

TA 2016(2) 17 Art. - Kroniek Europese en nationale jurisprudentie Aanbestedingsrecht 2015 en adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts

TA 2016(2) 17 Art. - Kroniek Europese en nationale jurisprudentie Aanbestedingsrecht 2015 en adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts

31-03-2016

Auteur(s): Berge I.J. van den; Mutsaers M.J.; Zweers-te Raaij T.G.; Fiorilli I.G.J.; Gelderman A.B.B.

Kroniek Europese en nationale jurisprudentie Aanbestedingsrecht 2015 en adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts

*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 2015, voor zover bij auteurs bekend, alsmede de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts, voor zover gepubliceerd.*¹

>Wij beschikken mogelijk niet over alle niet gepubliceerde gerechtelijke uitspraken. Verder merken wij op dat de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts soms (zeer) laat worden gepubliceerd. Dit betekent dat met name niet alle adviezen die het laatste half jaar van 2015 zijn uitgebracht worden besproken, eenvoudigweg omdat die adviezen nog niet gepubliceerd waren ten tijde van het schrijven van deze kroniek (einddatum: 24 februari 2016). In die zin dekt de titel van deze kroniek de lading dus niet helemaal. Overigens worden sommige uitspraken en adviezen in verschillende rubrieken besproken, omdat zij om meerdere redenen het signaleren waard zijn.

Vergelijkbare kronieken over eerdere perioden werden in vorige nummers van dit tijdschrift gepubliceerd. De opzet van deze kroniek is net als die 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.²

In deze kroniek zal over 'Richtlijn' worden gesproken indien wordt bedoeld 'Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het 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 de 'Rechtsbeschermingsrichtlijn' indien wordt bedoeld 'Richtlijn 2007/66/EG'. Ten slotte worden de 'Aanbestedingswet 2012' en de 'Gids Proportionaliteit' op verzoek van de redactie voluit geschreven in de tekst.

Ter toelichting voor de lezer dient 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.³

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 'Gerechthof', 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 'CvAE' 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 www.rechtspraak.nl, wordt zaaknummer en 'n.n.g.' vermeld.

1. Aanbestedende dienst/publiekrechtelijke instelling

In 2015 is de nodige interessante rechtspraak verschenen, waarin de vraag aan bod komt of een entiteit moet worden aangemerkt als aanbestedende dienst, althans als publiekrechtelijke instelling.

a. Zorgverzekeraars

De meest spraakmakende zaak in deze categorie is de CZ-zaak. Daarin staat de vraag centraal of zorgverzekeraar CZ (en een aantal andere zorgverzekeraars) moet(en) worden aangemerkt als aanbestedende dienst(en). Deze vraag wordt ontkennend beantwoord door het Hof Den Bosch.⁴

Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697.

Eerder kwam de voorzieningenrechter tot het tegenovergestelde oordeel. Meer specifiek draait het om de vraag of CZ voorziet in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn. Dat zorgverzekeraars voorzien in behoeften van algemeen belang, stond tussen partijen namelijk niet ter discussie.

In rechtsoverweging 8.11 wordt het relevante juridisch kader eerst samengevat, waarna dit wordt toegepast op CZ.

Volgens het hof klaagt CZ terecht over de constatering van de voorzieningenrechter dat zij geen winstoogmerk heeft. De twee andere bij de zaak betrokken zorgverzekeraars (Delta Lloyd en Ohra) hebben dat in elk geval wel, maar daarnaast streven alle zorgverzekeraars volgens het hof winst na en maken zij die feitelijk ook. Verder rechtvaardigt het ontbreken van een winstdoelstelling in de statuten niet de conclusie dat er geen sprake is van voorzien in behoeften van algemeen belang die van commerciële aard zijn. Van belang is of CZ c.s. worden bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit. Dat daarvan geen sprake zou zijn, hebben zij gemotiveerd bestreden.

Verder is het hof het niet met de voorzieningenrechter eens dat zorgverzekeraars vanwege het bestaan van meerdere in de Zorgverzekeringswet neergelegde publiekrechtelijke waarborgen niet onder normale marktomstandigheden werkzaam zijn. Het bestaan van sociale randvoorwaarden in die wet staat er niet aan in de weg dat zorgverzekeraars opereren in een klimaat van concurrentie. Feit is bovendien, aldus het hof, dat er een markt is ontstaan waarop zorgverzekeraars hun activiteiten in concurrentie om de gunst van de verzekerden met elkaar uitoefenen.

Tot slot wordt geoordeeld dat niet aannemelijk is gemaakt dat zorgverzekeraars niet het economisch risico van hun activiteiten dragen, zodanig dat zij geneigd zouden (kunnen) zijn zich door andere dan economische overwegingen te laten leiden.

De slotsom is dat zorgverzekeraars CZ c.s. moeten worden aangemerkt als instellingen die voorzien in behoeften van algemeen belang van commerciële aard. Het hof komt daarom niet toe aan een beoordeling van de andere elementen uit de definitie van het begrip 'publiekrechtelijke instelling' in artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012.

Wij hebben begrepen dat er geen cassatie is ingesteld in deze zaak.

In een andere zaak, die betrekking heeft op een zorginkoopprocedure van CZ Zorgkantoor B.V., wordt door hetzelfde hof geoordeeld dat geen sprake is van een aanbestedingsprocedure en dat CZ c.s., anders dan in een aanbestedingsprocedure, met elke partij die zich daarvoor aanmeldt (en voldoet aan de voorwaarden) een overeenkomst kunnen aangaan.⁵

Hof Den Bosch 7 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1278.

Kernelijk is het hof van oordeel dat CZ c.s., althans CZ Zorgkantoor B.V., geen publiekrechtelijke instellingen zijn.

b. Aanbestedende diensten/publiekrechtelijke instellingen overig

In deze categorie is allereerst advies 198 van de CvAE vermeldenswaard.⁶

CvAE 20 maart 2015, advies 198.

Daarin gaat het om het volgende.

Beklaagde, het Nationaal Archief (een agentschap zonder eigen rechtspersoonlijkheid van het Ministerie van OCW), maakte met de Belastingdienst (een onderdeel zonder eigen rechtspersoonlijkheid van het Ministerie van Financiën) zogenaamde serviceniveaufspraken ten behoeve van de digitalisering van archiefmateriaal. Tot de kaders van deze samenwerking behoorde de afspraak dat de Belastingdienst voor de uitvoering van specifieke werkzaamheden ten behoeve van het Nationaal Archief offertes uitbracht. Het Nationaal Archief kondigde een Europese openbare aanbestedingsprocedure aan voor het sluiten van een raamovereenkomst voor de levering van boekscanners, inclusief onderhoud, support en additionele diensten. Het Nationaal Archief was voornemens deze boekscanners in bruikleen te geven aan de Belastingdienst, waarna medewerkers van de Belastingdienst met behulp van die boekscanners archieven van het Nationaal Archief zouden gaan digitaliseren conform de wensen van beklagde. Gelet hierop wordt onder meer de vraag aan de CvAE voorgelegd of sprake is van inbesteden.

De CvAE beantwoordt deze vraag ontkennend, ook al maken de Ministeries van Financiën en OC en W, het Nationaal Archief en de Belastingdienst onderdeel uit van een en dezelfde rechtspersoon, namelijk: de Staat. Desondanks zijn zowel de beide ministeries, het Nationaal Archief, als de Belastingdienst volgens de CvAE zelfstandige aanbestedende diensten. Dit vloeit genoegzaam voort uit bijlage IV Richtlijn, aldus de CvAE. Daarin worden de ministeries, het Nationaal Archief en de Belastingdienst namelijk aangeduid als 'centrale overheidsinstanties' die op hun beurt in verschillende bepalingen van de Richtlijn worden aangeduid als 'aangebestedende diensten die centrale overheidsinstanties zijn zoals vermeld in bijlage IV'. Inbesteden is

daarom niet aan de orde. Vervolgens wordt getoetst of sprake is van quasi-inbesteden of horizontale samenwerking, zodat een aanbestedingsplicht (toch) niet in beeld komt. Zie in dat verband paragraaf 7c.

In een andere interessante zaak komt de vraag aan bod of een woningcorporatie een publiekrechtelijke instelling is.⁷

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 27 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1327.

Deze vraag wordt ontkennend beantwoord. Eiseres weersprak de aangevoerde feitelijke argumenten waarom Woonbedrijf in dit geval juist niet onder die definitie viel namelijk onvoldoende. Zo werd onweersproken aangevoerd dat de activiteiten van Woonbedrijf niet in hoofdzaak door de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd. Datzelfde geldt volgens de rechter voor het vereiste dat de leden van het bestuur of de raad van toezicht van Woonbedrijf zouden moeten zijn aangewezen door dergelijke instituten. Ook sprak eiseres niet tegen de stelling dat geen sprake is van een voor meer dan 50% gesubsidieerd werk. Verder wordt er door de rechter op gewezen dat de eerder volgens de Tijdelijke Regeling DAEB geldende plicht voor woningcorporaties om boven een bepaald drempelbedrag Europees aan te besteden, is komen te vervallen. De aanbestedingsplicht voor maatschappelijk vastgoed is voor woningcorporaties weliswaar nog wel van kracht. Echter, in casu ging het om de bouw van een studentenflat, die volgens de rechter niet in die categorie valt. Kortom, Woonbedrijf valt niet onder de (Europese) aanbestedingsregelgeving en heeft zich daarom als private aanbesteder kunnen manifesteren. Let wel! Dit vonnis is gewezen onder vigeur van de 'oude' Woningwet.

Tot slot noemen wij hier nog het vonnis van de Rechtbank Amsterdam, waarin de vraag centraal staat of een aantal gemeenten in Noord-Holland een alleenrecht aan AEB Exploitatie mocht verlenen ter zake van de verwerking van afval.⁸

Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6459.

In dat kader moest onder meer worden beoordeeld of AEB een aanbestedende dienst is. Volgens de rechtbank is dat inderdaad het geval. Niet in geschil was dat AEB rechtspersoonlijkheid bezit en dat aan elk van de drie alternatieve criteria in de definitie van het begrip 'publiekrechtelijke instelling' (zie artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012) werd voldaan. Ook in deze zaak spitst de discussie zich dus toe op de vraag of AEB voorziet in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn. De rechtbank beantwoordt deze vraag op basis van een tamelijk uitvoerige beschouwing van de rechtspraak en de feiten in bevestigende zin. Kortom, AEB kwalificeerde als aanbestedende dienst. (Zie verder paragraaf 7d.)

