgesteld worden.³⁷⁴

Hoewel de standstilltermijn in Europese aanbestedingsprocedures wettelijk gezien niet gaat lopen wanneer de gunningsbeslissing onvoldoende gemotiveerd is, doen inschrijvers er verstandig aan om niet buiten de door de aanbestedende dienst gestelde termijn te dagvaarden, ook al laat de gunningsbeslissing in de ogen van de inschrijver te wensen over.³⁷⁵

Wanneer een motivering van de gunningsbeslissing tekortschiet, kan de aanbestedende dienst, mits de gunningscriteria eenduidig zijn, door de rechter veroordeeld worden om de inschrijvingen opnieuw te beoordelen.³⁷⁶ In dat geval ligt het voor de hand dat die herbeoordeling wordt uitgevoerd door een andere beoordelingscommissie.³⁷⁷ Indien een motivering op een enkel punt een schoonheidsfoutje bevat, leidt dat echter niet tot toewijzing van het gevorderde gebod de inschrijving opnieuw te beoordelen, wanneer herbeoordeling van de inschrijving op het betreffende (ondergeschikte) punt de gunningsbeslissing niet zal kunnen aantasten.³⁷⁸

Het is aanbestedende diensten in beginsel in ieder stadium van de aanbestedingsprocedure toegestaan om deze te beëindigen. De beslissing om een aanbestedingsprocedure te beëindigen moet echter wel gemotiveerd kunnen worden. Daarnaast moeten (potentiële) inschrijvers in staat worden gesteld om de beslissing om de aanbestedingsprocedure te beëindigen aan de rechter voor te leggen. De aanbestedingsrechtelijke beginselen en de eisen van redelijkheid en billijkheid verzetten zich ertegen dat een aanbestedende dienst zonder objectieve rechtvaardiging tot heraanbesteding overgaat wanneer eenmaal een aanbesteding heeft plaatsgehad en een inschrijver kan

369 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233.

370 Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 12 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:710; Vزر. Rb. Rotterdam 17 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1486; Vزر. Rb. Rotterdam 10 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9450; Vزر. Rb. Rotterdam 28 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9989.

371 Hof Den Haag 15 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2675; Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4344; Vزر. Rb. Rotterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9809; Vزر. Rb. Den Haag 17 januari 2014, C/09/454916/KG ZA 13-1319 (n.n.g.); Vزر. Rb. Den Haag 3 maart 2014, C/09/457446/KG ZA 13-1485 (n.n.g.).

372 Vزر. Rb. Rotterdam 10 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9450.

373 Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1363; Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1361; Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360; Vزر. Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7930.

374 Vزر. Rb. Rotterdam 21 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3931.

375 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 4 april 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:2636.

376 Vزر. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 5 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1110; Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1937; Vزر. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 9 april 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1938.

377 Vزر. Rb. Den Haag 27 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16579.

378 Vزر. Rb. Den Haag 6 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2761.

worden aangewezen die voor gunning van de opdracht in aanmerking komt.³⁷⁹ Indien een goede motivering voor het beëindigen van een aanbestedingsprocedure ontbreekt, dan kan de aanbestedende dienst verplicht worden de aanbestedingsprocedure voort te zetten.³⁸⁰

De CvA verduidelijkt, onder verwijzing naar jurisprudentie, dat het een aanbestedende dienst is toegestaan om een aanbestedingsprocedure te beëindigen wanneer er aan de aanbestedingsprocedure of het bestek een zodanig gebrek kleeft dat een rechtmatige gunning niet mogelijk is. In dat geval mag de aanbestedende dienst tot heraanbesteding overgaan onder verbetering van dat gebrek. In dat geval behoeft de opdracht dus niet wezenlijk gewijzigd te worden. Indien er geen gebrek aan een aanbestedingsprocedure kleeft, ligt dit anders. In dat geval beoordeelt de rechter wél of de opdracht in de heraanbesteding wezenlijk is gewijzigd.³⁸¹ Zijn er geen rechtvaardigingsgronden aanwezig om de aanbestedingsprocedure te beëindigen en kan er rechtmatig tot gunning worden overgegaan, dan is het een aanbestedende dienst volgens de Rechtbank Midden-Nederland niet toegestaan om tot heraanbesteding over te gaan zonder de specificaties van de opdracht wezenlijk te wijzigen. Dit zou immers neerkomen op leuren.³⁸²

In lijn met de reeds genoemde jurisprudentie bevestigt ook het HvJ EU dat een aanbestedende dienst gerechtigd is een aanbestedingsprocedure in te trekken mits hij dit besluit transparant mededeelt en daarbij niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel handelt. Het HvJ EU verduidelijkt dat intrekking geoorloofd kan zijn wanneer als gevolg van economische of feitelijke omstandigheden de behoeften van de aanbestedende dienst zijn gewijzigd of wanneer er maar één inschrijver overblijft na ecartering van de ongeldige inschrijvingen en de aanbestedende dienst vindt dat onvoldoende mededinging is overgebleven. Verder moet een inschrijver kunnen opkomen bij de rechter tegen een dergelijk intrekkingbesluit en dient de rechter een rechtmatigheidstoetsing van dat besluit uit te voeren. Deze toetsing mag niet uitsluitend betrekking hebben op de vraag of de aanbestedende dienst arbitrair heeft gehandeld maar moet verder gaan dan dat. Een opportuniteitstoetsing is daarbij volgens het HvJ EU toegestaan.³⁸³

e. Voeging, tussenkomst en derdenverzet

Voorlopige winnaars van aanbestedingsprocedures hebben in de regel voldoende belang om in een kort geding te interveniëren wanneer een concurrent zich in kort geding verzet tegen de voorlopige gunningsbeslissing. Vaak wordt

er dan ook geen bezwaar aangetekend tegen een interventie van de voorlopige winnaar. Daarnaast zal het toewijzen van voeging of tussenkomst zelden in de weg staan aan de vereiste spoed bij een kort geding en de goede procesorde in het algemeen. De incidentele vorderingen tot tussenkomst en/of voeging worden daarom over het algemeen door voorzieningenrechters toegewezen. De zaken waarin interventie zonder slag of stoot wordt toegestaan, zullen hier niet worden genoemd. In deze kroniek wordt voornamelijk ingegaan op gevallen die (nieuwe) inzichten bieden en derhalve bespreking verdienen.

Men kan zich afvragen of eisende partijen in de toekomst zich niet vaker zouden moeten verzetten tegen een tussenkomst of voeging. Uit de reeds in deze kroniek besproken uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam blijkt immers dat een interveniërende partij, in tegenstelling tot de aanbestedende dienst, nieuwe redenen voor afwijzing van de inschrijving van de eisende partij mag aandragen. Daar waar de aanbestedende dienst op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad de voorlopige gunnings- en afwijzingsbeslissingen niet mag aanvullen met nieuwe redenen, geldt deze begrenzing in beginsel niet voor de interveniërende partij. Dit heeft te maken met het feit dat de interveniërende partij in veel gevallen pas gedurende het kort geding op de hoogte raakt van een eventuele ongeldigheid van de eisende partij, zodat de interveniërende partij zijn bezwaren ook niet in een eerder stadium kenbaar had kunnen maken.³⁸⁴

Inschrijvers dienen snel en doeltreffend te procederen over de vraag of een gunningsbesluit rechtsgeldig is. Het is om die reden zinvol voor een inschrijver om te interveniëren in een kort geding, wanneer dat kort geding zijn belangen raakt. Dat brengt echter niet mee dat inschrijvers die belang (kunnen) hebben bij de uitkomst van een kort geding zonder meer in die procedure dienen te interveniëren op straffe van – kort gezegd – rechtsverwerking.³⁸⁵

Opvallend is dat voorzieningenrechters zo nu en dan nog steeds een verzoek om te mogen tussenkomen afwijzen, omdat geen zelfstandige vordering is ingediend of omdat de interveniërende partij met haar vorderingen “niet meer beoogt dan afwijzingen van de vorderingen in de hoofdzaak”. In dat geval wordt het (subsidiäre) verzoek om te mogen voegen vaak wél toegestaan.³⁸⁶ Dit is opvallend omdat in de jurisprudentie herhaaldelijk is uitgemaakt dat voor toewijzing van een verzoek tot tussenkomst niet de eis geldt dat de verzoeker een zelfstandige vordering moet indienen óf dat de vorderingen iets anders moeten

379 Vزر. Rb. Midden-Nederland, 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7359; Vزر. Rb. Amsterdam 19 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8500.

380 Vزر. Rb. Amsterdam 19 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8500.

381 CvA 19 september 2014, advies 142.

382 Vزر. Rb. Midden-Nederland, 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7359.

383 HvJ EU 11 december 2014, C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435; Vزر. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 6 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1078.

384 Vزر. Rb. Rotterdam 10 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9450.

385 Vزر. Rb. Den Haag 10 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9732.

386 Vزر. Rb. Amsterdam 10 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:681; Vزر. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 6 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1078; Vزر. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 10 september 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4750; Vزر. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 12 september 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4818.

beogen dan afwijzing van de vorderingen in de hoofdzaak. Bij de beoordeling of een verzoek tot tussenkomst moet worden toegewezen, geldt over het algemeen slechts de maatstaf dat van een belang van de verzoeker moet blijken om benadeling of verlies van een hem toekomend recht te voorkomen.³⁸⁷ Het instellen van een zelfstandige vordering is evenwel verstandig, om een discussie hierover te voorkomen.³⁸⁸ Dit geldt temeer nu ook uit een recent arrest van de Hoge Raad lijkt te volgen dat het instellen van een zelfstandige vordering vereist is voor tussenkomst.³⁸⁹ Een ander (onduidelijk) argument om een verzoek tot tussenkomst af te wijzen en een verzoek tot voeging wel toe te staan, is wanneer een inschrijver niet binnen de standstilltermijn een kort geding aanhangig heeft gemaakt, maar probeert mee te liften op een tijdig aanhangig gemaakt kort geding van een andere inschrijver door middel van het instellen van een incidentele vordering tot (primair) tussenkomst of (subsidiar) voeging.³⁹⁰

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland laat inschrijver Dura Vermeer als tussenkomende partij toe, met dien verstande dat die toelating voorwaardelijk is, namelijk voor het geval Dura Vermeer in een ander kort geding met betrekking tot dezelfde aanbestedingsprocedure ontvankelijk in haar vorderingen is. Omdat Dura Vermeer in die procedure niet-ontvankelijk in haar vorderingen is verklaard, werd de gestelde voorwaarde niet vervuld. Dat betekent dat Dura Vermeer alsnog niet als tussenkomende partij werd toegelaten.³⁹¹

Een verzoek tot tussenkomst of voeging kan eveneens worden afgewezen wanneer de vordering niet – zoals het Procesreglement kort gedingen voorschrijft – uiterlijk 24 uur vóór terechtzitting schriftelijk is meegedeeld aan partijen en de voorzieningenrechter. Ook wanneer er door een verzoeker tot tussenkomst/voeging argumenten worden aangevoerd die volstrekt losstaan van de geschilpunten in de hoofdzaak, is de gevorderde tussenkomst/voeging in strijd met de goede procesorde.³⁹²