2. Overheidsopdracht

a. Overheidsopdracht/raamovereenkomst

De CvAE oordeelt in advies 198 terecht dat het begrip 'overeenkomst' in de definitie van het begrip overheidsopdracht in lijn met de jurisprudentie van het HvJ EU functioneel moet worden uitgelegd. Dit heeft tot gevolg dat er ook sprake kan zijn van een overheidsopdracht indien er tussen twee onderdelen van eenzelfde rechtspersoon afspraken zijn gemaakt, ook al zijn dergelijke afspraken niet te kwalificeren als overeenkomsten in de zin van het Burgerlijk Wetboek.⁹

CvAE 20 maart 2015, advies 198.

Het kenmerk van een raamovereenkomst is dat de nadruk ligt op een stroom van mogelijke toekomstige opdrachten, terwijl bij overheidsopdrachten de nadruk ligt op een concrete opdrachtverlening. Het onderscheid tussen raamovereenkomsten en overheidsopdrachten is relevant, omdat raamovereenkomsten op grond van artikel 2:140 lid 3 Aanbestedingswet 2012 voor maximaal vier jaar mogen worden gesloten, behalve in uitzonderingsgevallen die deugdelijk gemotiveerd zijn. In het geval een raamovereenkomst voor de levering van leermiddelen voor een onbepaalde periode wordt aanbesteed en een deugdelijke motivering hiervoor ontbreekt, is derhalve plaats voor ingrijpen door de rechter.¹⁰

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951.

Overheidsopdrachten op basis van raamovereenkomsten met meerdere ondernemingen kunnen worden gegund door toepassing van de in de raamovereenkomst bepaalde voorwaarden, zonder de partijen opnieuw tot mededinging op te roepen. Verschillende instanties en instellingen van de Europese Unie, waaronder het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt, hanteren in dit kader een zogenaamd 'cascadesysteem'. Dit systeem houdt in dat indien de als eerste gerangschikte inschrijver de vereiste diensten niet kan verrichten, de opdrachtgever zich tot de tweede zal wenden, enzovoorts.¹¹

HvJ EU 7 oktober 2015, T-299/11.

b. Splitsingsgebod/Clusterverbod

De voorschriften in de artikelen 1.5 en 1.10 lid 2 sub a Aanbestedingswet 2012 en de voorschriften in de Gids Proportionaliteit omtrent het samenvoegen van opdrachten komen vanzelfsprekend pas in beeld wanneer aanbestedende diensten meerdere overheidsopdrachten clusteren. Om die reden is het van belang te bepalen of sprake is van een of meerdere overheidsopdrachten in de zin van de Aanbestedingswet 2012.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden stelt in het kader van een aanbestedingsprocedure voor de levering van multifunctionals met betaalfunctionaliteit vast, dat zowel de Richtlijn als de Aanbestedingswet 2012 uitvoerige bepalingen bevatten ter afbakening van het begrip ‘overheidsopdracht voor leveringen op grond van de (geraamde) waarde’ maar geen bepalingen bevatten over de materiële afbakening daarvan. Wel volgt uit de Richtlijn en uit de jurisprudentie van het HvJ EU dat bij de vraag of een overheidsopdracht uit een of meer werken bestaat, de economische en technische functie(s) van dat werk of die werken bepalend zijn, waarbij een werk in artikel 1 lid 2 sub b Richtlijn wordt gedefinieerd als:

“het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.”

Naar het oordeel van het hof komt aan dit criterium (*als zodanig een economische of technische functie vervullen*) ook betekenis toe bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een of meer overheidsopdrachten voor leveringen. Het hof komt met inachtneming hiervan tot de conclusie dat de opdracht voor de levering van multifunctionals met een betaalfunctionaliteit één overheidsopdracht betreft en dat van een samenvoeging van meerdere overheidsopdrachten dus geen sprake is. Belangrijk voor de praktijk is dat het hof wat dit betreft bepaalt dat het aan de aanbestedende dienst is om de eigenschappen van het door hem gewenste apparaat te kiezen. Dat is slechts anders, wanneer de door de aanbestedende dienst gestelde eisen ertoe zouden leiden dat het gevraagde product niet meer een technische of economische functie vervult. [12](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122.

In gevallen dat er bij de CvAE geklaagd wordt over een onnodige samenvoeging van opdrachten in de zin van artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet 2012, beoordeelt de CvAE logischerwijs eerst of sprake is van een samenvoeging van (on)gelijksoortige opdrachten binnen één aanbestedende dienst of door verschillende aanbestedende diensten. Is dat niet aan de orde, dan wordt de klacht ongegrond verklaard. [13](#)

CvAE 30 januari 2015, advies 174.

Indien wel sprake is van een samenvoeging van opdrachten, dan wordt door de CvAE eerst getoetst of de aanbestedende dienst acht heeft geslagen op de in artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet 2012 genoemde aspecten en toetst de CvAE vervolgens of de motivering voor samenvoeging in de aanbestedingsstukken de beslissing tot samenvoeging kan dragen. [14](#)

CvAE 12 januari 2015, advies 182.

Uit advies 183 blijkt dat dit allerminst een marginale toetsing betreft. Uit dit advies moet worden afgeleid dat aanbestedende diensten volgens de CvAE hun motivering voor een samenvoeging in de aanbestedingsdocumenten moeten vermelden en deze motivering niet op een later moment, bijvoorbeeld gedurende de klachtprocedure, mogen verstrekken of mogen aanvullen. Het gedurende de klachtprocedure verstrekken van een nadere motivering kan de aanbestedende dienst volgens CvAE niet baten. Dergelijke aanvullingen zijn tardief in het licht van de wettelijke motiveringsplicht.

De CvAE gaat vervolgens in op de drie criteria uit artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012. Wat dat betreft blijkt uit het advies dat aanbestedende diensten in het kader van hun onderzoek naar de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB, niet alleen acht moeten slaan op MKB-bedrijven die op dat moment werkzaamheden voor de aanbestedende diensten verrichten. Blijkbaar is volgens de CvAE een omvangrijker onderzoek naar de penetratiegraad en -mogelijkheden van MKB-bedrijven op de betreffende markt vereist. Het advies verduidelijkt verder dat zelfs in het geval dat MKB-bedrijven alleen maar aan een aanbestedingsprocedure zouden kunnen deelnemen na combinatievorming, de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor (voldoende) ondernemingen (uit het MKB) daarmee op zichzelf nog niet per definitie problematisch is. Dat zou volgens de CvAE anders kunnen zijn wanneer de aanbestedende dienst de randvoorwaarden waarbinnen combinatievorming moet plaatsvinden zodanig heeft bepaald dat ondernemingen, die wel toegang tot een van de afzonderlijke opdrachten zouden hebben gehad wanneer de aanbestedende dienst die opdrachten niet zou hebben samengevoegd, geen dan wel onvoldoende toegang tot die opdrachten als onderdeel van de samengevoegde opdracht hebben.

Met betrekking tot het onderzoek dat aanbestedende diensten dienen te verrichten naar de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst, bepaalt de CvAE dat de aanbestedende dienst niet mag volstaan met de constatering dat het organiseren van één aanbestedingsprocedure doelmatig en efficiënt is, omdat slechts één aanbestedingsprocedure behoeft te worden georganiseerd en te worden bekostigd. De aanbestedende dienst zal volgens de CvAE in zijn motivering ook moeten ingaan op de vraag of en in hoeverre de samenvoeging voor hem doelmatig zal zijn tijdens de uitvoering van de opdracht. In dat kader staat de CvAE onder andere stil bij de vraag of de inkopende aanbestedende diensten als gevolg van de samenvoeging inkoopvoordelen kunnen realiseren en voordelen zullen hebben bij contractmanagement. Voor wat betreft de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de ondernemer, mag de aanbestedende dienst van de CvAE niet volstaan met de vaststelling dat samenvoeging van opdrachten leidt tot het terugdringen van transactiekosten van ondernemers (omdat zij minder vaak hoeven in te schrijven). De aanbestedende diensten dienen in hun motivering vooral ook in te gaan op de bedoelde gevolgen en risico's, voor zover deze de onderneming aan wie de opdracht

uiteindelijk wordt gegund treffen tijdens de uitvoering van de opdracht.

Ten aanzien van het onderzoek dat aanbestedende diensten dienen te verrichten naar de mate van samenhang van de opdrachten, oordeelt de CvAE dat wanneer een aantal aanbestedende diensten een organisatorisch samenwerkingsverband aangaat, er in beginsel geen samenhang tussen de afzonderlijke opdrachten van die aanbestedende diensten bestaat, anders dan dat het om opdrachten gaat van een aantal aanbestedende diensten die tot een en hetzelfde samenwerkingsverband behoren. De CvAE concludeert in dit advies dat er onvoldoende samenhang bestaat tussen de opdrachten. In dat kader slaat de CvAE acht op het feit dat het gaat om geografisch bepaalde en gelijksoortige opdrachten van de aanbestedende diensten, dat de aanbestedende diensten ieder afzonderlijk een overeenkomst met de winnende inschrijver zullen aangaan en dat niet is gebleken dat de uitvoering van deze verschillende overeenkomsten door of namens de samenwerkende aanbestedende diensten centraal zal worden gemanaged.

De CvAE gaat in advies 183 ten overvloede nog in op de vraag of de betreffende aanbestedende diensten in strijd hebben gehandeld met het splitsingsgebod uit artikel 1.5 lid 3 Aanbestedingswet 2012. Wat dat betreft oordeelt de CvAE dat aanbestedende diensten niet in alle gevallen kunnen volstaan met de motivering dat een opsplitsing in percelen niet passend wordt geacht omdat daarmee de voordelen van een samenvoeging teniet worden gedaan. Het verstrekken van een deugdelijke motivering op basis van het tweede lid van artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012, ontslaat aanbestedende diensten dus niet zonder meer van de verplichting om te motiveren waarom een opsplitsing in percelen niet passend wordt geacht. Kortom, de CvAE legt in advies 183 de lat erg hoog voor aanbestedende diensten als het aankomt op de beslissing om opdrachten samen te voegen.¹⁵

CvAE 12 januari 2015, advies 183.

Opvallend is dat voorzieningenrechters bij klachten over een onnodige samenvoeging van opdrachten de spreekwoordelijke lat lager lijken te leggen en aanbestedende diensten meer vrijheden toedichten als het aankomt op het vaststellen van de omvang van de aan te besteden opdracht. Dit lijkt niet alleen te volgen uit het reeds aangehaalde *Xafax*-arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden met betrekking tot de multifunctionals met betaalfunctie, maar blijkt ook uit andere jurisprudentie.¹⁶

Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1457; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028. Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943.