Zorgverzekeraar Achmea en (branche-)Vereniging Zorgverzekeraars Nederland hebben volgens het Hof Den Bosch voldoende belang om te interveniëren in hoger beroep in een kort geding tussen Hollister en zorgverzekeraar CZ, waarin onder meer de vraag aan de orde is of CZ een publiekrechtelijke instelling is. Achmea en Zorgverzekeraars Nederland hebben belang bij een interventie, om zodoende aan de onduidelijkheid over de rechtmatigheid van de inkoopprocedures door zorgverzekeraars zoveel mogelijk

een einde te maken.³⁹³ Ook de Vereniging Nederlandse Brancheorganisatie voor Medische Technologie (FHI) en de Nederlandse Federatie van Producenten, Importeurs en Handelaren in Medische Producten (NEFEMED) wordt het toegestaan om zich aan de zijde van Hollister te voegen. Het verzoek van de Nederlandse Stomavereniging om tussen te komen in deze zaak wordt echter afgewezen, omdat de vereniging onvoldoende duidelijk maakt welk eigen belang zij heeft bij beantwoording van de vraag of een zorgverzekeraar een aanbestedende dienst is. Daarnaast is van betekenis dat de vereniging niet stelt dat zij een zelfstandige vordering wil instellen tegen de procederende partijen of tegen een van hen. De vereniging heeft opmerkelijk genoeg wél voldoende belang om zich te voegen aan de zijde van Hollister. Het Hof Den Bosch vat het verzoek tot tussenkomst van de Nederlandse Stomavereniging daarom op als een verzoek tot voeging en wijst die vordering – bij gebrek aan bezwaren van de andere procespartijen – toe.³⁹⁴

Het rechtsmiddel derdenverzet heeft volgens de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland een beperkt toepassingsgebied. Het komt slechts toe aan derden die in een recht worden benadeeld door een vonnis in een procedure waarin zij geen partij zijn geweest. Van een dergelijke benadeling in een recht is geen sprake wanneer een voornemen tot gunning op last van de voorzieningenrechter in kort geding moest worden ingetrokken, omdat de aanbestedingsprocedure niet volgens de regels was verlopen. In dat geval kon dus geen derdenverzet worden ingesteld tegen het vonnis waarin de aanbestedende dienst was geboden tot intrekking van de aanbestedingsprocedure. Verder overweegt de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland dat er op zichzelf geen rechtsregel is die verbiedt dat een inschrijver buiten het rechtsmiddel van derdenverzet om in een (zelfstandig) kort geding, waarin ook de partijen in het vorige kort geding worden betrokken, een voorziening bij voorraad vraagt. De partij die een dergelijk kort geding aanhangig maakte, waarmee een eerdere beslissing in kort geding opnieuw ter discussie werd gesteld, maakte echter onder omstandigheden misbruik van procesrecht.³⁹⁵

f. Rechtsverwerking/Grossmann-verweer

In 2014 is door aanbestedende diensten veelvuldig een beroep gedaan op de Grossmann-doctrine c.q. rechtsverwerking. Dergelijke verweren worden doorgaans door de rechter gehonoreerd wanneer een inschrijver al in een eerder stadium vragen had kunnen stellen en/of bezwaren had kunnen maken, maar zijn vragen en/of bezwaren pas in een te laat stadium – vaak pas op het moment dat de gunningsbeslissing in zijn nadeel uitvalt – uit. In dat geval is een inschrijver – gelet op de proactiviteit die van inschrijvers

387 Hof Den Haag 5 juni 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD8990.

388 Vزر. Rb. Rotterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9809.

389 HR 24 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:768.

390 Vزر. Rb. Den Haag 24 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13059.

391 Vزر. Rb. Noord-Holland 21 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2536; Vزر. Rb. Noord-Holland 21 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2537.

392 Vزر. Rb. Den Haag 12 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2962.

393 Hof Den Bosch 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2804.

394 Hof Den Bosch 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4470.

395 Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 3 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3493.

op (Europese) aanbestedingsprocedures mag worden verwacht – te laat met zijn bezwaren en gaat de rechter, uitzonderingen daargelaten,³⁹⁶ vaak niet meer inhoudelijk op de vragen en klachten in.³⁹⁷ Dat een inschrijver die onvoldoende proactief is geweest niet meer met vrucht kan klagen over onrechtmatigheden in een aanbestedingsprocedure, geldt ook als de rechter tot de conclusie komt dat de klachten inhoudelijk terecht zijn.³⁹⁸

Ook bij klachten over een ontoereikende motivering van de gunningsbeslissing dienen inschrijvers zich proactief op te stellen en dienen zij zo spoedig mogelijk vragen te stellen. Wanneer een inschrijver nalaat om vragen te stellen en vervolgens voor het eerst in de dagvaarding klachten over de (vermeende) ontoereikende motivering uit, dan is de inschrijver te laat met die klachten.³⁹⁹ Wanneer een inschrijver zich wel voldoende proactief heeft opgesteld kan de aanbestedende dienst zich niet beroepen op de Grossmann-doctrine c.q. rechtsverwerking.⁴⁰⁰ Wat een aanbestedende dienst vaak lijkt te helpen bij het aanvoeren van een rechtsverwerkingsverweer, is het opnemen van een rechtsverwerkingsclausule in de aanbestedingsdocumentatie. Wanneer de documentatie helder voorschrijft dat inschrijvers hun klachten op straffe van verwerking van recht tijdig (in ieder geval voor inschrijving) kenbaar moeten maken en dat inschrijvers in dat kader tijdig (voor inschrijving) een kort geding moeten starten, komt het niet-naleven van die spelregel voor rekening van de onvoldoende proactieve inschrijver.⁴⁰¹ In het verlengde hiervan verdient het voor aanbestedende diensten aanbeveling om in de aanbestedingsdocumentatie voor te

schrijven dat inschrijvers zelf vragen en klachten dienen te uiten en niet mogen ‘meeliften’ op vragen en klachten van andere inschrijvers. Wanneer een inschrijver in dat geval zelf geen vragen/klachten uit, maar na voorlopige gunning alsnog zijn klachten, die door een andere inschrijver aan de orde zijn gesteld tijdens de aanbestedingsprocedure, aan de rechter voorlegt, dan zijn zijn rechten verwerkt.⁴⁰²

In sommige gevallen waarin een Grossmann-/rechtsverwerkingsverweer wordt gevoerd, stelt de inschrijver dat hij zijn bezwaren niet eerder kenbaar had kunnen maken, omdat de aanbestedingsdocumentatie in eerste instantie helder was, maar pas later (na de beoordeling) is gebleken dat de aanbestedende dienst de documentatie kennelijk anders interpreteert. In dergelijke situaties wordt het Grossmann-/rechtsverwerkingsverweer door de aanbestedende dienst niet gehonoreerd en kan de inschrijver dus alsnog zijn bezwaar uiten.⁴⁰³

In het verlengde hiervan wordt een beroep op de Grossmann-doctrine en/of rechtsverwerking ook niet gehonoreerd, wanneer het stellen van vragen en/of het uiten van klachten de vermeende onrechtmatigheid niet had kunnen wegnemen.⁴⁰⁴ Ook in het geval dat een inschrijver bij nota van inlichtingen klachten heeft geuit en voorafgaand aan het inschrijven de CvA heeft aangezocht, maar de aanbestedende dienst desalniettemin de aanbestedingsprocedure voortzet, kan de inschrijver niet na voorlopige gunning verweten worden dat hij niet voldoende proactief is geweest en zijn rechten heeft verwerkt. Dit geldt temeer wanneer de inschrijver daags voor inschrijving de aanbestedende dienst schriftelijk laat weten dat hij zich al zijn rechten voorbehoudt.⁴⁰⁵

Uit een vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag kan tot slot worden afgeleid dat de Grossmann-doctrine c.q. rechtsverwerking ook een rol kan spelen in het geval een inschrijver pas ter zitting klachten over de aanbestedingsprocedure uit. Daar waar in dat soort gevallen vaker eerst een discussie wordt gevoerd of het in dat stadium aanvoeren van klachten is toegestaan gelet op de regels van een goede procesorde, kunnen de ter zitting aangevoerde klachten ook door de rechter worden verworpen op grond van een ‘Grossmann-achtige’ argumentatie.⁴⁰⁶

g. (Niet-)ontvankelijkheid op andere gronden

Een inschrijver dient niet alleen tijdig vragen te stellen en klachten te uiten tijdens een aanbestedingsprocedure,

396 Vrz. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 21 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4154.

397 Vrz. Rb. Den Haag 31 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13395; Vrz. Rb. Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7084; Vrz. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 14 januari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:151; Vrz. Rb. Den Haag 17 januari 2014, C/09/454916/ KG ZA 13-1319 (n.n.g.); Vrz. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 31 januari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:714; Vrz. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 5 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1110; Vrz. Rb. Den Haag 6 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2761; Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1363; Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1361; Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360; CvA 7 februari 2014, advies 62; Vrz. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 27 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3579; Vrz. Rb. Den Haag 6 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7937; CvA 13 juni 2014, advies 105; Vrz. Rb. Den Haag 4 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10785; CBB 10 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:244.

398 Vrz. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 4 augustus 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4201.

399 Vrz. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 23 juli 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4077.

400 Vrz. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965; Vrz. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 27 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3579.

401 Vrz. Rb. Rotterdam 13 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6822; Vrz. Rb. Den Haag 24 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13059; Vrz. Rb. Rotterdam 28 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9989; Vrz. Rb. Den Haag 17 januari 2014, C/09/454916/ KG ZA 13-1319 (n.n.g.).

402 Vrz. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2966.

403 Hof Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:538; Vrz. Rb. Amsterdam 25 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2540; Vrz. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 28 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1601.

404 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, 6 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3665.