Een onderneming die bij de rechter klaagt over een onnodige samenvoeging, dient concreet te stellen dat en waarom sprake is van verschillende opdrachten en mag in dat verband niet volstaan met het uiten van algemeenheden. Een aanbestedende dienst handelt volgens de rechter niet in strijd met het splitsingsgebod, indien door de aanbestedende dienst onderbouwd kan worden dat een splitsing zal resulteren in een aantasting van de publieke waarde en dat een splitsing tot negatieve effecten zal leiden op het gebied van kwaliteitsbewaking en -bevordering.¹⁷

Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1457.

Wat in deze context ook opvalt, is dat voorzieningenrechters het aanbestedende diensten toestaan om niet in de aanbestedingsstukken, maar later, bijvoorbeeld in de nota van inlichtingen of zelfs gedurende een kort geding, alsnog een nadere motivering te verstrekken met betrekking tot de samenvoeging van opdrachten. Daar waar de CvAE stelt dat een nadere motivering de aanbestedende dienst 'niet kan baten' en dat een dergelijke motivering achteraf 'tardief is, gelet op de wettelijke motiveringsplicht,' geldt er bij de rechter kennelijk geen enkele sanctie.¹⁸

Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028; Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943; Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1457.

Een 'omgekeerd *Grossmann*-verweer' wordt kennelijk (nog) niet door de eisende partijen gevoerd en/of gehonoreerd.

In een zaak die voorlag bij de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland maakt aanbestedende dienst Universitair Medisch Centrum Utrecht (UMCU) het te bont door te veel verschillende medische hulpmiddelen (in totaal 72 verschillende productgroepen) door middel van één aanbestedingsprocedure in te kopen. In dat kader wordt door de voorzieningenrechter stilgestaan bij de in artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet 2012 genoemde aspecten en toetst de voorzieningenrechter of de motivering van het UMCU voor samenvoeging de beslissing tot samenvoeging kan dragen. Dat is in deze zaak niet het geval, zodat het UMCU onder meer wordt geboden de aanbesteding te staken en gestaakt te houden.¹⁹

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685.

Relevant is verder dat ondernemingen die klagen over een vermeend ontoelaatbare samenvoeging van opdrachten wel een belang bij die stelling moeten hebben. De voorschriften met betrekking tot het (onnodig) samenvoegen van opdrachten zijn geschreven ter bescherming van ondernemingen uit het MKB. Een grote landelijk opererende onderneming kan daarom niet gemakkelijk met succes een beroep doen op deze voorschriften, zeker niet wanneer door die onderneming onvoldoende wordt aangetoond dat de vermeende clustering een belemmering creëert voor ondernemingen uit het MKB. Verder oordeelt het Hof Den Bosch dat een eventuele schending van de motiveringsplicht ex artikel 1.5 lid 2 Aanbestedingswet 2012 niet een zodanige schending van fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht inhoudt dat dit noopt tot ingrijpen in een reeds gesloten overeenkomst.²⁰

Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943.

Interessant tot slot is een door een onderneming ingestelde vordering die ertoe strekt om opdrachten juist wél te clusteren. De voorzieningenrechter oordeelt in dat geval dat die vordering gelet op het splitsingsgebod ex artikel 1.5 lid 3 Aanbestedingswet 2012 een juridische grondslag ontbeert.²¹

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 23 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2500.

3. Overheidsopdracht voor werken/gebiedsontwikkeling

Daar waar in de afgelopen jaren regelmatig werd geprocedeerd over de vraag of sprake is van een overheidsopdracht voor werken, is er in 2015 geen (gepubliceerde) jurisprudentie te signaleren op dit gebied.

Wel noemenswaardig onder dit kopje is het reeds aangehaalde *Xafax*-arrest waarin het Hof Arnhem-Leeuwarden de definitie van het begrip ‘werk’ analoog toepast bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een of meerdere overheidsopdrachten voor leveringen.²²

Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122.

Deze benadering lijkt overigens in lijn met eerdere jurisprudentie waarin jurisprudentie die specifiek betrekking heeft op overheidsopdrachten voor werken analoog worden toegepast in zaken waar overheidsdrachten voor diensten centraal staan.²³ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2878.

4. Begrip ‘ondernemer’

In een Spaanse zaak komt onder meer de prejudiciële vraag aan bod of artikel 1 lid 8 Richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het begrip ‘ondernemer’ ook de overheidsdiensten omvat en of deze dus mogen deelnemen aan openbare aanbestedingen.²⁴

HvJ EU 6 oktober 2015, C-203/14, ECLI:EU:C:2015:664.

Het HvJ EU beantwoordt deze vraag, onder verwijzing naar zijn vaste rechtspraak, bevestigend, voor zover de betreffende overheidsdienst (op grond van het nationale recht) gerechtigd is om tegen vergoeding diensten op de markt aan te bieden.

5. 2B-diensten

In een van de vijf zaken die betrekking hebben op de aanbesteding van deurwaardersdiensten ten behoeve van onder andere het CJIB, werd aangevoerd dat de keuze van het CJIB voor een openbare aanbesteding in strijd was met het proportionaliteitsbeginsel en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, omdat op dit soort (IIB-)diensten het verlichte aanbestedingsregime van toepassing is.²⁵

Vzr. Rb. Den Haag 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10438.

Dit bezwaar wordt verworpen, omdat de beslissing om wel of niet een aanbesteding te organiseren voorbehouden is aan de aanbestedende dienst, wanneer sprake is van een ‘vrijwillige’ aanbesteding. Het CJIB kan niet met een algemeen beroep op het proportionaliteitsbeginsel of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in algemene zin in die vrijheid worden beperkt, aldus de voorzieningenrechter. Evenmin is volgens hem gebleken dat het CJIB zich vanwege lopende contracten had moeten onthouden van een aanbestedingsprocedure. De stelling dat de keuze voor deze wijze van aanbesteden onvoldoende is gemotiveerd, kan tot slot hooguit leiden tot de conclusie dat deze keuze alsnog beter moet worden gemotiveerd, maar niet tot de conclusie dat een openbare aanbesteding niet toelaatbaar is.

Desondanks wordt het CJIB veroordeeld om de aanbesteding af te breken.²⁶

Vzr. Rb. Den Haag 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10438/10439/10440/10441/10442.

Kort samengevat, omdat op voorhand vaststond dat in deze aanbestedingsprocedure op basis van een loting werd bepaald wie voor gunning in aanmerking kwam. Dat verdraagt zich volgens de rechter niet met het karakter en het doel van een openbare aanbestedingsprocedure als deze. De keuze voor deze procedure brengt namelijk met zich mee dat er criteria moeten zijn waarop inschrijvers zich kunnen onderscheiden, dan wel dat er in ieder geval één criterium is waarop dit mogelijk is. Een van de wezenlijke doelen van een aanbesteding is immers mededinging, het stimuleren van concurrentie tussen aanbieders. Verder moet de aanbestedende dienst op grond van artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012, welk artikel ook bij een ‘vrijwillige’ aanbesteding van toepassing is, zorgdragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. Blijkens de wetsgeschiedenis betekent dit, dat de aanbestedende dienst de beste kwaliteit voor de beste prijs inkoop. Ook dit brengt met zich dat inschrijvers op enigerlei wijze met elkaar moeten kunnen worden vergeleken om te kunnen vaststellen wat de beste optie is. Maar daar ontbreekt het in deze zaak aan.

In een Groningse zaak, waarin het gaat om een meervoudig onderhandse procedure die op de website van een van de

aanbestedende gemeenten bekend was gemaakt, staat de volgende vraag centraal: staat het de gemeenten vrij om door middel van het stellen van zogenaamde PGB-voorwaarden²⁷

PGB staat voor: persoonsgebonden budget.

op indirecte wijze te realiseren dat in hun werkgebied zorgvragers zoveel mogelijk zorg in natura (ZIN) ontvangen en zo min mogelijk PGB-zorg, of volgt uit de Wmo 2015 dat burgers op dit punt een volstrekte keuzevrijheid hebben die de gemeenten niet mogen beperken.²⁸

Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5015.

De rechter stelt voorop dat niet in geschil is dat de onderhavige opdracht voor (IIB-)diensten niet hoeft te worden aanbesteed. Maar nu de gemeenten hebben gekozen voor het daadwerkelijk aanbesteden, geldt voor deze inkoopprocedure dat de algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn.

Vervolgens wordt (voorlopig) geoordeeld dat het onrechtmatig is om de PGB-voorwaarden te stellen. Deze hebben namelijk de strekking de burger te beperken in zijn mogelijkheden om vrijelijk te opteren voor PGB-zorg. Er wordt weliswaar niet een verbod opgelegd, maar nu het de zorgaanbieder die gecontracteerd is voor ZIN niet meer vrijstaat om nieuwe PGB-contracten te sluiten (en hij zijn cliënten moet aanmoedigen om over te stappen naar ZIN), wordt er volgens de rechter door de gemeenten aan burgers en zorgaanbieders een inrichting van de zorg opgelegd die onverenigbaar is met de keuzevrijheid die de wetgever blijkens de Parlementaire Geschiedenis van de Wmo 2015 heeft willen vastleggen. Door het stellen van de PGB-voorwaarden wenden de gemeenten daarom hun bevoegdheid tot het inkopen van ZIN aan voor een ander doel dan waarvoor deze bevoegdheid is verleend. Zij worden dan ook veroordeeld tot staking van de aanbestedingsprocedure. Het gevorderde gebod tot heraanbesteding wordt echter afgewezen, omdat er voor de onderhavige (IIB-)diensten géén aanbestedingsplicht geldt.

6. Wezenlijke wijziging

Uitgangspunt is dat een wijziging tijdens de aanbestedingsprocedure niet mag leiden tot een – in aanbestedingsrechtelijke zin – wijziging van de belangrijkste voorwaarden van de in het inschrijfdocument geformuleerde opdracht. Daarvan is sprake als de belanghebbende marktdeelnemers zich op deze voorwaarden hebben gebaseerd ten behoeve van hun beslissing om in te schrijven of juist van deelneming af te zien. De Rotterdamse Voorzieningenrechter overweegt dat het in beginsel wel mogelijk is om vóór het verstrijken van de inschrijvingstermijn de in de aanbestedingsstukken bekendgemaakte producteis en nog te wijzigen. Een voorwaarde hiervoor is wel, dat de wijziging tijdig aan alle potentiële inschrijvers bekend is gemaakt, zodat zij hun beoogde inschrijving hierop hebben kunnen aanpassen.²⁹

Vzr. Rb. Rotterdam 26 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:641.