405 Vrz. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454.

406 Vrz. Rb. Den Haag 17 januari 2014, C/09/454916/ KG ZA 13-1319 (n.n.g.).

maar dient ook binnen de gestelde Alcatel-/vervaltermijn de aanbestedende dienst te dagvaarden. Laat de inschrijver dit na, dan volgt vaak een niet-ontvankelijkheidsverklaring.⁴⁰⁷ Niet-ontvankelijkheidsverweren werden dit jaar in meerdere zaken door aanbestedende diensten opgeworpen, namelijk wanneer een gegadigde niet op de opdracht had ingeschreven, maar desondanks een kort geding werd gestart met betrekking tot de opdracht. In dat geval werd vaak betoogd dat de betreffende gegadigde bij gebrek aan belang op grond van artikel 3:303 BW niet-ontvankelijk diende te worden verklaard in de vorderingen. Dit verweer slaagde niet snel. Volgens de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant kan een gegadigde die heeft afgezien van deelneming aan een aanbestedingsprocedure, afhankelijk van de aard van het bezwaar en de beweerde schending van het aanbestedingsrecht, een voldoende belang hebben bij zijn vordering. Dit was (onder meer) het geval, omdat een gegadigde die niet had ingeschreven geen (eerlijke) kans had kunnen maken op verwerving van de opdracht als gevolg van onrechtmatig handelen van de aanbestedende dienst.⁴⁰⁸ Ook de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag oordeelt in een vergelijkbaar geval dat de niet-ontvankelijkheid niet een gegeven is. Uit de jurisprudentie kan namelijk worden afgeleid dat niet valt uit te sluiten dat een partij die niet heeft ingeschreven op een aanbesteding onder omstandigheden toch ontvankelijk is in een vordering strekkende tot een voorziening die ertoe leidt dat een lopende aanbestedingsprocedure niet kan worden voortgezet en dat – voor zover de aanbestedende dient de opdracht toch wil gunnen – moet worden overgegaan tot heraanbesteding.⁴⁰⁹

Een inschrijver die niet-besteksconform had ingeschreven, had volgens de gemeente Maastricht geen belang in zijn vorderingen tot schadevergoeding, zodat hij in die vorderingen niet ontvangen kon worden. De Rechtbank Limburg gaat hier niet in mee. Voor zover een inschrijver een schadevergoeding (mede) vordert wegens het niet uitvoeren van een heraanbesteding, kan een inschrijver de waarde van een gemiste kans als schadevergoeding vorderen. In die vordering was de inschrijver derhalve ontvankelijk.⁴¹⁰

Uit de spraakmakende CZ-zaak blijkt dat een aandeelhouder in beginsel niet voor de belangen van de vennootschap waarin zij aandelen houdt, kan opkomen. Die aandeelhouder is, wegens een gebrek aan belang, niet-ontvankelijk in zijn vorderingen. Hollister, die stelt

dat zorgverzekeraars in het CZ-concern publiekrechtelijke instellingen zijn, is ook niet-ontvankelijk in haar vorderingen tegen Centrale Zorgverzekeraars Groep Aanvullende Verzekering Zorgverzekeraar u.a. en OHRA Ziektekostenverzekeringen N.V. omdat dit geen zorgverzekeraars zijn in de zin van de Zorgverzekeringswet.⁴¹¹

Voor zover vorderingen gericht zijn op het ongeldig verklaren van de inschrijving van de voorlopige winnaar, heeft een inschrijver geen belang en is hij niet-ontvankelijk in die vorderingen, wanneer de inschrijver bij het wegvallen van de inschrijving van de voorlopige winnaar alsnog niet voor (voorlopige) gunning in aanmerking komt.⁴¹²

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel gaat voorbij aan een niet-ontvankelijkheidsverweer gestoeld op het feit dat de inschrijver tegen de aanbestedingsrechtelijke beginselen in contact had opgenomen met de aanbestedende dienst.⁴¹³

h. Schadevergoeding

In de geruchtmakende Kadaster-zaak stond de vraag centraal of het Kadaster wegens het ten onrechte niet uitnodigen van de in een opdracht geïnteresseerde onderneming HLA gehouden was om de schade van HLA te vergoeden. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat niet is komen vast te staan dat HLA door het niet-uitnodigen schade heeft geleden. Het causaal verband ontbreekt. In dat kader verduidelijkt het hof dat er voor het Kadaster alleen een schadevergoedingsplicht bestaat wanneer HLA weet te bewijzen dat zij de opdracht zou hebben verworven indien de opdrachtgever conform de toepasselijke voorschriften zou hebben gehandeld (indien het Kadaster HLA wel zou hebben uitgenodigd deel te nemen aan de meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure). HLA slaagt er niet in dit bewijs te leveren.⁴¹⁴

Daar waar de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland in een kort geding ingrijpen in een gesloten overeenkomst te ver vindt gaan, wordt geoordeeld dat de inschrijver die de opdracht niet heeft gekregen in principe schadeloos moet worden gesteld. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dient de aanbestedende dienst aan de inschrijver op de voet van artikel 6:96 BW een schadevergoeding te voldoen, die in dit geval vooral bestond uit gederfde winst. Hoewel de ingestelde vordering van die inschrijver op zich de mogelijkheid bood om tot schadevergoeding te beslissen, werd over de hoogte van de schade in kort geding geen

407 Vzr. Rb. Noord-Holland 30 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:611; Vzr. Rb. Den Haag 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12506.

408 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 6 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1551.

409 Vzr. Rb. Den Haag 6 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2761; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 21 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4154; Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 28 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6266.

410 Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 4 juni 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4986.

411 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 19 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4205.

412 Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 25 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4568.

413 Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 4 augustus 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4201.

414 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 8 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5475.

debat gevoerd en zelfs geen enkele informatie verstrekt. Daarom was er geen reële mogelijkheid de aanbestedende dienst te verplichten tot het voldoen van (een voorschot op) een schadevergoeding. Als gezegd is dit een opmerkelijk vonnis gelet op de eerdere constatering van de rechter dat de aanbestedingsprocedure onrechtmatig is verlopen.⁴¹⁵

Voor toewijzing van een vordering die strekt tot het vergoeden van schade is in kort geding slechts plaats indien het bestaan van de vordering voldoende aannemelijk is en daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist, terwijl in de afweging van belangen van partijen mede betrokken dient te worden het risico van onmogelijkheid tot terugbetaling (het restituerisico).⁴¹⁶ Eenzelfde juridisch kader geldt indien in een bodemprocedure een incidentele vordering ex artikel 223 Rv wordt ingesteld, die strekt tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding die in de hoofdzaak wordt nagestreefd.⁴¹⁷ Als in het kort geding onvoldoende aannemelijk is geworden dat in een bodemprocedure een vordering tot betaling van schadevergoeding zal worden toegewezen, wordt de vordering afgewezen.⁴¹⁸

In een zaak oordeelt het Hof Den Haag dat KLM gehouden is om aan appellante de schade te vergoeden die zij heeft geleden als gevolg van het feit dat zij een bepaald contract niet heeft kunnen uitvoeren. Aan de hand van een inschatting van de gederfde winst acht het hof het voorshands aannemelijk dat appellante een schade van € 120.000 heeft geleden c.q. lijdt. Bij deze stand van zaken is de vordering tot betaling van een voorschot van € 20.000 volgens het hof alleszins gerechtvaardigd.⁴¹⁹

De CvA verduidelijkt in een advies dat wanneer na de mededeling van de gunningsbeslissing en vóórdat aanvaarding van de winnende inschrijving heeft plaatsgevonden een aanbestedingsprocedure wordt beëindigd op grond van een goede reden, toch een vergoedingsplicht ter zake van het negatief contractsbelang kan ontstaan. Of, en zo ja in welke mate, de aanbestedende dienst een dergelijke vergoedingsplicht jegens klager is verschuldigd, is echter een vraag die zich niet leende voor beantwoording in het kader van een klachtprocedure bij de CvA.⁴²⁰

In een nog niet gepubliceerde uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag werd een vordering tot schadevergoeding wegens het uitvoeren van

een herbeoordeling afgewezen, omdat de aanbestedende dienst goede gronden tot een herbeoordeling had besloten. Van onrechtmatig handelen dat verplicht tot het vergoeden van de geleden schade was geen sprake. Dit gold temeer nu eiseres nog steeds in de race was om de opdracht in de wacht te slepen en van schade dus (nog) niet gesproken kon worden.⁴²¹

Er zijn in 2014 diverse uitspraken verschenen waarin in een bodemprocedure een schadevergoeding werd geëist. De uitspraken hebben betrekking op uiteenlopende onderwerpen, zoals contractuele problemen tussen hoofden onderaannemer,⁴²² het afbreken van onderhandelingen,⁴²³ het ontnemen van een reële kans om een opdracht te verwerven⁴²⁴ en wanprestatie of onrechtmatige daad van een aanbestedende dienst bij het opstellen van de prognoses/nakoming van de vervoersovereenkomst.⁴²⁵ In een bodemprocedure voor de Rechtbank Rotterdam vorderde een onderneming vergoeding van schade die zij had geleden als gevolg van de vermeende onrechtmatige aanbestedingsprocedure. Ten aanzien van de hoogte van de schade verzocht de onderneming om een schadestaatprocedure. Voor verwijzing naar de schadestaatprocedure is voldoende, maar ook noodzakelijk dat het bestaan van schade aannemelijk is gemaakt. Weet de ondernemer de mogelijkheid van het bestaan van schade niet aannemelijk te maken, dan wordt de vordering afgewezen.⁴²⁶

Het is mogelijk een schadevergoeding te vorderen wegens het missen van een kans om deel te nemen aan een (rechtmatige) aanbestedingsprocedure.⁴²⁷ In dat geval dient een gegadigde de mogelijkheid van het bestaan van schade wegens die gemiste kans wel aannemelijk te maken. Slaagt een gegadigde er niet in om aannemelijk te maken dat er sprake is van een reële kans op gederfde winst, dan wordt de vordering afgewezen.⁴²⁸

i. Belangenafweging

Wanneer een aanbestedende dienst zich in het kader van een aanbestedingsprocedure positief heeft uitgelaten over een door een inschrijver ingediend ontwerp, moet een aanbestedende dienst de inschrijving later alsnog ongeldig verklaren, wanneer blijkt dat het ontwerp niet voldoet aan

415 Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 7 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5503.

416 Vrz. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4742.

417 Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 23 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5523.

418 Vrz. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 6 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1078.

419 Hof Den Haag 4 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3501.

420 CvA 28 februari 2014, advies 66.

421 Vrz. Rb. Den Haag 28 mei 2014, C/09/463181 / KG ZA 14-391 (n.n.g.).

422 Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1440.

423 Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 16 april 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:2593.

424 Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3456.

425 Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 17 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8171.

426 Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2622.

427 Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 4 juni 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4986; Rb. Overijssel, zittingsplaats Zwolle 30 juli 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4125; Rb. Rotterdam 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7824; Gerecht 26 september 2014, T-498/11, ECLI:EU:T:2014:831.

428 Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 4 juni 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4986.

de gestelde bestekseisen. Het Hof Arnhem-Leeuwarden houdt in dit oordeel rekening met de aard van de aanbestedingsprocedure waarbij per definitie ook de belangen van andere partijen een rol spelen. De inschrijver mocht daarom geen verwachtingen/vertrouwen ontleen aan de eerdere positieve uitlatingen van de aanbestedende dienst.⁴²⁹

In het geval het niet mogelijk is om voor het sluiten van de inschrijvingstermijn een vonnis in kort geding te verkrijgen over de rechtmatigheid van een aanbestedingsprocedure, kunnen de in de opdracht geïnteresseerde ondernemingen een kort geding starten dat betrekking heeft op het uitstellen van de inschrijvingstermijn. In dat kort geding maakt de rechter een belangenafweging waarin de belangen van de in de opdracht geïnteresseerde ondernemingen zwaarder wegen dan de belangen van de aanbestedende dienst. De inschrijvingstermijn werd daarom opgeschort zodat de rechter zich kon uitlaten over de rechtmatigheid van de procedure.⁴³⁰

Onder het kopje ‘vernietiging/ingrijpen in gesloten overeenkomst’ (§ 16c) is reeds jurisprudentie besproken waaruit blijkt dat het in kort geding ingrijpen in een gesloten overeenkomst naar aanleiding van een niet-Europese aanbestedingsprocedure ook mogelijk is wanneer een belangenafweging ex artikel 254 lid 1 Rv dat vergt.⁴³¹ Wat dit betreft zij nogmaals opgemerkt dat niet goed valt in te zien waarom het terugvallen op dit artikel niet mogelijk zou zijn in het geval van Europese aanbestedingsprocedures. In dit kader is voorts een uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van belang, waarin de rechter overweegt dat een belangenafweging ertoe kan leiden dat wordt ingegrepen in een gesloten overeenkomst. De rechter overweegt wat dat betreft dat de aanbestedende dienst de overeenkomst op grond van artikel 7:408 BW kan opzeggen en veroordeelt de aanbestedende dienst dan ook de definitieve gunning ongedaan te maken.⁴³²

In een kort geding waarin een inschrijver een gebod tot staking van de aanbestedingsprocedure voor de aanschaf van porto- en mobilofoons en een heraanbesteding vorderde, stelde een veiligheidsregio zich op het standpunt dat deze vorderingen (mede) gelet op een belangenafweging afgewezen moesten worden. Dit verweer vond deels gehoor bij de voorzieningenrechter. De rechter oordeelt dat een deel van de vorderingen gelet op het zwaarwegende belang van de brandweer bij goed en veilig functionerende apparatuur moet worden afgewezen.⁴³³

Ook wanneer een voorzieningenrechter tot de conclusie komt dat er sprake is van een gebrek in de aanbestedingsstukken die een heraanbesteding kan rechtvaardigen, blijft er ruimte over voor een belangenafweging. In de bijzondere omstandigheden van het geval oordeelt de rechter dat een gebod tot heraanbesteding een disproportionele maatregel zou zijn. De voorzieningenrechter weegt daarbij mee dat het komen tot het ontwerp van het werk een tijdrovend proces is geweest en dat niet is gebleken van enige behoefte aan een andersoortig gebouw. Ook zou een nieuwe aanbesteding aanmerkelijk kostenverhogend werken voor alle belanghebbenden. De rechter staat het de aanbestedende dienst daarom toe een nieuwe inschrijvingsronde in te lassen. De voorzieningenrechter laat in dit geval het geschonden belang van eiseres bij het prijsgeven van de door haar geoffreerde aannemingssom minder zwaar wegen dan het belang van alle inschrijvers bij een transparante en gelijke aanbestedingsprocedure.⁴³⁴

j. 843a Rv/inzage/openbaarmaking

In een kort geding vordert inschrijver Aqualia op grond van artikel 843a Rv en artikel 843b Rv en op grond van artikel 21 en artikel 22 Rv dat het Waterschap Aa en Maas wordt geboden om per omgaande afschrift van dan wel inzage te verschaffen in delen van de inschrijvingen van concurrenten. Aqualia wil door middel van afschrift en/of inzage kunnen nagaan of het waterschap alle inschrijvers gelijk heeft behandeld. Ten aanzien van deze incidentele vordering overweegt de voorzieningenrechter dat artikel 843a Rv niet voorziet in een onbeperkt recht op inzage van bescheiden, maar dat deze bepaling het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden afhankelijk stelt van een aantal cumulatieve vereisten. Aan deze vereisten is in deze zaak niet voldaan. De vordering ex artikel 843a Rv wordt daarom afgewezen. Dat Aqualia recht op afgifte van de bedoelde bescheiden kan ontleen aan artikel 843b Rv, dat ziet op een verloren bewijsmiddel, is door Aqualia niet aannemelijk gemaakt. Evenmin kan aan artikel 21 Rv juncto artikel 22 Rv de door Aqualia bedoelde afgifte dan wel inzage worden ontleend, aldus de voorzieningenrechter.⁴³⁵

Onder het kopje ‘motiveren gunnings- en intrekkingbeslissing’ (§ 16d) is reeds jurisprudentie besproken waaruit blijkt dat een aanbestedende dienst onder omstandigheden wel gehouden is om inzicht te geven in de referenties van de voorlopige winnaar. Zonder inzicht in die beoordeling kan een verliezende inschrijver immers – bij gerede twijfel over de referenties van de concurrent – niet controleren of de aanbestedende dienst op goede gronden tot gunning overgaat. Opvallend in deze zaak is dat de inschrijver die inzicht in de referenties vorderde geen incidentele

429 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5273.

430 Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 18 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6039.

431 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 18 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8893.

432 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007.

433 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 27 mei 2014,

ECLI:NL:RBZWB:2014:3579; dit vonnis is later – gelet op een kennelijke fout in een rechtsoverweging – hersteld: Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 2 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3962.

434 Vزر. Rb. Rotterdam 18 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4844.

435 Vزر. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 1 december 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:7463.

vordering instelde om het gewenste inzicht te verkrijgen, maar via de band van het transparantiebeginsel c.q. motiveringsverplichting (met succes) inzicht vroeg.⁴³⁶

In een bodemprocedure verzette Sita zich – kort gezegd – tegen het verlenen door enkele gemeenten van een uitsluitend recht in verband met het be-/verwerken van huishoudelijk restafval. In dat kader had Sita reeds de CvA verzocht een niet-bindend advies uit te brengen over de vraag of de verlening van het uitsluitend recht in de gegeven omstandigheden juridisch is toegestaan. Sita heeft het advies van de CvA niet kunnen afwachten, aangezien zij zich gelet op artikel 4:15 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 genoodzaakt voelde om binnen dertig kalenderdagen de hoofdzaak aanhangig te maken. Om die reden vorderde Sita dat de rechter partijen op grond van artikel 22 Rv zou gelasten om aan de CvA te verzoeken de behandeling van de klacht te hervatten en dat de onderhavige procedure bij de rechter zou worden aangehouden totdat de CvA advies had uitgebracht. De Rechtbank Gelderland stelt ten aanzien van deze vordering vast dat in artikel 22 Rv de discretionaire bevoegdheid van de rechter is neergelegd om partijen te bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Of de rechter van deze bevoegdheid gebruikmaakt, is overgelaten aan zijn procesbeleid. Anders dan bij artikel 843a Rv komt partijen geen vorderingsrecht op dit punt toe. Bovendien strekt de vordering ertoe partijen op te dragen om aan de CvA te verzoeken de behandeling van de klacht te hervatten. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, kan dit naar het oordeel van de rechtbank bezwaarlijk worden gezien als het toelichten van bepaalde stellingen of het overleggen van bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden. De vordering van Sita wordt daarom afgewezen.⁴³⁷

k. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

In het kader van meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures zijn aanbestedende diensten (die als bestuursorgaan kwalificeren) gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen. Dit brengt mee dat aanbestedende diensten het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel jegens de inschrijvers in acht dienen te nemen.⁴³⁸ Op grond van deze beginselen mag de inhoud van een gegunde opdracht niet zodanig (wezenlijk) gewijzigd worden dat de gegunde opdracht, op voor de onderlinge vergelijking van de verrichte inschrijvingen wezenlijke punten, niet meer overeenkomt met de aanbestede opdracht. Voorts handelt een aanbestedende dienst in meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures in strijd met het gelijkheidsbeginsel, wanneer hij de door hemzelf opgestelde spelregels niet

naleeft. Binnen dergelijke aanbestedingsprocedures is het bovendien in strijd met het fair-playbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, wanneer een aanbestedende dienst op onfaire wijze de rechtspositie van een (rechts)persoon benadeelt mede door een effectieve rechtsbescherming tegen de gunningsbeslissing onmogelijk te maken door geen standstilltermijn in acht te nemen.⁴³⁹ Zonder de mogelijkheid om het gunningsvoornemen te laten heroverwogen door de aanbestedende dienst zelf dan wel te laten toetsen door de rechter, zijn de beginselen waaraan een aanbestedende dienst zich bij het volgen van een aanbestedingsprocedure (waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) dient te houden, illusoir.⁴⁴⁰

Het is aanbestedende diensten in het kader van meervoudig onderhandse procedures toegestaan om aan de inschrijvers een ruime vrijheid te laten om een onderdeel van een inschrijving naar eigen inzicht vorm te geven, mits dat in lijn is met de verplichting tot transparant handelen. Voor zover deze verplichting in een dergelijk geval niet zou voortvloeien uit de bepalingen van Afdeling 1.2.4 Aanbestedingswet 2012, kan zij volgens de CvA worden gebaseerd op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid.⁴⁴¹

Het is een aanbestedende dienst binnen de grenzen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de algemene beginselen van aanbestedingsrecht en de precontractuele goede trouw geoorloofd om na een toegestane intrekking van een aanbestedingsprocedure tot heraanbesteding over te gaan. Waar die grenzen precies beginnen en eindigen, maakt de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel echter niet duidelijk.⁴⁴²

Een in een opdracht geïnteresseerde onderneming mag niet lichtvaardig worden uitgesloten van deelname aan een aanbestedingsprocedure, wanneer die onderneming een eerder aanbestede en verworven opdracht niet is nagekomen. De rechter oordeelt dat de niet-nakoming van de eerdere overeenkomst niet zodanig ernstig is, dat dat een uitsluiting van deelname aan een nieuwe aanbestedingsprocedure rechtvaardigt. Daarnaast had de aanbestedende dienst het nagelaten een grondig en onafhankelijk onderzoek in te stellen, maar had hij de betreffende onderneming direct, zonder hoor en wederhoor toe te passen, uitgesloten van de aanbesteding. Dit acht de rechter in de omstandigheden van het geval in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. Bovendien moet de maatregel als disproportioneel worden

436 Vzr. Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7930.

437 Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 26 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2868.

438 Vzr. Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3456.

439 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007.

440 Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 7 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5503.