Als bij nota van inlichtingen een producteis met betrekking tot toiletpapier en handdoekjes vervalt, te weten dat deze producten niet langer CO₂-neutraal met groene energie geproduceerd moeten zijn, dan kan dit volgens de Rotterdamse Voorzieningenrechter niet worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging. Het was namelijk niet aannemelijk gemaakt dat, als al in het oorspronkelijke aanbestedingsdocument deze CO₂ eis niet was opgenomen, dit had geleid tot andere inschrijvers.³⁰

Vzr. Rb. Rotterdam 26 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:641.

Ook in het kader van de uitvoering van de overeenkomst is het een aanbestedende dienst niet toegestaan om een wezenlijke wijziging van de opdracht door te voeren.³¹

Gerecht EU 29 oktober 2015, T-126/13, ECLI:EU:T:2015:819; Vzr. Rb. Den Haag 16 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7043; Vzr. Rb. Amsterdam 24 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5226; CBB 28 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:408.

Het Hof Den Haag oordeelt daarom dat er tussen de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver in het kader van de uitvoering van de opdracht geen overleg mag plaatsvinden dat leidt tot een wezenlijke wijziging van de inhoud van die opdracht. Daarvan is sprake als dat overleg leidt tot een situatie dat de gegunde opdracht op – voor de onderlinge vergelijking van de verrichte inschrijvingen – wezenlijke punten niet meer overeenkomt met de aanbestedende opdracht, aldus het hof.³²

Hof Den Haag 22 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2466.

Een wijziging van de opdracht is echter wel toegestaan als in die wijziging uitdrukkelijk in de aanbestedingsstukken is voorzien.³³ Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3399.

Het is een aanbestedende dienst toegestaan om uit eigen beweging een aanbestedingsprocedure stop te zetten en de opdracht opnieuw aan te besteden.³⁴

Hof Den Haag 24 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:219.

Als de stopzetting plaatsvindt nadat de inschrijvingen zijn ontvangen, zal de opdracht die wordt heraanbesteed echter wezenlijk moeten worden gewijzigd.³⁵

Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5228.

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Brabant is van oordeel dat als er in de eerdere aanbestedingsprocedure slechts één geldige inschrijving is ontvangen de opdracht niet wezenlijk gewijzigd in de markt hoeft te worden gezet. In dat geval levert de heraanbesteding van dezelfde opdracht namelijk geen risico van (ongeoorloofde) manipulatie op. Als er slechts één geldige inschrijving is ontvangen, heeft er immers geen daadwerkelijke mededinging plaatsgevonden.³⁶

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 14 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2162.

De verplichting om bij heraanbesteding een wezenlijke wijziging in de opdracht door te voeren, vloeit voort uit de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, de precontractuele redelijkheid en billijkheid en (bij een bestuursorgaan) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een wezenlijke wijziging van de opdracht in het kader van een heraanbesteding is overigens niet noodzakelijk als de eerdere aanbestedingsprocedure als 'mislukt' moet worden beschouwd. Daarvan kan sprake zijn als er procedurele gebreken kleven aan de aanbesteding of als alle inschrijvingen onaanvaardbaar zijn, omdat deze hoger zijn dan de zorgvuldige raming van de aanbestedende dienst.³⁷

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 5 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7113; Hof Den Bosch 14 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2666.

Wanneer het gaat om een heraanbesteding die plaatsvindt nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van de inschrijvingen, dan is volgens de Haagse Voorzieningenrechter pas sprake van een wezenlijke wijziging als deze wijziging betrekking heeft op de specificaties van de opdracht zelf. Van een wezenlijke wijziging is dan ook geen sprake als de wijziging betrekking heeft op de geschiktheidseisen en/of de wijze van beoordeling in de aanbestedingsprocedure. De verhoging van de kredietseisen en de verlaging van de referentie-eisen en/of een gewijzigde puntentelling vormen daarom geen objectieve rechtvaardiging voor het opnieuw aanbesteden van de opdracht.³⁸

Vzr. Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4864.

Ook de CvAE overweegt dat pas sprake is van een wezenlijke wijziging, als het een wijziging van de specificaties van de opdracht betreft, dus van het werk, de levering of de dienst zelf. Het splitsen van een opdracht in percelen, het wijzigen van de gunningscriteria en het wijzigen van andere administratieve bepalingen leveren om die reden volgens de CvAE geen wezenlijke wijziging van de opdracht op.³⁹

CvAE 22 januari 2015, advies 153.

7. Uitzonderingen op en aanbestedingen buiten Richtlijn/Aanbestedingswet 2012

a. Opdrachten onder drempelwaarde

Het HvJ EU verduidelijkt in lijn met eerdere jurisprudentie dat overheidsopdrachten met een geraamde waarde onder de drempelwaarden zijn onderworpen aan de fundamentele regels en de algemene beginselen van het VWEU, in het bijzonder aan het beginsel van gelijke behandeling en het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit, alsook aan de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, voor zover de opdrachten gelet op bepaalde objectieve criteria een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen. Aangaande de objectieve criteria die kunnen duiden op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang, geeft het HvJ EU aan dat met name (i) het bedrag van de betreffende opdracht, in combinatie met (ii) de plaats van uitvoering van de werken of (iii) de technische kenmerken van de opdracht, dergelijke criteria kunnen zijn. Ook kunnen rechters bij de beoordeling van het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang (iv) rekening houden met het bestaan van klachten van in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers, mits wordt nagegaan of het werkelijke klachten en geen schijnklachten betreffen. Met inachtneming van deze vier criteria stelt het HvJ EU vervolgens vast dat de aan de orde zijnde opdracht, niettegenstaande de geringe waarde (€ 58.600) ervan, een grensoverschrijdend belang kan vertonen gelet op het feit dat de opdracht betrekking heeft op de levering van computersystemen en -apparatuur met een referentieprocessor van een internationaal merk.⁴⁰

HvJ EU 16 april 2015, C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228.

Vergelijkbare overwegingen treft men aan in een zaak van het HvJ EU waarin een onderdrempelige overheidsopdracht voor werken met betrekking tot de restauratie van Griekse tempels op Sicilië centraal stond. In die zaak werd het duidelijk grensoverschrijdend belang ook door de verwijzende, prejudiciële vragen stellende, rechter aangenomen omdat sommige bepalingen van de specifieke regelingen inzake de procedure voor de in geding zijnde opdracht betrekking hadden op de deelname van buiten Italië gevestigde ondernemingen.⁴¹

HvJ EU 22 oktober 2015, C-425/14, ECLI:EU:C:2015:721.

In een zaak voor de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel stelde een leverancier van parkeerautomaten zich op het standpunt dat de aanbestedende dienst er ten onrechte van uitging dat sprake was van twee opdrachten die uit de hand mochten worden gegund. Volgens de leverancier zou sprake zijn van één bovendrempelige overheidsopdracht met betrekking tot het ombouwen van bestaande parkeerautomaten en de aanschaf en upgrade van 93 parkeerautomaten waarvoor een Europese aanbestedingsplicht gold en waarvoor de aanbestedende dienst geen onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (als bedoeld in de artikelen 2.32 en 2.33 Aanbestedingswet 2012) mocht organiseren.

De vorderingen van de leverancier worden afgewezen, omdat de aanbestedende dienst in kort geding wist aan te tonen dat geen sprake was van een bewuste splitsing van opdrachten teneinde een aanbestedingsprocedure te voorkomen. Daarbij betoogde de aanbestedende dienst met succes dat de aanschaf van 93 tweedehands parkeerautomaten onder de gemeentelijke drempel van € 50.000 lag, zodat de gemeente niet (gelet op de voorschriften in de Gids Proportionaliteit) verplicht was om hiervoor een aanbestedingsprocedure uit te schrijven. Voorts is het de aanbestedende dienst volgens de voorzieningenrechter toegestaan om gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking met betrekking tot de upgrades van de parkeerautomaten, omdat die upgrades uitsluitend door de oorspronkelijke leverancier kunnen worden uitgevoerd. Ook die opdracht mag de aanbestedende dienst derhalve uit de hand gunnen.⁴²

Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 16 juni 2015, C/08/171338/KG ZA 15-159, n.n.g.

b. Concessies voor diensten

In het kader van een vrijwillige meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor een concessieovereenkomst voor het leveren, beheren, onderhouden en exploiteren van 2 m² panelen in combinatie met stadsplattegronden, verzettede inschrijver Clear Channel zich tegen een door de gemeente gehanteerd 'matchingsrecht'. Dit matchingsrecht gaf de zittende exploitant het recht om het winnende bod, zo hij dat niet zelf had uitgebracht, te evenaren, zodat hij alsnog in aanmerking kon komen voor (voorlopige) gunning. De voorzieningenrechter concludeert terecht dat dit matchingsrecht in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De gemeente wordt daarom verboden om de aanbestedingsprocedure inzake de concessie voort te zetten. Hoewel de voorzieningenrechter overweegt dat het gebrek niet anders kan worden geheeld dan de procedure opnieuw, maar dan zonder het gebrek, te voeren, concludeert de rechter tegelijkertijd dat de gemeente niet kan worden verplicht om de concessie opnieuw aan te besteden, omdat de gemeente ter zake van de concessie niet aanbestedingsplichtig is en de procedure vrijwillig heeft georganiseerd.⁴³

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 29 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2954.

In een geschil omtrent het verlenen van concessies voor kansspelen komt het HvJ EU tot de conclusie dat het gelijkheidsbeginsel, het doeltreffendheidsbeginsel en de artikelen 49 en 56 VWEU zich niet verzetten tegen een herschikking van het concessiestelsel door de einddata van concessies op elkaar af te stemmen.⁴⁴

HvJ EU 22 januari 2015, C-463/13, ECLI:EU:C:2015:25.

c. Verticale en horizontale samenwerking

In het hiervoor besproken advies 198 van de CvAE (zie paragraaf 2a) stelde het Nationaal Archief dat het samen met de Belastingdienst onderdeel uitmaakt van een en dezelfde rechtspersoon: de Staat. Omdat de Staat vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief als één entiteit is aan te merken, was volgens het Nationaal Archief sprake van inbesteden (inhouse-opdrachtverlening), zodat er voor deze opdracht geen Europese aanbestedingsplicht bestond. Aangezien volgens het Nationaal Archief sprake zou zijn van zuiver inbesteden, was niet relevant of aan de twee cumulatieve criteria voor *quasi*-inbesteden (het toezichts- en merendeelcriterium) werd voldaan.