441 CvA 24 april 2014, advies 70.

442 Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 6 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1078; Vzr. Rb. Den Haag 7 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5633.

aangemerkt.⁴⁴³

Uit de eerder in deze kroniek genoemde Kadaster-zaak blijkt dat het onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn om bepaalde ondernemingen niet uit te nodigen voor deelname aan een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure.⁴⁴⁴ Een vergelijkbare zaak deed zich voor op Aruba. De publiekrechtelijke rechtspersoon Servicio di Limpieza di Aruba (Serlimar) had onderneming Jossy Motors niet uitgenodigd voor deelname. Wel had Serlimar tijdens de procedure gemotiveerd waarom Jossy Motors niet binnen het gewenste profiel viel. Omdat Jossy Motors hierop in hoger beroep niet gemotiveerd had gereageerd, oordeelt het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba dat niet vaststaat dat Serlimar in strijd heeft gehandeld met één of meer algemene beginselen van behoorlijk bestuur of aanbestedingsrecht.⁴⁴⁵

l. Deskundigenbericht, voorlopig getuigenverhoor en nader onderzoek

De aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie op het gebied van deskundigenberichten, voorlopige getuigenverhoren en nadere onderzoeken is schaars. Dit is het logische gevolg van het feit dat rechtsbescherming in aanbestedingszaken hoofdzakelijk plaatsvindt in kort geding. Binnen een kort geding is doorgaans geen ruimte (en met name geen tijd) voor deskundigenberichten, voorlopige getuigenverhoren en/of nadere onderzoeken. In bodemprocedures ligt dit anders.⁴⁴⁶

In een kort geding voor de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag wordt door de eisende partij subsidiair gevorderd de inschrijving van de voorlopige winnaar voor te leggen aan de CvA om door een door de voorzitter van die commissie aan te wijzen deskundige te laten beoordelen. De voorzieningenrechter wijst deze vordering af, omdat de primaire vordering reeds wordt toegewezen. De voorzieningenrechter overweegt ten overvloede dat toewijzing van het subsidiair gevorderde erop neer zou komen dat de voorzieningenrechter geen beslissing neemt ten aanzien van een aan hem voorgelegd geschil, maar de beslissingsbevoegdheid als het ware overdraagt aan een deskundige, die niet door hem maar door een derde is benoemd. Een dergelijke vordering “lijkt voorshands niet bepaald voor toewijzing vatbaar”.⁴⁴⁷ Een vergelijkbaar verzoek om de CvA te raadplegen is aan de orde in de zaak tussen Sita en enkele gemeenten omtrent de verlening van een uitsluitend recht. Sita vraagt de rechter op grond van artikel 22 Rv

de gemeenten te gelasten om aan de CvA te verzoeken de behandeling van de reeds bij de CvA neergelegde klacht te hervatten en te gelasten dat de onderhavige procedure bij de rechter zal worden aangehouden totdat de CvA advies heeft uitgebracht. De Rechtbank Gelderland wijst deze vordering af.⁴⁴⁸

m. Dwangsom

Dwangsommen worden niet vaak opgelegd omdat rechters er dikwijls van uitgaan dat de aanbestedende dienst zich volledig en onvoorwaardelijk aan de uitspraak zal houden.⁴⁴⁹ Met name indien de aanbestedende dienst heeft aangegeven dat hij ook zonder dwangsom gehoor zal geven aan het vonnis, wordt het opleggen van een dwangsom niet passend geacht.⁴⁵⁰ Dit is echter niet altijd het geval.⁴⁵¹ In uitzonderingsgevallen wordt de gevorderde dwangsom, meestal ongemotiveerd, door de rechter wél toegewezen. In die gevallen is er wel vaak (een eveneens onduidelijke) aanleiding de gevorderde dwangsom te matigen en/of om het totaal ervan aan een maximum te binden.⁴⁵² Soms wordt daarbij bepaald dat de op te leggen dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan.⁴⁵³ Als er geen verweer is gevoerd tegen de gevorderde dwangsom, kan dat een reden zijn om de gevorderde dwangsom toe te wijzen.⁴⁵⁴

Indien een aanbestedende dienst zich niet houdt aan een gerechtelijke uitspraak waarin dwangsommen zijn opgelegd, dan verbeurt die aanbestedende dienst dwangsommen.

Wel moet het handelen van de aanbestedende dienst in strijd zijn met de gerechtelijke uitspraak. Is dat niet het geval, dan kunnen de dwangsommen niet worden geïnd.⁴⁵⁵

443 Vrz. Rb. Den Haag 18 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:3338.

444 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 8 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5475.

445 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 16 september 2014, ECLI:NL:OGHACMB:2014:58.

446 Rb. Overijssel, zittingsplaats Zwolle 30 juli 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4125.

447 Vrz. Rb. Den Haag 23 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7312.

448 Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 26 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2868.

449 Vrz. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 12 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:710.

450 Vrz. Rb. Den Haag 18 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:3338; Vrz. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 27 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3579; Vrz. Rb. Amsterdam 2 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5580; Vrz. Rb. Den Haag 27 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16579.

451 Vrz. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 4 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1905.

452 Vrz. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454; Vrz. Rb. Amsterdam 25 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2540; Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4742.

453 Vrz. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965.

454 Vrz. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 30 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3251.

455 Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 17 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6430.

n. Geen belang

Artikel 3:303 BW bepaalt dat zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toekomt. Dit betekent dat een (in een bodemprocedure verzochte) verklaring voor recht tot een rechtsgevolg moet kunnen leiden. De (door de rechter zo geïnterpreteerde) stellingname dat een onderneming een kans zou hebben gehad om een heraanbesteding te winnen is “niet geheel onbewijsbaar”, zodat de rechtbank belang (te weten die van de waarde van de gemiste kans) aanwezig acht ter zake van de vordering tot het geven van een verklaring voor recht dat de uitgevoerde aanbestedingsprocedure onrechtmatig is verlopen.⁴⁵⁶

Onderneming Duosport had geen belang bij haar vordering gericht op vernietiging van een overeenkomst tussen een stichting en een concurrent inzake het geven van schaatslessen op de Jaap Edenbaan. Ook wanneer de overeenkomst met de concurrent zou worden vernietigd, is het volgens de Rechtbank Amsterdam namelijk niet aannemelijk dat de stichting het exclusieve recht om op de Jaap Edenbaan schaatsinstructie te geven aan Duosport zal verlenen. Ook de stelling van Duosport dat zij belang had bij het op juiste wijze doorlopen van de aanbestedingsprocedure werd verworpen, omdat niet was gebleken dat Duosport van deelname aan de eerdere aanbestedingsprocedure had afgezien om reden dat zij niet zou kunnen voldoen aan de in de aanbestedingsprocedure gestelde voorwaarden. Het zuiver ideële belang van handhaving van de kwaliteit en capaciteit van de schaatslessen was in dit geschil geen in rechte te respecteren belang. Bij deze stand van zaken had Duosport evenmin belang bij een correcte naleving van de bezwaartermijn gesteld in de aanbestedingsprocedure.⁴⁵⁷

Onder het kopje ‘(niet-)ontvankelijkheid op andere gronden’ (§ 16g) is reeds de jurisprudentie besproken waaruit blijkt dat een gegadigde die heeft afgezien van deelneming aan een aanbestedingsprocedure, afhankelijk van de aard van het bezwaar en de beweerdde schending van het aanbestedingsrecht, een voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW kan hebben bij zijn vordering. Dit is (onder meer) het geval indien een gegadigde die niet heeft ingeschreven geen (eerlijke) kans heeft kunnen maken op verwerving van de opdracht als gevolg van onrechtmatig handelen van de aanbestedende dienst.⁴⁵⁸ Rechter oordelen ook wel eens anders. Uit een vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel kan men namelijk opmaken dat een inschrijver géén belang heeft bij zijn vorderingen indien hij niet heeft ingeschreven op een opdracht. Dit terwijl ook in deze zaak de aanbestedende dienst werd verweten dat de aanbidders geen gelijke kansen

hadden om succesvol aan de aanbesteding deel te nemen. In die zaak oordeelt de rechter dat het feit dat eiseres niet (tijdig) heeft ingeschreven volstaat om te oordelen dat zij geen recht heeft op en rechtens geen belang heeft bij toewijzing van haar vorderingen, die er feitelijk toe strekken dat de aanbesteding wordt overgedaan en dat eiseres daaraan dan alsnog kan deelnemen.⁴⁵⁹

Een onderneming die niet heeft deelgenomen aan een Europese aanbestedingsprocedure kan voldoende belang hebben bij een vordering die ziet op een correcte nakoming van de aanbestede overeenkomst. Althans, wanneer de aanbestedende dienst tijdens de uitvoering van de opdracht wijzigingen aanbrengt in het bestek kan een onderneming, die als gevolg van het oorspronkelijke (niet aangepaste) bestek niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, aanvoeren dat hij benadeeld wordt als gevolg van deze wijziging. Indien het gewijzigde bestek immers aanstonds was aanbesteed, dan had de betreffende onderneming de kans gehad om (eventueel als onderaannemer) mee te dingen naar de opdracht.⁴⁶⁰

Het verweer van een aanbestedende dienst dat een inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft ingediend geen belang meer kan hebben bij zijn vorderingen ten aanzien van eventuele onregelmatigheden in de aanbestedingsprocedure, gaat niet altijd op. Indien immers zou blijken dat de inschrijving van de voorlopige winnaar eveneens ongeldig is, dan is er geen inschrijver meer aan wie gegund kan worden. In die situatie zou eiseres weer kunnen meedingen als de aanbestedende dienst de opdracht zou heraanbesteden of tot een onderhandelingsprocedure over zou gaan. Eiseres heeft er echter geen belang meer bij om de geldigheid van een door de aanbestedende dienst uitgevoerde smaaktest aan te tasten. Het aantasten van de geldigheid van de smaaktest kan er namelijk niet toe leiden dat er alsnog gegund zou moeten worden aan eiseres.⁴⁶¹ Geheel eenduidig is de jurisprudentie niet. Uit een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden kan namelijk worden opgemaakt dat een inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan slechts een ‘beperkt belang’ heeft bij de stelling dat de voorlopige winnaar ook ongeldig zou hebben ingeschreven.⁴⁶²

Een afgewezen inschrijver heeft geen belang bij de stelling dat de door hem behaalde scores te laag zijn en/of dat de puntentoekenning in strijd is met bepalingen in de aanbestedingsdocumentatie, wanneer een herstel van het vermeende gebrek geen wijziging in de rangorde teweeg

456 Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 4 juni 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4986.

457 Rb. Amsterdam 12 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2396.

458 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 6 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1551; Vzr. Rb. Den Haag 6 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2761; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 21 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4154.

459 Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 28 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6266.

460 Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 29 januari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:894.

461 Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 28 januari 2014, (C05/254118/KG ZA 13-621, (n.n.g.).