De CvAE komt mede aan de hand van bijlage IV bij Richtlijn 2004/18/EG tot de conclusie dat het Nationaal Archief en de Belastingdienst twee zelfstandige aanbestedende diensten zijn en dat van inbesteden dus geen sprake is. De afspraak tussen die twee aanbestedende diensten kwalificeert volgens de CvAE als een (bovendrempelige) overheidsopdracht voor diensten. Dat twee onderdelen van dezelfde rechtspersoon geen 'overeenkomst' in de zin van het Burgerlijk Wetboek kunnen sluiten, doet aan dit oordeel niet af gelet op de reeds in deze kroniek besproken functionele uitleg van het begrip overheidsopdracht (zie paragraaf 2a). Omdat sprake was van een bovendrempelige overheidsopdracht voor diensten tussen twee aanbestedende diensten, staat de CvAE vervolgens stil bij de vraag of er een uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht bestaat. Twee uitzonderingen op de Europese aanbestedingsplicht worden in dat verband besproken (verticale en horizontale samenwerking).

De CvAE komt tot de conclusie dat het Nationaal Archief geen succesvol beroep kan doen op quasi-inbesteding (verticale samenwerking), omdat het Nationaal Archief geen toezicht op de Belastingdienst uitoefent zoals op haar eigen diensten (een toets aan het merendeel-criterium wordt kennelijk om die reden buiten beschouwing gelaten). Ook is volgens de CvAE geen sprake van een toegestane horizontale samenwerking. Het digitaliseren van het archief kan namelijk niet worden beschouwd als een gezamenlijke taak van algemeen belang. Dat onderhavige digitaliseringswerkzaamheden niet tot de overheidstaken behoren, blijkt

volgens de CvAE alleen al uit het feit dat het Nationaal Archief dergelijke werkzaamheden ook door middel van aanbestedingen in de markt wil zetten. De werkzaamheden die de Belastingdienst verricht worden dan ook verricht in concurrentie met marktpartijen. Daarnaast stelt de CvAE vast dat er in het kader van de samenwerking tussen het Nationaal Archief en de Belastingdienst ook nog een beroep zou kunnen worden gedaan op derden voor de uitvoering van de digitaliseringswerkzaamheden, zodat deze derden zouden kunnen worden bevoorreed ten opzichte van de andere ondernemingen die op dezelfde markt actief zijn. Ook dat maakt een succesvol beroep op de ‘Stadtreinigung Hamburg-doctrine’ ⁴⁵

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

onmogelijk. De CvAE is al met al dan ook van oordeel dat de opdracht tot het digitaliseren van de archieven aanbestedingsplichtig is. ⁴⁶

CvAE 20 maart 2015, advies 198.

Naar dit advies 198 aangaande de digitalisering van de rijksarchieven wordt verwezen in advies 225. In het laatstgenoemde advies gaat het om de onder een bepaald ministerie ressorterende Rijks schoonmaakorganisatie (RSO), een zogenoemd shared service center zonder eigen rechtspersoonlijkheid, en om de vraag of het beklagde ministerie en andere onderdelen van de Staat (andere ministeries) de door hen gewenste schoonmaakwerkzaamheden kunnen laten uitvoeren door dit shared service center. Een brancheorganisatie van schoonmaakbedrijven verzette zich tegen deze opdrachtverlening, terwijl het beklagde ministerie stelde dat sprake was van ‘zuiver inbesteden’ (inhouse-opdrachtverlening), nu de werkzaamheden binnen één rechtspersoon (de Staat) werden verricht. De CvAE komt tot de conclusie dat de schoonmaakwerkzaamheden die de RSO voor het beklagde ministerie verricht inderdaad als zuiver inbesteden moeten worden beschouwd, omdat de schoonmaakmedewerkers in dienst zijn van dat ministerie. Wat dat betreft wordt de klacht dan ook ongegrond verklaard. Wel merkt de CvAE ten overvloede nog op dat een en ander anders kan liggen, wanneer de RSO ook schoonmaakwerkzaamheden zal verrichten ten behoeve van andere tot de Staat behorende onderdelen (andere ministeries). In dat geval gaat de CvAE er immers – gelijk aan het oordeel in advies 198 – van uit dat er opdrachten tussen verschillende aanbestedende diensten worden verstrekt, zodat men in dat geval moet beoordelen of sprake is van een toegestane verticale of horizontale samenwerking. In dit kader merkt de CvAE ten eerste op dat het beklagde ministerie noch andere ministeries de bedoeling hebben om in strijd te handelen met de Aanbestedingswet 2012. Ten tweede stelt de CvAE terecht vast dat, zelfs wanneer geen sprake zou zijn van ‘zuiver inbesteden’, de RSO gemakkelijk dusdanig vormgegeven zou kunnen worden, zodat (alsnog) voldaan wordt aan de criteria voor een verticale samenwerking (het toezichts- en merendeelcriterium). Ten derde oordeelt de CvAE dat de casus die zich heeft voorgedaan in advies 198 een belangrijk verschil vertoont in vergelijking met de voorliggende casus, omdat de RSO, in tegenstelling tot de omstandigheden aan de orde in advies 198, juist is opgericht om te fungeren als nationale schoonmaakdienst voor alle ministeries. De CvAE is gelet op deze drie kanttekeningen terughoudend voor wat betreft het doortrekken van het in advies 198 gegeven oordeel. De CvAE oordeelt daarom dat men verschillend kan denken over het antwoord op de vraag of opdrachten tussen verschillende tot de Staat behorende onderdelen aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten zijn. Wat dat betreft sluit de CvAE haar advies dan ook af met de stelling dat de CvAE er zelf voor zou kiezen – “gesteld dat zij de mogelijkheid daartoe zou hebben” – om de kwestie door middel van het stellen van prejudiciële vragen voor te leggen aan het HvJ EU of om vragen te stellen aan de Europese Commissie. ⁴⁷

CvAE 17 december 2015, advies 225.

d. Uitsluitend recht

In 2015 zijn er meerdere uitspraken verschenen die betrekking hebben op de verlening van een uitsluitend recht. Al deze zaken hebben betrekking op de verstrekking van uitsluitende rechten door gemeenten voor het ophalen en bewerken/verwerken van huishoudelijk afval. Het draait in deze zaken om de beoordeling of de verlening van het alleenrecht voldoet aan de daarvoor in artikel 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012 genoemde eisen. Dat artikel bepaalt dat er geen aanbestedingsplicht geldt voor overheidsopdrachten voor diensten:

“die door een aanbestedende dienst worden gegund aan een andere aanbestedende dienst of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten op basis van een uitsluitend recht dat aan die andere aanbestedende dienst of het desbetreffende samenwerkingsverband is verleend, mits dit uitsluitend recht verenigbaar is met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie”.

In ‘afvalzaken’ staan in de regel twee vragen centraal (i) is de entiteit waaraan het uitsluitend recht is verleend een aanbestedende dienst (publiekrechtelijke instelling) en (ii) is het uitsluitend recht verenigbaar met het VWEU? In een ‘afvalzaak’ die speelde voor de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland worden deze twee vragen positief beantwoord. Interessant is dat de voorzieningenrechter concludeert dat uit artikel 18 van de Richtlijn zonneklaar volgt dat niet het uitsluitend recht, maar de wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling waarop het recht berust, verenigbaar dient te zijn met het Unierecht. Wat dat betreft stelt de rechter vast dat er in deze zaak geen redenen zijn (aangevoerd) om aan te nemen dat de grondslag van de beoogde verlening van het uitsluitende recht aan de publiekrechtelijke instelling, zijnde de Wet milieubeheer en twee plaatselijke afvalstoffenverordeningen, niet verenigbaar (zullen) zijn met het Unierecht. ⁴⁸

Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 19 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2947.

Een aantal gemeenten in Noord-Holland wist eveneens met succes een beroep te doen op artikel 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012. Ook in deze zaak wordt ten eerste, behoorlijk uitgebreid, stilgestaan bij de vraag of de entiteit waaraan het alleenrecht wordt verleend een aanbestedende dienst (publiekrechtelijke instelling) is. Deze beoordeling is elders in de kroniek besproken (zie paragraaf 1b). Voor wat betreft de vraag of het uitsluitend recht verenigbaar is met het VWEU gaat de Rechtbank Amsterdam in deze zaak met name in op de vraag of de opdracht grensoverschrijdende kenmerken heeft. In dat kader stelt de rechtbank, ondanks overtuigende argumenten van eiseres Attero Zuid, vast dat op dit moment niet kan worden uitgegaan van een opdracht met een grensoverschrijdend karakter, zodat “de onderhavige casus binnen de interne sfeer van een enkele lidstaat valt”.

Dit leidt tot de slotsom dat niet kan worden aangenomen dat het verlenen van een alleenrecht in de gegeven omstandigheden in strijd komt het Unierecht.⁴⁹

Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6459.

Uit het oordeel van de rechtbank kan worden afgeleid dat ondernemingen die een aanbesteding willen afdwingen niet gemakkelijk een (duidelijk) grensoverschrijdend belang kunnen aantonen, indien zij niet (tevens) weten aan te tonen dat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming concrete interesse heeft voor de betreffende opdracht.

In een derde afvalzaak die speelde voor de Rechtbank Gelderland liep het verkeerd af voor de aanbestedende diensten. Aan de hand van een richtlijnconforme interpretatie van artikel 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012, stelt de Rechtbank Gelderland vast dat het uitsluitend recht moet worden genoten “uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen”. De rechtbank interpreteert het begrip ‘bepalingen’ aldus dat het moet gaan om algemeen verbindende voorschriften, zoals die kunnen zijn vervat in een wet, een algemene maatregel van bestuur of een verordening. In deze zaak is geen sprake van een verordening maar van interne besluiten van de colleges van burgemeester & wethouders van de betreffende gemeenten. Naar het oordeel van de rechtbank kwalificeren deze besluiten niet als de in artikel 18 van de Europese Richtlijn bedoelde ‘bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen’. Om deze reden faalt het beroep op de uitzonderingsbepaling van artikel 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012. De vraag of het alleenrecht is verstrekt aan een aanbestedende dienst (publiekrechtelijke instelling) en of de verlening van het uitsluitende recht wel verenigbaar is met het VWEU, wordt daarom buiten beschouwing gelaten.⁵⁰

Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 29 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5490.

8. Aanbestedingsprocedures

a. Algemeen

In diverse zaken treft men enkele algemene overwegingen aan omtrent aanbestedingsprocedures. Het Hof Den Bosch oordeelt bijvoorbeeld dat ook een enkelvoudig onderhandse gunning (een gunning uit de hand) een aanbestedingsprocedure betreft in de zin van de Aanbestedingswet 2012. Een dergelijke procedure wordt gelet op haar aard gestart zonder aankondiging.⁵¹

Hof Den Bosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:540.

Hetzelfde hof bepaalt in een andere zaak dat, wanneer een aanbestedende dienst een nationale aanbestedingsprocedure wegens overschrijding van het vastgestelde budget door alle inschrijvers vervolgt met een onderhandelingsprocedure met voorafgaande aankondiging, die onderhandelingsprocedure moet worden beschouwd als (de start van) een nieuwe zelfstandige aanbestedingsprocedure. Als die nieuwe onderhandelingsprocedure ná inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 is gestart, dan is op die aanbestedingsprocedure dus de Aanbestedingswet 2012 van toepassing en is geen sprake van een voortzetting van een procedure waarop ‘oud recht’ van toepassing is.⁵²

Hof Den Bosch 1 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3427.

Uit een advies van de CvAE blijkt dat wanneer een aanbestedende dienst vrijwillig een nationaal openbare aanbestedingsprocedure organiseert voor een 2B-dienst, dat (onder andere) de wetsartikelen die betrekking hebben op nationaal openbare procedures van toepassing zijn. In dat geval is de aanbestedende dienst op grond van artikel 1.18 Aanbestedingswet 2012 ook verplicht om een aankondiging van de opdracht bekend te maken via TenderNed, met gebruikmaking van het op TenderNed beschikbaar gestelde formulier.⁵³

CvAE 9 april 2015, advies 57.

In 2015 zijn er diverse uitspraken verschenen waarin een gemeente met betrekking tot diverse (niet-aanbestedingsplichtige) gronduitgiftes op gereuleerde aanbestedingsprocedures gelijkende aanbestedingen organiseert. De rechters in Amsterdam, zowel in eerste instantie als in hoger beroep, oordelen in die situaties dat de aanbestedende dienst zich onder die omstandigheden dient te houden aan de beginselen van aanbestedingsrecht, te weten (onder meer) het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, alsook aan de beginselen van behoorlijk bestuur (zoals het beginsel van fair play en het zorgvuldigheidsbeginsel).⁵⁴

Vzr. Rb. Amsterdam 1 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1477; Vzr. Rb. Amsterdam 26 mei 2015,

ECLI:NL:RBAMS:2015:3654; V.zr. Rb. Amsterdam 13 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2968.

Onder die omstandigheden ziet het Hof Amsterdam bovendien aanleiding om de aanbestedingsrechtelijke rechtsbeschermingsregels van toepassing te verklaren en om dezelfde juridische maatstaf te hanteren als die uit de systematiek van de Aanbestedingswet 2012 voortvloeit. Zo past het hof de aanbestedingsrechtelijke rechtsbeschermingsregels toe die gelden in situaties waarin een inschrijver de rechter verzoekt in te grijpen in een reeds gesloten overeenkomst.⁵⁵
Hof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1339.

Daarnaast blijkt de rechtbank gevoelig voor een aanbestedingsrechtelijk *Grossmann*-verweer van de aanbestedende dienst.⁵⁶
V.zr. Rb. Amsterdam 26 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3654.

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag oordeelt in een vonnis dat sprake is van een 'precommerciële aanbesteding' waarop de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is. Helaas wordt uit het vonnis niet duidelijk wat precies verstaan moet worden onder een precommerciële aanbestedingsprocedure en waarom de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is. Mogelijk gaat het hier om een overheidsopdracht voor diensten betreffende onderzoek en ontwikkeling, zoals bedoeld in artikel 2.24 sub g Aanbestedingswet 2012, waarvoor geen Europese aanbestedingsplicht bestaat. Omdat dit tussen de procespartijen niet in geschil is, wordt ten aanzien van de gevoerde precommerciële aanbestedingsprocedure vastgesteld dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, ondanks de niet-toepasselijkheid van de Aanbestedingswet 2012, onverkort in acht dienen te worden genomen.⁵⁷

V.zr. Rb. Den Haag 15 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5561.

b. Concurrentiegericht dialogo

In tegenstelling tot voorgaande jaren is er in 2015 aanzienlijk meer geprocedeerd in het kader van de concurrentiegerichte dialogo. Deze bijzondere procedure wordt in artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012 gedefinieerd als "een procedure waarbij alle ondernemers een verzoek mogen doen tot deelneming en waarbij de aanbestedende dienst een dialogo voert met de tot de procedure toegelaten ondernemers, teneinde een of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde ondernemers zullen worden uitgenodigd om in te schrijven". De artikelen 2.28 Aanbestedingswet 2012 e.v. bepalen in welke (uitzonderings)gevallen de procedure kan worden toegepast en uit welke fasen een dergelijke procedure bestaat.

Veel van de jurisprudentie waarin een concurrentiegerichte dialogo centraal staat biedt helaas weinig nieuwe inzichten in de procedure als zodanig. Zo draait het ook in deze procedures dikwijls om 'reguliere' aanbestedingsrechtelijke vragen, zoals de vraag of de inschrijving wel correct is beoordeeld.⁵⁸

V.zr. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 22 juni 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:5231.

de vraag of een inschrijving voldoet aan de gestelde eisen c.q. geldig is.⁵⁹

V.zr. Rb. Den Haag 12 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7225; V.zr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 18 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9066.

of de vraag of andere ondernemingen dan de klagende inschrijver voldoen aan de gestelde (geschiktheids)eisen.⁶⁰

V.zr. Rb. Den Haag 12 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7224; Hof Den Haag 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2609.

Een specifieke overweging ten aanzien van de procedure vindt men wel terug in een vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag. Deze voorzieningenrechter stelt vast dat een concurrentiegerichte dialogo een tijdrovende en intensieve procedure voor complexe projecten betreft, die wordt toegepast bij grote opdrachten, waarbij veelal sprake is van een beperkt aantal deelnemers. Een dergelijke procedure kan niet eenvoudig opnieuw worden gedaan. Gelet op deze bijzondere omstandigheden én gelet op het feit dat een gering aantal marktpartijen meedingt naar opdrachten als de onderhavige, die bovendien niet vaak worden vergeven, is er volgens de voorzieningenrechter reden te meer om niet te lang te wachten met het naar voren brengen van bezwaren. In een procedure van de concurrentiegerichte dialogo lijkt dus een (nog) grotere proactiviteit te kunnen worden verwacht van inschrijvers als het aankomt op het tijdig naar voren brengen van hun klachten.⁶¹

V.zr. Rb. Den Haag 12 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7224.

Een andere specifieke overweging ten aanzien van de procedure treft men aan in advies 174 van de CvAE. In die zaak werd (onder andere) geklaagd over het feit dat de aanbestedende dienst de omvang en reikwijdte van de opdracht onvoldoende helder had gedefinieerd. In die context oordeelt de CvAE dat een aanbestedende dienst in het kader van de procedure van een concurrentiegerichte dialogo – gelet op het bepaalde in artikel 2.29 sub f Aanbestedingswet 2012 – voorafgaande aan de dialogo zijn behoeften zal moeten formuleren, teneinde tijdens de dialogo met de geselecteerde gegadigden te kunnen bepalen welke middelen geschikt zijn om zo goed mogelijk aan die behoeften te kunnen voldoen en een keuze te kunnen maken welke oplossing of oplossingen aan die behoeften kunnen voldoen. Deze verplichting veronderstelt volgens de CvAE dat een aanbestedende dienst zijn behoeften – ook wat betreft de omvang en de reikwijdte daarvan – zodanig zal moeten formuleren dat de geselecteerde gegadigden daardoor in ieder geval in staat worden gesteld tijdens de dialogo oplossingen voor te stellen die aansluiten op die behoeften. Vervolgens komt de CvAE tot de conclusie dat de aanbestedende dienst in dit geval de omvang en reikwijdte van de opdracht niet voldoende duidelijk heeft gedefinieerd.⁶²

CvAE 30 januari 2015, advies 174.

c. Onderhandelingsprocedure met/zonder voorafgaande bekendmaking

Uit de reeds in deze kroniek besproken jurisprudentie van het Hof Den Bosch (zie paragraaf 8a) moet worden afgeleid dat onderhandelingsprocedures moeten worden beschouwd als zelfstandige aanbestedingsprocedures. Als een onderhandelingsprocedure ná inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 is gestart, dan is op die aanbestedingsprocedure dus de Aanbestedingswet 2012 van toepassing en kan hoe dan ook geen sprake zijn van een voortzetting van een gestaakte aanbestedingsprocedure, gestart vóór de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 waarop 'oud recht' van toepassing is. [63](#)

Hof Den Bosch 1 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3427.

Een arrest van het Gerecht verduidelijkt dat een aanbestedende dienst na annulering van een aanbestedingsprocedure geheel vrij kan beslissen wat hij vervolgens gaat doen. In sommige situaties mag de aanbestedende dienst een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking opstarten. Wat dat betreft bepaalt ook het Gerecht dat een dergelijke onderhandelingsprocedure een autonome procedure betreft die te onderscheiden is van elke andere, eventueel daaraan voorafgaande aanbestedingsprocedure. Het Gerecht gaat in dit arrest ook in op de regel dat de oorspronkelijke voorwaarden van de overheidsopdracht niet wezenlijk mogen worden gewijzigd indien een onderhandelingsprocedure wordt gevoerd nadat in een eerdere procedure inschrijvingen zijn gedaan die onregelmatig of onaanvaardbaar zijn. Wat dat betreft wordt verduidelijkt dat de bedoelde 'oorspronkelijke voorwaarden' met name de uitsluitingsgronden en selectiecriteria, de gunningscriteria en de weging ervan alsook de technische specificaties omvatten. Het is niet zo dat de door een van de inschrijvers tijdens de voorafgaande aanbestedingsprocedure voorgestelde prijs moet worden beschouwd als een oorspronkelijke voorwaarde van de opdracht die niet wezenlijk mag worden gewijzigd. [64](#)

Gerecht 29 oktober 2015, T-126/13, ECLI:EU:T:2015:819.

In diverse zaken kwam de vraag aan de orde in welke gevallen de aanbestedende dienst gebruik mag maken van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (en de opdracht dus uit de hand mag gunnen). Dat is een aanbestedende dienst bijvoorbeeld toegestaan in de situatie waarin het uitvoeren van bepaalde upgrades aan parkeerautomaten uitsluitend door de oorspronkelijke leverancier van de apparaten kunnen worden uitgevoerd. [65](#)

Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 16 juni 2015, C/08/171338/KG ZA 15-159, n.n.g.