462 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5273.

zou kunnen brengen of geen nieuwe voorlopige winnaar zou opleveren.⁴⁶³ In dezelfde zin heeft een inschrijver geen belang bij de stelling dat de voorlopige winnaar ongeldig zou hebben ingeschreven in het geval ook bij het wegvallen van de inschrijving van de voorlopige winnaar hij niet voor gunning in aanmerking zou komen.⁴⁶⁴

Wanneer een aanbestedder in het kader van een minicompitie de prijzen van de voorlopige winnaar en van de afgewezen inschrijver bekendmaakt, heeft de afgewezen inschrijver geen belang bij een vordering die betrekking heeft op de openbaarmaking van alle geboden prijzen. De aanbestedende dienst hoeft die (bedrijfsgevoelige) informatie dan ook niet openbaar te maken. Ook is de aanbestedder niet gehouden om de aangeboden prijzen in een tweede minicompitie bekend te maken, omdat eiseres daaraan niet heeft meegedaan.⁴⁶⁵ In lijn met deze jurisprudentie heeft een inschrijver die zelf ongeldig heeft ingeschreven geen belang bij een vordering tot inzage in de door de voorlopige winnaar overgelegde bereidverklaring en/of notariële verklaring.⁴⁶⁶

Een winnaar van een aanbestedingsprocedure had geen belang bij een vordering die ertoe strekte dat de aanbestedende dienst werd geboden de gunningsbeslissing in te trekken en werd geboden om een nieuw voornemen tot gunning te nemen, waarbij de reeds getekende overeenkomst qua tariefstelling werd gewijzigd. De vordering werd afgewezen omdat de winnaar gehouden is de door haar ondertekende raamovereenkomst met de aanbestedende dienst, inclusief de daarbij overeengekomen tarieven, na te komen. Zij had bij haar eis geen rechtens te beschermen belang meer, omdat zij ook ná de aanvechtbare aanbestedingsprocedure uitdrukkelijk had ingestemd met de door de aanbestedende dienst aan haar in het kader van de aanbesteding en de gunning aangeboden condities.⁴⁶⁷

Een interveniërende partij heeft tot slot geen belang bij zijn vordering die ertoe strekt de aanbestedende dienst te gebieden de opdracht aan haar te verstrekken, wanneer de vorderingen van de eisende partij worden afgewezen en de aanbestedende dienst heeft aangegeven dat hij voornemens is om de opdracht definitief te gunnen aan de interveniërende partij. Dergelijke vorderingen van interveniërende partijen worden derhalve doorgaans afgewezen wegens een gebrek aan belang.⁴⁶⁸

o. Alcatel- en vervaltermijn

De in de Aanbestedingswet 2012 en het ARW 2012 genoemde rechtsbeschermingstermijnen betreffen standstilltermijnen. Pas als een gunningsbeslissing van een aanbestedende dienst voldoet aan de motiveringsverplichting gaat de standstilltermijn lopen. Binnen deze termijn is het de aanbestedende dienst niet toegestaan een overeenkomst te sluiten en hebben de afgewezen inschrijvers de mogelijkheid de voorlopige gunning in rechte (in kort geding) aan te vechten. De aanbestedende dienst mag ook gedurende een kort geding de overeenkomst niet sluiten, maar dient de uitkomst van de procedure in principe af te wachten.⁴⁶⁹ Vaak kiezen aanbestedende diensten ervoor om in (Europese en niet-Europese) aanbestedingsprocedures in de aanbestedingsdocumentatie voor te schrijven dat de standstilltermijn tevens een vervaltermijn is en dat na het verstrijken van deze termijn een voorlopige gunningsbeslissing niet meer in rechte kan worden aangevochten. Daarbij wordt voorgeschreven dat inschrijvers door middel van het doen van een inschrijving akkoord gaan met deze vervaltermijn. Besluiten inschrijvers om buiten de overeengekomen vervaltermijn een kort geding te starten, dan leidt dat doorgaans tot de conclusie dat de inschrijver niet-ontvankelijk in zijn vorderingen moet worden verklaard.⁴⁷⁰ Aanbestedende diensten doen er dus verstandig aan om een vervaltermijn op te nemen in de aanbestedingsdocumentatie. Het in een later stadium eenzijdig voorschrijven van een vervaltermijn bindt een afgewezen inschrijver in beginsel niet.⁴⁷¹

Aanbestedende diensten nemen doorgaans in (Europese) niet-openbare aanbestedingsprocedures ook een standstill- en vervaltermijn in acht naar aanleiding van een voorlopige *selectiebeslissing*. Uit een vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland blijkt dat gegadigden en inschrijvers binnen deze termijn een kort geding aanhangig moeten maken, indien zij het niet eens zijn met de voorlopige selectiebeslissing. Indien de gegadigde deze termijn ongebruikt laat verstrijken, inschrijft op de opdracht en pas na voorlopige gunning aan een concurrent bezwaren uit die betrekking hebben op de selectiebeslissing, dan is die inschrijver in beginsel te laat. Voor het terzijde stellen van de vervaltermijn is volgens de rechter alleen plaats indien er niet alleen (i) een plausibele verklaring wordt gegeven waarom van de feitelijke omstandigheden waarop een beroep wordt gedaan niet eerder melding kon worden gemaakt, maar ook dat (ii) die omstandigheden zelf van dien aard zijn dat er aanleiding is voor aarzelingen over de

463 Vزر. Rb. Den Haag 24 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5696; Vزر. Rb. Den Haag 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13392; Vزر. Rb. Rotterdam 28 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9989.

464 Vزر. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 25 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4568.

465 Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 3 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4272.

466 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 11 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8646.

467 Vزر. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 28 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6265.

468 Vزر. Rb. Noord-Holland 30 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:611; Vزر. Rb.

Den Haag 24 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5696; Vزر. Rb. Den Haag 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13392.

469 Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 18 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8893.

470 Vزر. Rb. Den Haag 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12506. Een ander geldt ook voor nationale aanbestedingsprocedures onder het ARW 2005. Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 4 april 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:2636.

471 Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4742.

juistheid van de beoordeling die de aanbestedende dienst heeft uitgevoerd. Deze voorwaarden worden volgens de voorzieningenrechter niet vervuld, zodat er geen aanleiding is om de vervaltermijn terzijde te stellen.⁴⁷²

Uit een arrest van het HvJ EU blijkt dat de rechtsbeschermingstermijn opnieuw aanvangt indien de aanbestedende dienst na de voorlopige gunningsbeschikking maar vóór ondertekening van de overeenkomst een nieuwe beschikking heeft vastgesteld die van invloed kan zijn op de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing. Deze termijn begint te lopen vanaf de mededeling van de latere beschikking aan de inschrijvers of, bij gebreke daarvan, vanaf het moment waarop de inschrijvers daarvan kennis hebben. De rechtsbeschermingstermijn behoeft echter niet opnieuw aan te vangen, voor zover de afgewezen inschrijver reeds op grond van de informatie die hem in het kader van de eerste gunningsbeslissing was medegedeeld en op basis van de informatie die hij met inachtneming van normale zorgvuldigheid had kunnen verkrijgen, een procedure had kunnen opstarten. Die eventuele bezwaren ten aanzien van die informatie, had de afgewezen inschrijver dus binnen de eerste rechtsbeschermingstermijn aan de orde moeten stellen, tenzij het nationale recht anders voorschrijft.⁴⁷³

Het is aanbestedende diensten – ook na het verstrijken van de standstill-/vervaltermijn – in beginsel toegestaan om op een eerder geuit gunningsvoornemen terug te komen naar aanleiding van eigen onderzoek of reacties van andere inschrijvers. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag verduidelijkt wat dat betreft dat de Alcatel-termijn ertoe strekt voldoende rechtsbescherming aan de verliezende inschrijvers te bieden in die zin dat zij in de gelegenheid worden gesteld binnen een bepaalde termijn hun bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure in een voorlopige-voorzieningenprocedure te laten beoordelen op een moment dat nog doeltreffend in de aanbestedingsprocedure kan worden ingegrepen. Deze strekking brengt niet mee dat na het verstrijken van de Alcatel-termijn zonder meer moet worden overgegaan tot het sluiten van een contract met de inschrijver aan wie voorlopig is gegund. Indien bij nader inzien blijkt dat het eerdere gunningsvoornemen niet in overeenstemming is genomen met de aanbestedingsstukken dient het eventueel bij de (aanvankelijk) winnende inschrijver opgewekte vertrouwen dat de opdracht definitief aan hem zou worden gegund te wijken voor het in het aanbestedingsrecht verankerde beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers.⁴⁷⁴

Hoewel de Aanbestedingswet 2012 dit niet voorschrijft, blijkt uit de jurisprudentie dat aanbestedende diensten in het kader van meervoudig onderhandse procedures gehouden zijn om een rechtsbeschermingstermijn in acht te nemen. Zonder de mogelijkheid om het gunningsvoor-

nemen van de aanbestedende dienst te laten heroverwegen door de aanbestedende dienst zelf dan wel te laten toetsen door de rechter is een effectieve rechtsbescherming niet mogelijk en zijn de beginselen, waaraan een aanbestedende dienst zich bij het volgen van een aanbestedingsprocedure dient te houden, illusoir.⁴⁷⁵ Bij de verlening van vervoersconcessies onder de Wet personenvervoer 2000 is het hanteren van een rechtsbeschermingstermijn na voorlopige gunning zinledig, omdat de afgewezen inschrijver pas rechtsbeschermingsmogelijkheden heeft naar aanleiding van de definitieve concessieverlening.⁴⁷⁶

Inschrijvers die willen voorkomen dat een aanbestedende dienst na een verloren kort geding in eerste aanleg een overeenkomst sluit, doen er verstandig aan subsidiair te vorderen dat de aanbestedende dienst, bij afwijzing van het primair gevorderde, de standstilltermijn dient te verlengen en daarbij te vorderen dat het de aanbestedende dienst wordt verboden de overeenkomst te sluiten zolang geen arrest is gewezen, dan wel totdat de appeltermijn ongebruikt is verstreken. Inschrijvers dienen er wel rekening mee te houden dat dergelijke (subsidiaire) vorderingen kunnen worden afgewezen. Zo ziet de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland geen aanleiding de standstilltermijn te verlengen gezien het uitgangspunt van de wet dat hoger beroep tegen het vonnis van de voorzieningenrechter geen verdere opschortende werking heeft. In dit oordeel spelen ook de belangen van de aanbestedende dienst bij een spoedige definitieve gunning een rol.⁴⁷⁷

p. Proces- en nakostenveroordeling

Wanneer een procespartij in het ongelijk wordt gesteld, volgt steevast een veroordeling in de proces- en nakosten. Die specifieke jurisprudentie biedt geen nieuwe inzichten en zal daarom niet in deze kroniek worden besproken.

Onder het kopje ‘Voeging, tussenkomst en derdenverzet’ (§ 16e) is reeds besproken dat eisende partijen bij tussenkomst/voeging rekening moeten houden met de proceskostenveroordeling. Een korte signalering is in deze kroniek op zijn plaats. Vaak zijn de vorderingen van interveniërende partijen er mede op gericht dat de opdracht niet gegund zal worden aan eiseres. Wanneer die vordering slaagt, valt eiseres aan te merken als de in het ongelijk gestelde partij en ligt het voor de hand dat eiseres niet alleen wordt veroordeeld in de proces- en nakosten van de aanbestedende dienst, maar ook in de proces- en nakosten van de interveniërende partij.⁴⁷⁸ Wordt eiseres in het gelijk

472 Vsr. Rb. Noord-Holland 30 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:611.

473 HvJ EU 8 mei 2014, C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307.

474 Vsr. Rb. Den Haag 7 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5633.

475 Vsr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 7 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5503; Vsr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007.

476 CBB 18 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:265.

477 Vsr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 20 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2898; Vsr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 4 augustus 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4201.

478 Vsr. Rb. Den Haag 27 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2961; Vsr. Rb. Noord-Holland 30 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:611; Vsr. Rb. Noord-Holland 21 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2536.

gesteld en worden de vorderingen van de interveniërende partij afgewezen dan wordt de tussenkomende partij veroordeeld in de proceskosten van eiseres.⁴⁷⁹ Indien een interveniërende partij ten opzichte van de aanbestedende dienst in het ongelijk wordt gesteld, wordt zij doorgaans veroordeeld in de proces- en nakosten van de aanbestedende dienst. Vaak worden deze kosten begroot op nihil, omdat niet is gebleken dat de aanbestedende dienst als gevolg van de interventie extra kosten heeft moeten maken.⁴⁸⁰ Wanneer de vordering van een tussenkomende partij wordt toegewezen, kan tussen eiseres en de tussenkomende partij niet altijd worden gesproken van een winnende partij. In dat geval bestaat er aanleiding de proceskosten te compenseren.⁴⁸¹

In bijzondere omstandigheden kan er aanleiding zijn om de in het ongelijk gestelde partij niet te veroordelen in de proceskosten, maar om de proceskosten tussen partijen te compenseren. Daarvoor kan bijvoorbeeld aanleiding zijn wanneer de gedaagden pas voor het eerst op de mondelinge behandeling motiveren waarom zij – in tegenstelling tot eiseres – van mening zijn dat er voor een bepaalde opdracht geen Europese aanbestedingsplicht geldt, terwijl die motivering in een eerder stadium verstrekt had kunnen worden. Was de motivering eerder verstrekt, dan had het kort geding mogelijk niet plaats behoeven te vinden of was het geschil mogelijk beperkter in omvang geweest. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant acht het aannemelijk dat als gevolg van het stilzwijgen van gedaagden onnodig kosten zijn veroorzaakt, welke voor hun rekening en risico dienen te komen.⁴⁸²

Als inschrijvers als gevolg van een gebrekkige motivering de aanbestedende dienst onnodig in een procedure hebben betrokken, en de aanbestedende dienst het kort geding wint, dient de aanbestedende dienst er rekening mee te houden dat inschrijvers de voorzieningenrechter zullen verzoeken om de aanbestedende dienst in ieder geval te veroordelen in de proceskosten.⁴⁸³ Deze vordering wordt echter afgewezen indien de inschrijver de procedure los van het motiveringsgebrek hoe dan ook doorgang had laten vinden.⁴⁸⁴

De buitengerechtelijke incassokosten kunnen worden gevorderd, voor zover een partij die kosten heeft moeten maken. Vereist is dat alleen kosten die in redelijkheid

zijn gemaakt toegewezen kunnen worden, waarbij wordt aangeknoopt bij het toepasselijke liquidatarief.⁴⁸⁵

q. Misbruik van procesbevoegdheid

Er is op zichzelf geen rechtsregel die verbiedt dat een inschrijver buiten het rechtsmiddel van derdenverzet om, een (zelfstandig) kort geding start waarin de partijen in een vorig kort geding worden betrokken. De partij die een dergelijk kort geding aanhangig maakt, waarmee een eerdere beslissing in kort geding opnieuw ter discussie wordt gesteld, kan echter misbruik van procesrecht maken. Misbruik van procesrecht is volgens de rechter aan de orde als (i) eiseres niet snel en doeltreffend heeft geprocedeerd, door niet te interveniëren in het eerdere kort geding; (ii) een goede reden om niet te interveniëren ontbrak; (iii) eiseres (te) lang heeft gewacht met het instellen van derdenverzet c.q. dit nieuwe kort geding; (iv) eiseres géén argumenten heeft aangevoerd die zij niet eerder had kunnen aanvoeren; en (v) eiseres door haar wijze van procederen de betrokken procespartijen onnodig op kosten jaagt.⁴⁸⁶

Een incidentele vordering op grond van artikel 351 Rv tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het vonnis kan worden toegewezen in het geval sprake is van misbruik van recht dan wel in geval een afweging van de belangen van partijen in het licht van nieuwe – door incidenteel eiser te stellen – omstandigheden daartoe aanleiding geeft. Indien niet is gesteld dat sprake is van misbruik van recht en indien nieuwe omstandigheden ontbreken, dan wordt de incidentele vordering afgewezen.⁴⁸⁷

Het in hoger beroep ingrijpen in een gesloten overeenkomst kan onder andere aan de orde zijn indien de aanbestedende dienst misbruik van zijn bevoegdheid heeft gemaakt. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn wanneer de aanbestedende dienst de overeenkomst aangaat met klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. Is geen sprake van een dergelijke klaarblijkelijke miskennis en zijn er ook geen andere redenen om in te grijpen aanwezig, dan wordt er niet ingegrepen.⁴⁸⁸

r. Wilsgebreken (o.a. dwaling)

In het geval een inschrijver op grond van vervoersprognoses van de aanbestedende dienst een inschrijving indient en de prognoses tijdens de uitvoering van de overeenkomst niet gerealiseerd kunnen worden, kan niet snel een succesvol beroep op (wederzijdse) dwaling worden gedaan. Het niet kunnen waarmaken van de prognoses betreft een toekomstige omstandigheid of een feit dat voor rekening van de dwalende behoort te blijven in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen en de omstandigheden van het

479 Vزر. Rb. Rotterdam 4 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:692.

480 Vزر. Rb. Noord-Holland 30 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:611; Vزر. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965; Vزر. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965; Vزر. Rb. Noord-Holland 28 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2849; Vزر. Rb. Den Haag 24 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5696; Vزر. Rb. Den Haag 22 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7233; Vزر. Rb. Den Haag 6 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7937.

481 Vزر. Rb. Rotterdam 18 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4844.

482 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 27 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4421.

483 Vزر. Rb. Rotterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9809.

484 Vزر. Rb. Rotterdam 21 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3931.

485 Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2622.

486 Vزر. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 3 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3493.

487 Hof Den Bosch 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2804.

488 Hof Den Haag 15 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2675.

geval. De behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had er – gelet op de concrete omstandigheden van het geval – ernstig rekening mee moeten houden, niet alleen dat de in het verleden gerealiseerde vervoerscijfers bij lange na niet gehaald zouden worden, maar ook dat de door de aanbestedende dienst opgegeven prognoses geen enkele zekerheid gaven.⁴⁸⁹

17. Varia

a. Begrip *gedagigde/begrip ondernemer*

Over het begrip ‘gedagigde’, dat in de aanbestedingsstukken was gedefinieerd als: “een door de Aanbestedende Dienst erkende aannemer die is toegelaten tot de Inschrijving”, heeft het Hof Den Bosch zich gebogen.⁴⁹⁰

Nergens in de aanbestedingsdocumentatie was een beperking ten aanzien van het begrip ‘gedagigde’ aangebracht met betrekking tot eventueel optreden van inschrijvers in concernverband. Nergens in de aanbestedingsdocumentatie werd gerept over een beperking, laat staan uitsluiting, indien verschillende vennootschappen van een concern inschreven op hetzelfde perceel, of op verschillende percelen.

Twee vennootschappen van BAM schreven in, BAM Zuid en BAM Midden-West. Zij kregen beide twee raamovereenkomsten op twee percelen gegund. Op één perceel waren zij samen de twee beoogde contractanten.

Een concurrent, X Civiel, verdacht deze twee vennootschappen van afstemming in het kader van het opstellen van de inschrijvingen en dacht daar ook enige aanwijzingen voor te hebben. Deze onderneming probeerde via de band van het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter voor haar verdenking gehoor te krijgen.

Tevergeefs. Het Hof Den Bosch overweegt dat de aanbestedingsdocumentatie ten eerste geen enkele beperking bevat ten aanzien van inschrijvingen door inschrijvers afkomstig uit hetzelfde concern. Ten tweede oordeelt het hof terecht dat het beroep dat X Civiel deed op het Assitur-arrest van het Hof van Justitie EG⁴⁹¹ moest worden verworpen. In dat arrest was een *automatische* uitsluiting aan de orde van ondernemingen die tot hetzelfde concern behoorden en die als concurrenten in eenzelfde aanbesteding wensten deel te nemen; het Hof van Justitie EG oordeelde dat een dergelijke automatische uitsluiting – zonder het toelaten van tegenbewijs – niet was toegestaan. Omdat in de onderhavige aanbesteding juist helemaal geen sprake was van wat voor soort uitsluiting dan ook, was het Assitur-arrest hier in het geheel niet van toepassing. Vaste rechtspraak van het HvJ EU dat onder het begrip

‘dienstverlener’ alle natuurlijke of rechtspersonen, met inbegrip van openbare lichamen die diensten aanbieden, worden verstaan, is nu bevestigd in een recent Europees arrest.⁴⁹² Een van de doelstellingen van het Europees aanbestedingsrecht is immers de openstelling voor een zo ruim mogelijke mededinging. Een restrictieve uitleg van het begrip ‘ondernemer’ zou tot gevolg hebben dat overeenkomsten tussen aanbestedende diensten en lichamen die bij hun handelen niet hoofdzakelijk winst nastreven, niet zouden worden beschouwd als overheidsopdrachten en dus onderhands zouden kunnen worden gesloten, hetgeen zou indruisen tegen de doelstelling van de Europese regels. Iedere persoon of instantie mag zich inschrijven of zich als gedagigde opgeven wanneer deze zich in staat acht om de betrokken opdracht uit te voeren, ongeacht zijn privaats- dan wel publiekrechtelijk statuut, en tevens ongeacht de vraag of hij op systematische basis dan wel slechts occasioneel actief is op de markt, aldus het HvJ EU.

b. *Raakvlakken met staatssteun*

Omdat in een aanzienlijk aantal zaken waar niet is aanbesteed (bijvoorbeeld omdat beroep wordt gedaan op een uitzondering) door de eisende partij ook vaak het standpunt wordt ingenomen dat voor de verleende diensten bovendien door de overheid/aanbestedende dienst te veel wordt betaald, wordt in dit soort zaken ook vaak gesteld dat de overheid de staatssteunregels schendt zoals neergelegd in artikel 107 VWEU.

Veelal stranden dit soort stellingen, meestal omdat de eisende partij er niet in slaagt aan te tonen dat sprake is van een voordeel, een van de voorwaarden om van staatssteun te kunnen spreken, maar soms ook omdat zelfs niet wordt aangetoond dat er sprake is van financiering met overheidsmiddelen.⁴⁹³

In een (tussen)arrest van het Hof Den Bosch⁴⁹⁴ was de situatie aan de orde dat de Europese Commissie zich – naar aanleiding van een klacht van appellante bij de Commissie – al over de staatssteunaspecten van de betreffende zaak had gebogen. Omdat appellante in dat geschil vorderde dat een verbod werd opgelegd om aan de afvalverwerkingsovereenkomst tussen de aanbestedende diensten en afvalverwerker Attero verdere uitvoering te geven, acht het hof het geraden dat appellante het hof nader inlichtte over de stand van zaken met betrekking tot de ingediende klacht. Meer in het bijzonder verzoekt het hof appellante nader in te gaan op de vraag of zij een reactie heeft ontvangen van de Europese Commissie en zo ja, deze reactie voor te leggen. Verder geeft het hof aan te overwegen om bij de Europese Commissie inlichtingen te vragen als bedoeld in de mededeling van de Commissie over de handhaving

489 Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 17 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8171.