Een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is ook toegestaan in gevallen waarin sprake is van een onvoorziene gebeurtenis waarbij het organiseren van een 'gewone' aanbestedingsprocedure met reguliere termijnen wegens dwingende spoed niet mogelijk is. In dat geval moet er ook een oorzakelijk verband tussen de onvoorziene gebeurtenis en de daaruit voortvloeiende dwingende spoed aanwezig zijn. Dit was onder andere aan de orde in de situatie waarin Eneco een eerdere overeenkomst voor herstelwerkzaamheden in de fundaties van een bepaald windpark wegens een gebrekkige uitvoering moest ontbinden en als gevolg daarvan zich snel tot een andere onderneming moest wenden om risico's af te wenden. [66](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 9 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1679.

Een vergelijkbaar oordeel ziet men terug in een zaak die betrekking heeft op georganiseerd groepsvervoer van leerlingen met name in het speciaal onderwijs in de gemeente Amsterdam. In die zaak had de gemeente besloten om geen gebruik te maken van een verlengingsmogelijkheid in een eerder aanbestede overeenkomst (mede) vanwege de onzekere liquiditeitspositie van de gecontracteerde dienstverlener. Omdat er onvoldoende tijd resteerde om een gewone aanbestedingsprocedure uit te voeren om een nieuwe vervoerder te contracteren, mocht de gemeente de opdracht voor één jaar uit de hand gunnen aan een andere vervoerder. [67](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 24 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5226.

Van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande aankondiging mag op grond van artikel 3.29.3 ARW 2012 gebruik worden gemaakt indien de prijs van de meest gerede inschrijving hoger is dan de zorgvuldige raming van aanbesteder. In dat verband kan de inschrijver met de meest gerede inschrijving de zorgvuldigheid van de raming betwisten, om te voorkomen dat zijn inschrijving als onaanvaardbaar wordt aangemerkt en de onderhandelingsprocedure wordt ingezet. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland oordeelt wat dat betreft in een zaak dat de inschrijver met de meest gerede inschrijving onvoldoende aannemelijk heeft weten te maken dat er wezenlijke onzorgvuldigheden in de raming zitten. [68](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 13 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7592.

In een zaak voor de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag stelde een onderneming zich op het standpunt dat de

volgorde van de in de Aanbestedingswet 2012 en de in het aanbestedingsdocument genoemde stappen onjuist waren. Volgens deze onderneming dienen inschrijvingen, voordat de onderhandelingen plaatsvinden, niet te worden getoetst aan eisen en gunningscriteria, maar dient met alle inschrijvers onderhandeld te worden. Het uiteindelijke onderhandelingsresultaat dient vervolgens beoordeeld te worden. Er is daarom volgens deze onderneming in een eerdere fase geen plaats voor een inhoudelijke beoordeling van ingediende stukken aan de gestelde eisen. Deze stelling wordt terecht door de voorzieningenrechter verworpen, omdat er volgens de rechter vóórdát de onderhandelingen plaatsvinden ruimte is voor een formele toetsing van de inschrijving. Die formele toets kan onder meer inhouden dat wordt bekeken of alle gevraagde documenten zijn ingediend. Is dat niet het geval, dan kan de betreffende inschrijver worden uitgesloten.⁶⁹

Vzr. Rb. Den Haag 22 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5915.

d. Meervoudig onderhandse procedure

Afdeling 1.2.4 van de Aanbestedingswet 2012 heeft betrekking op de uitgangspunten die gelden bij de meervoudig onderhandse procedure. Hoewel in deze afdeling niet is voorgeschreven dat de aanbestedende dienst transparant dient te handelen, oordeelt de CvAE in lijn met een eerder gepubliceerd advies uit 2014 terecht dat de verplichting om transparant te handelen ook geldt in meervoudig onderhandse procedures. Deze verplichting brengt in een bepaalde zaak met zich mee dat de aanbestedende dienst niet een beoordelingsmatrix achteraf, dat wil zeggen ná inschrijving, aan de inschrijvers mag openbaren. De CvAE ziet niet goed in hoe in het geval van een meervoudig onderhandse procedure de naleving door een aanbestedende dienst van zijn verplichting tot gelijke behandeling (artikel 1.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012) wordt gewaarborgd, wanneer het die aanbestedende dienst zou zijn toegestaan om de matrix achteraf te openbaren. In dezelfde zaak oordeelt de CvAE dat het hanteren van een duurzaamheids criterium als gunningscriterium gelet op artikel 1.16 lid 1 Aanbestedingswet 2012 en gelet op het niet-limitatieve karakter van artikel 1.16 lid 2 Aanbestedingswet 2012 alleen is toegestaan wanneer dat criterium in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht.⁷⁰

CvAE 5 maart 2015, advies 161.

Vergelijkbaar oordeelt de CvAE in een ander advies waarin een andere meervoudig onderhandse procedure centraal stond. Ook in dat advies oordeelt de CvAE dat de aanbestedende dienst in dergelijke procedures transparantie moet betrachten. Gelet op het transparantiebeginsel is het van belang (i) dat de aanbestedende dienst met betrekking tot kwalitatieve gunningscriteria aan inschrijvers volstrekt duidelijk maakt wat van hen wordt verwacht, (ii) dat de aanbestedende dienst de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem toetst en (iii) dat de gunningsbeslissing zodanig wordt gemotiveerd dat het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen. Deze drie uitgangspunten laten onverlet dat enige mate van subjectiviteit bij de beoordeling van een kwalitatief gunningscriterium onvermijdelijk is en dat de aanbestedende dienst bij een dergelijk criterium de inschrijvers enige vrijheid kan laten om hun inventiviteit te tonen. Van een aanbestedende dienst behoeft binnen het kader van de hiervoor genoemde uitgangspunten niet te worden verwacht dat hij criteria zodanig beschrijft, in die zin dat hij zeer exact en zeer gedetailleerd aangeeft wat nodig is om een maximale score te behalen. Dit ‘Europese’ kader is dus ook van toepassing in het geval van een meervoudig onderhandse procedure.⁷¹

CvAE 17 augustus 2015, advies 109.

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland oordeelt dat aanbestedende diensten die meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures organiseren gebonden zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen. In dat kader dienen de aanbestedende diensten ook het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel jegens de inschrijvers in acht te nemen. De voorzieningenrechter overweegt in dit verband dat het gelijkheidsbeginsel het niet toelaat dat een opdracht wordt gegund aan een inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan. Indien – zoals in deze zaak – de (vermeende) ongeldigheid pas na de (voorlopige) gunningsbeslissing door de aanbestedende dienst wordt opgemerkt, kan de aanbestedende dienst deze gunningsbeslissing intrekken en een nieuwe gunningsbeslissing nemen.⁷²

Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Assen 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4061.

In een vrijwillige meervoudig onderhandse procedure door een aanbestedende dienst met betrekking tot een concessie voor diensten, bepaalt de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland dat de aanbestedende dienst op grond van de artikelen 1.14 en 1.15 Aanbestedingswet 2012 gebonden is aan het uitgangspunt dat alle inschrijvers op gelijke wijze moeten worden behandeld. In dat kader verduidelijkt de voorzieningenrechter ook dat de maatstaf uit het arrest *KLM/CCC*⁷³

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

niet van toepassing is in het geval een aanbestedende dienst vrijwillig een meervoudig onderhandse procedure organiseert, omdat dit arrest alleen ziet op de situatie dat een private partij, zoals KLM, een vrijwillige aanbesteding organiseert.⁷⁴

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 29 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2954.

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam vaart een andere koers dan de Rechtbank Midden-Nederland en oordeelt in het kader van een vrijwillige meervoudig onderhandse procedure voor gronduitgifte dat de Aanbestedingswet 2012 (in het

geheel) niet van toepassing is. Wel gaat de voorzieningenrechter er in deze zaak van uit dat het gelijkheids- en transparantiebeginsel van toepassing zijn op deze meervoudig onderhandse procedure, zodat deze andere aanvliegroute niet leidt tot een wezenlijk andere materiële beoordeling.⁷⁵
Vzr. Rb. Amsterdam 13 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2968.

In een meervoudig onderhandse procedure door een aanbestedende dienst, waarop het ARW 2012 van toepassing is verklaard, is de aanbestedende dienst op grond van artikel 1.15 Aanbestedingswet 2012 verplicht de inschrijvers op gelijke wijze te behandelen. Deze verplichting houdt naar het oordeel van de CvAE onder andere in dat de in de aanbestedingsstukken opgenomen functionele en technische specificaties en gunningssystematiek de tot inschrijving uitgenodigde ondernemingen gelijke toegang tot de opdracht moeten bieden. Aan deze verplichting wordt niet voldaan in het geval in de aanbestedingsstukken is toegeschreven naar een bepaald fabricaat/merk, waardoor een van de tot inschrijving uitgenodigde ondernemingen kan worden bevoordeeld. Een dergelijk toeschrijven naar een bepaald fabricaat/merk werd echter niet aangetoond, zodat de klacht hieromtrent werd afgewezen.⁷⁶

CvAE 27 januari 2015, advies 190.

Een aanbestedende dienst die in 2015 zonder enige (gedegen) motivering een meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure conform het ARW 2005 organiseert, handelt in strijd met artikel 1.22 lid 2 Aanbestedingswet 2012. Op grond van dit artikel moeten aanbestedende diensten immers bij onderdrempelige overheidsopdrachten voor werken het ARW 2012 toepassen, tenzij hiervan gemotiveerd wordt afgeweken.⁷⁷

CvAE 3 april 2015, advies 210.

Een enigszins vreemde eend in de bijt betreft een vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland waarin wordt gesproken over een 'meervoudig onderhandse gunning'. Het gaat in deze zaak om een gemeente die een aantal thuiszorgaanbieders in de gelegenheid heeft gesteld een contract met de gemeente aan te gaan voor het aanbieden van huishoudelijke hulp als een algemene voorziening.⁷⁸

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 27 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2136.

In een vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam ziet men dat de jurisprudentie van het HvJ EU die betrekking heeft op Europese aanbestedingsprocedures ook wordt toegepast in meervoudig onderhandse procedures.⁷⁹

Vzr. Rb. Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3342.

Eenzelfde benadering treft men aan in advies 89 van de CvAE.⁸⁰

CvAE 10 augustus 2015, advies 89.

Uit adviezen 89 en 222 blijkt verder dat wanneer een aanbestedende dienst 2B-diensten aanbesteedt via een digitale marktplaats en in dat kader uitsluitend de bij die marktplaats aangesloten bemiddelingsbureaus en ZZP'ers op de hoogte stelt van de uitvraag, een dergelijke procedure moet worden gekenmerkt als een meervoudig onderhandse procedure.⁸¹

CvAE 10 augustus 2015, advies 89; CvAE 10 augustus 2015, advies 222.