490 Hof Den Bosch 13 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1355.

491 HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317.

492 HvJ EU 18 december 2014, C-568/13, ECLI:EU:C:2014:2466.

493 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 27 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4421.

494 Hof Den Bosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281.

van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties⁴⁹⁵ en vraagt het hof aan partijen om zich over dit voornemen uit te laten.⁴⁹⁶

Het eindoordeel is dus nog niet in zicht; wellicht dat dit een mooi voorbeeld zal laten zien van samenwerking tussen een nationale rechter en de Europese Commissie.

c. Raakvlakken met mededingingsrecht

In een geschil waarbij (wederom) afvalverwerker Attero betrokken was, speelde de vraag of de inschrijving in tegenstelling tot de van toepassing zijnde minimumeis tot stand was gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging in strijd met het mededingingsrecht.⁴⁹⁷ Eiseres betoogde dat de inschrijving van Attero in strijd met artikel 25j, lid 1, Mededingingswet (het bevoordelingsverbod) tot stand was gekomen. De voorzieningenrechter overweegt dat er al niet aannemelijk is gemaakt dat sprake is van enige bevoordeling en komt dus niet toe aan de vraag of sprake is van strijd met het bevoordelingsverbod (nog daargelaten, aldus de rechter, de vraag of hij al kan toetsen aan het bevoordelingsverbod). De argumenten die eiseres aanvoerde ter onderbouwing van haar stelling dat sprake was van bevoordeling waren dat Attero vaak als winnaar in aanbestedingsprocedures uit de bus kwam, dat Attero in haar prijs kennelijk rekening had gehouden met een nog te verkrijgen nascheidingsvergoeding (waarvan niet vaststond dat deze zou worden uitgekeerd, aldus de rechter), en dat sprake zou zijn van een te lage prijs. Dat laatste werd niet aannemelijk geacht gelet op eerder door eiseres zelf gehanteerde verwerkingstarieven.

Een ander mededingingsrechtelijk aspect dat vaak speelt bij aanbestedingen (door private partijen) is het (vermeende) misbruik van een economische machtspositie. Aan het mededingingsrecht kan via de band van artikel 24 Mededingingswet een extra argument worden ontleend om een aanbestedingsprocedure door een private partij aan te vechten.

Voor het aannemen van een economische machtspositie (waarvan dan vervolgens ook nog moet worden aangetoond dat van die positie misbruik wordt gemaakt) is nodig dat een onderneming over een dermate sterke positie beschikt dat zij zich (vrijwel) onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers of leveranciers kan gedragen. Het marktaandeel is een van de factoren waarnaar wordt gekeken. Bij een marktaandeel van 50 procent of meer wordt in beginsel aangenomen dat de onderneming beschikt over een machtspositie, hetgeen een weerlegbaar vermoeden is. Echter, ook onder de 50 procent kan een onderneming, afhankelijk van bepaalde marktomstandig-

heden, toch beschikken over een machtspositie. In een zaak tegen Achmea discussieerden partijen over de vraag of het een marktaandeel van 32 procent of 15 procent betrof, beide zaten derhalve onder de 50 procent. De voorzieningenrechter oordeelt dat er onvoldoende marktomstandigheden waren aangevoerd om aan te nemen dat Achmea een economische machtspositie had.⁴⁹⁸

In diezelfde zaak werd aangevoerd dat Achmea het kartelverbod van artikel 6 Mededingingswet had overtreden, omdat zij overeenkomsten had gesloten die de mededinging beperkten. De voorzieningenrechter overweegt dat, voor zover de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten al van toepassing zou zijn, Achmea zich dan met recht kon beroepen op deze groepsvrijstelling, omdat er geen *hardcore* bepalingen in de contracten stonden, het marktaandeel van Achmea niet hoger was dan 30 procent en de looptijd van de betreffende ter discussie staande bepaling niet langer dan vijf jaar bedroeg.

Naar aanleiding van een (vrijwillige) aanbesteding van het Havenbedrijf Rotterdam waarin een aantal partijen waren uitgenodigd om een offerte in te dienen ten behoeve van het recht om de eerste containerterminal (T1) op de Maasvlakte te ontwikkelen en te exploiteren, speelde eveneens de vraag of sprake was van misbruik van een economische machtspositie.⁴⁹⁹ De bewijslast ter zake rust op de partij die de stelling naar voren heeft gebracht. De rechtbank geeft aan dat de relevante productmarkt de markt voor verhuur van haventerreinen is, omdat dat tussen partijen niet in geschil lijkt te zijn, maar laat dan de analyse van de relevante geografische markt achterwege, omdat zij van oordeel is dat het standpunt dat het Havenbedrijf een machtspositie heeft in de zin van artikel 102 VWEU onvoldoende aannemelijk is gemaakt. Zij baseert zich daarbij in de eerste plaats op een rapport van de NMa uit 2005 waarop eiseressen een beroep hadden gedaan, maar waaruit niet kon worden afgeleid dat het Havenbedrijf een machtspositie had. Ten tweede op het feit dat uit hetgeen in de procedure naar voren is gekomen juist eerder het beeld was ontstaan dat het Havenbedrijf zich in de praktijk niet onafhankelijk van de containeroverslagbedrijven kon gedragen en steeds grote professionele partijen tegenover zich had staan zowel bij de uitgifte van haventerreinen voor nieuwe containerterminals als in onderhandelingen van bestaande huurrelaties. De rechtbank noemt dan nog een aantal concrete voorbeelden waaruit zij concludeert dat het Havenbedrijf zich niet onafhankelijk jegens afnemers en jegens eiseressen kon gedragen.

Voor de vraag of de Staat kon worden beticht van het misbruik van een economische machtspositie was relevant of de Staat bij het uitoefenen van een economische activiteit kwalificeerde als onderneming. Immers, alleen

495 2009/C85/01.

496 Inmiddels is bij arrest van het Hof Den Bosch van 7 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:240, inderdaad bij de Europese Commissie om deze nadere informatie gevraagd.

497 Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Assen 23 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:365.

498 Vzr. Rb. Den Haag 16 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12542.

499 Rb. Rotterdam 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7824.

ondernemingen kunnen worden onderworpen aan artikel 24 Mededingingswet. Het Hof Den Haag overweegt dat een overheidsinstantie als onderneming handelt voor zover die overheidsinstantie een economische activiteit verricht die kan worden losgekoppeld van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag. Maar als de economische activiteit niet van de uitoefening van haar bevoegdheden kan worden gescheiden, dan hangen alle door die instantie verrichte activiteiten samen met de uitoefening van deze bevoegdheden.⁵⁰⁰ Omdat het in stand houden van een nationaal wegenbestand niet kon worden gescheiden van de taken die de Staat als wegbeheerder uitoefent, behoeft de Staat niet aan de mededingingsregels te worden getoetst en faalden de stellingen voor zover gebaseerd op Mededingingswet en artikel 102 VWEU al op die grond.

d. Uitvoering overeenkomst

Niet zelden wordt – indien wordt geprocedeerd over de wijze van uitvoering of niet-nakoming van de overeenkomst die als gevolg van een aanbestedingsprocedure is gesloten – teruggevallen op de aanbestedingsdocumentatie om te bepalen welke uitleg van de bepaling of eis waarover partijen discussiëren de juiste is. Als in het kader van een aanbesteding garanties worden afgegeven en de inschrijver op basis van de aanbestedingsdocumentatie uitdrukkelijk verklaart dat zij de contractuele voorwaarden integraal onderschrijft, en de conceptovereenkomst bepaalt dat verstrekte garanties geacht worden onderdeel uit te maken van de overeenkomst, dan kan daarop na gunning niet door de opdrachtnemer worden teruggekomen.⁵⁰¹

In een andere uitspraak wordt expliciet de volgende redenering gevolgd: een geschil over de uitleg van een na een aanbesteding gesloten overeenkomst gaat in wezen over de uitleg van onderdelen van het programma van eisen en de nota van inlichtingen, die deel uitmaken van de aanbestedingsstukken. Het gaat, aldus de Bredase Voorzieningenrechter, om de vraag hoe de redelijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de ter discussie staande eisen zouden uitleggen. Hierbij moet gebruik worden gemaakt van de CAO-norm. Het komt dan aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de gehanteerde bewoordingen, alsmede de elders in de aanbestedingsdocumentatie gebruikte formuleringen. Hetgeen na de aanbesteding is besproken of gecorrespondeerd kan buiten beschouwing blijven.⁵⁰² Eenzelfde lijn van redeneren

is te vinden in een vonnis van de Rechtbank Gelderland.⁵⁰³

Een principiële uitspraak betreft de vraag voor wiens rekening en risico prognoses inzake vervoersvolumes moeten komen die een aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken opneemt en die vervolgens niet bewaarheid worden. De Arnhemse rechtbank overweegt dat de inschrijver in beginsel de teleurstelling als deel van zijn ondernemersrisico zelf moet dragen.⁵⁰⁴ De rechtbank acht daarbij van belang dat de prognoses in twee van de vier percelen wel nagenoeg zijn gerealiseerd en dat dit impliceert dat niet kan worden aangenomen dat de systematiek van de aanbestedende dienst bij het berekenen van die prognoses stelselmatig ondeugdelijk en/of onzorgvuldig was.

Een specifieke zaak waarin een geschil over de uitvoering aan de orde kwam, betrof de discussie tussen de provincie Noord-Brabant en BAM, waarbij de provincie vorderde dat BAM werd veroordeeld tot voortzetting van bepaalde ontwerpwerkzaamheden met betrekking tot de aansluiting van de N261 op de A59. BAM stelde zich op het standpunt dat zij daartoe niet gehouden was, omdat de door de provincie gehanteerde grenzen in een concept VO er in haar ogen toe leidden dat er geen verkeersveilige oplossing te realiseren viel. Het is een zeer casuïstische uitspraak. De voorzieningenrechter overweegt dat de provincie, gelet op de strenge regels in het aanbestedingsrecht, waarbij een van de centrale uitgangspunten is dat alle inschrijvers gelijke kansen moeten hebben, terecht terughoudend is met het achteraf accepteren van een alternatief ontwerp dat in grote mate verschilt van het ontwerp dat in de aanbestedingsprocedure het uitgangspunt is geweest. Verder is een andere relevante overweging van de rechter die waarin hij oordeelt dat het niet aan de rechter is om aan een aanbestedende dienst/opdrachtgever voor te schrijven wat zij wel of niet mag laten bouwen.⁵⁰⁵

Over de auteurs

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

500 Hof Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3702; het hof verwijst hierbij naar HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449, rov. 50.

501 Vzr. Rb. Den Haag 22 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:651.

502 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 16 april 2014,

ECLI:NL:RBZWB:2014:2593.

503 Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 30 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5563.

504 Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 17 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8171.

505 Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 24 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:869.