9. Aanbesteding door private partijen

a. Aanbestedingen van zorgverzekeraars en zorgkantoren

Het Hof Den Bosch heeft in 2015 een streep gezet door het spraakmakende vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant uit 2014 waarin werd geoordeeld dat zorgverzekeraars CZ c.s. publiekrechtelijke instellingen zijn.⁸²

Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697.

Dit arrest is in deze kroniek reeds besproken (zie paragraaf 1a).

Bij de huidige stand van het recht moet ervan worden uitgegaan dat zorgverzekeraars geen aanbestedende diensten zijn. Dat zorgverzekeraars geen aanbestedende diensten zijn, neemt niet weg dat de verzekeraars regelmatig (in meer en mindere mate) op (gereguleerde) aanbestedingsprocedures gelijkende procedures organiseren, met name in het kader van de inkoop van zorg voor hun verzekerden met een naturapolis. Wat dit betekent voor het toepasselijke juridisch kader wordt onder andere verduidelijkt in een vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant. Die rechter geeft aan dat door het voornoemde arrest van het Hof Den Bosch de vaste jurisprudentie herleeft dat een inkoopprocedure in beginsel civielrechtelijk van karakter is, maar zodanige trekken vertoont van een (openbare) aanbestedingsprocedure dat de zorgverzekeraar bij het voeren van de inkoopprocedure dient aan te sluiten bij de beginselen van aanbestedingsrecht, waarbij sprake is van een objectieve, transparante en non-discriminatoire invulling van het inkoopbeleid. Dat neemt niet weg dat waar de inkoopprocedure duidelijk en eenduidig is, strikt vastgehouden dient te worden aan de betreffende voorschriften. Voor de vraag of bepalingen duidelijk en eenduidig zijn, is van belang op welke wijze de 'behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver' die bepalingen dient te

begrijpen.⁸³

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6388.

Vergelijkbare overwegingen over het toepasselijke juridische kader treft men aan in een arrest van het Hof Den Haag. Ook in dit arrest wordt geconcludeerd dat de zorgverzekeraar niet aanbestedingsplichtig is, maar dat de zorgverzekeraar wel mag kiezen voor een (op een gereguleerde aanbestedingsprocedure gelijkende) aanbestedingsprocedure. Als een zorgverzekeraar daarvoor kiest, dan is de verzekeraar daarbij “onderworpen aan de werking van de redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen, die moeten worden ingevuld met de beginselen van het aanbestedingsrecht, zoals het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel”. Dat houdt onder meer in dat de verzekeraar, behoudens indien zij daartoe in de door haar voor de inkoop gepubliceerde stukken een expliciet voorbehoud heeft gemaakt, zich met het oog op die beginselen dient te houden aan de door haar gekozen procedure.

⁸⁴

Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3314.

Dat de zorgverzekeraars in hun inkoopdocumentatie expliciete voorbehouden in voornoemde zin kunnen en mogen maken en de toepasselijkheid van (de beginselen van) het aanbestedingsrecht kunnen ‘wegcontracteren’, blijkt uit diverse vonnissen van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag. In deze zaken had de betreffende zorgverzekeraar in de inkoopdocumentatie aangegeven dat zij geen aanbestedende dienst is en dat de inkoopprocedure geen aanbestedingsprocedure betreft zoals bedoeld in de aanbestedingsregelgeving. De Aanbestedingswet 2012 was volgens de zorgverzekeraar dan ook niet van toepassing. Voorts had de zorgverzekeraar in de inkoopdocumentatie aangegeven dat de rechtsrelatie tussen de gegadigden en de zorgverzekeraar uitsluitend wordt beheerst door de precontractuele goede trouw, redelijkheid en billijkheid, waarbij er uitdrukkelijk op wordt gewezen dat die precontractuele goede trouw, redelijkheid en billijkheid in dit geval niet wordt ingevuld door de aanbestedingsregels en de aanbestedingsbeginselen. Het op deze wijze wegcontracteren van het aanbestedingsrecht staat de voorzieningenrechter toe. Opmerkelijk is dat de voorzieningenrechter in deze zaken vaststelt dat als gevolg van de inkoopprocedure een meerzijdige rechtsverhouding ontstaat. Die meerzijdige rechtsverhouding maakt dat de zorgverzekeraar niet alleen rekening dient te houden met de belangen van een individuele (niet-gecontracteerde) aanbieder, maar ook met de belangen van alle andere aanbieders die hebben deelgenomen aan de inkoopprocedure. Mede om die reden is de verzekeraar volgens de voorzieningenrechter gehouden om bij de beoordeling van de aanbiedingen uitsluitend uit te gaan van de aanbiedingen zoals ontvangen bij het sluiten van de inschrijvingstermijn, al dan niet na een ontvangen nadere toelichting, mits daardoor de aanbieding niet is gewijzigd. In feite wordt hier dus alsnog het door de verzekeraar weggecontracteerde gelijkheidsbeginsel toegepast door de rechter, hetgeen ons niet heel consistent voorkomt.⁸⁵

Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15388; Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15479; Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15480; Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15481.

Een vergelijkbaar oordeel treft men aan in een ander vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag (in het kader van dezelfde inkoopprocedure). Ook uit dit vonnis blijkt dat het de zorgverzekeraar is toegestaan de toepasselijkheid van de beginselen van het aanbestedingsrecht weg te contracteren. In dit vonnis wordt in aanvulling op dit uitgangspunt nog vastgesteld dat een beroep op een zodanige uitsluiting van de beginselen in verband met de bijzondere omstandigheden van het betrokken geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn, maar in deze zaak wist de klagende inschrijver dat onvoldoende te onderbouwen.⁸⁶

Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15467.

Wij kunnen ons voorstellen dat het wegcontracteren van (de beginselen van) het aanbestedingsrecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn wanneer een zorgverzekeraar een machtspositie inneemt op een zorginkoopmarkt en zorgaanbieders om die reden niet om de zorgverzekeraar heen kunnen. Een dergelijke machtspositie is bijvoorbeeld aanwezig wanneer gewerkt wordt met een representatiemodel, waarbij één zorgverzekeraar zorg inkoop namens andere verzekeraars. Dat was in de zaak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag echter niet aan de orde.

Daar waar de ene zorgverzekeraar er actief voor kiest om in het kader van de inkoop van zorg de toepassing van de aanbestedingsrechtelijke beginselen weg te contracteren, zijn er ook zorgverzekeraars die zich niet verzetten tegen de toepassing van (de beginselen van) het aanbestedingsrecht. In dergelijke geschillen lijkt het toepasselijk juridisch kader (nagenoeg) identiek aan zaken waarin de Aanbestedingswet 2012 wel van toepassing is en kan er bijvoorbeeld een rechtstreeks beroep worden gedaan op jurisprudentie van het HvJ EU in aanbestedingszaken.⁸⁷

Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 28 januari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:271.

Dat is echter niet altijd het geval. Zo oordeelt het Hof Den Bosch in het kader van een inkoopprocedure voor wijkverpleging bijvoorbeeld dat een beroep door CZ c.s op jurisprudentie van het HvJ EU CZ c.s. niet kan baten “omdat het in deze zaak geen aanbestedingsprocedure betreft. Anders dan in een aanbestedingsprocedure kan CZ c.s. immers met elke partij die zich daarvoor

aanmeldt (en voldoet aan de voorwaarden) een overeenkomst aangaan en het feit dat zij bij een bepaalde partij een deel van de zorg inkoop impliceert niet dat andere partijen daardoor van het verlenen van zorg worden uitgesloten.”⁸⁸
Hof Den Bosch 7 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1278.

De jurisprudentie omtrent de integrale/gedeeltelijke toepassing van het aanbestedingsrecht in inkoopprocedures door zorgverzekeraars is al met al niet geheel eenduidig te noemen. De rode draad is echter dat zorgverzekeraars gelet op de huidige stand van het recht geen aanbestedende diensten zijn, maar dat veel van de door hen georganiseerde inkoopprocedures toch worden ingekleurd en gereguleerd door het aanbestedingsrecht, omdat die zorginkoopprocedures op (gereguleerde) aanbestedingsprocedures lijken. Het verbaast om die reden niet dat in zaken van zorgverzekeraars vaak de ‘gebruikelijke’ aanbestedingsrechtelijke vraagstukken centraal staan, zoals de vraag of een inschrijver de inkoopende zorgverzekeraar tijdig heeft gedagvaard gelet op een gehanteerde vervaltermijn.⁸⁹

Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15482.

de vraag of een inschrijver voldoet aan een eis.⁹⁰

Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3314.

voldoende proactief is geweest en tijdig zijn klachten naar voren heeft gebracht (*rechtsverwerking/Grossmann*).⁹¹

Vzr. Rb. Den Haag 6 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12963; Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15388.

en de vraag hoe de aanbestedingsdocumentatie moet worden uitgelegd en of voldaan wordt aan een gestelde eis.⁹²

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6388.

Zorgkantoren zijn verantwoordelijk voor de inkoop van zorg in het kader van de Wet langdurige zorg (Wlz). Uit de wetsgeschiedenis bij de Wlz valt op te maken dat zorgkantoren aanbestedingsplichtig zijn.⁹³

Tweede Kamer, vergaderjaar 2013–2014, 33 891, nr. 3, p. 29.

Opvallend is daarom een uitspraak waarin de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag tot de conclusie komt dat een zorgkantoor niet aanbestedingsplichtig is en dat de regels van het aanbestedingsrecht, waaronder het gelijkheids- en het transparantiebeginsel, in principe niet van toepassing zijn.⁹⁴

Vzr. Rb. Den Haag 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12472.

Dit terwijl een andere voorzieningenrechter van dezelfde rechtbank een ander zorgkantoor lijkt te duiden als een aanbestedende dienst.⁹⁵

Vzr. Rb. Den Haag 22 oktober 2015, C/09/495566/KG ZA 15/1353, n.n.g.

en terwijl nóg een andere voorzieningenrechter van dezelfde rechtbank als uitgangspunt neemt dat de beginselen van het aanbestedingsrecht wél van toepassing zijn op een inkoopprocedure die ziet op de inkoop van Wlz-zorg.⁹⁶

Vzr. Rb. Den Haag 27 oktober 2015, C/09/495117/KG ZA 15-1313, n.n.g. Zie ook Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda ECLI:NL:RBZWB:2015:7626.

Of deze uiteenlopende uitspraken nu het gevolg zijn van uiteenlopende opstellingen van de procespartijen óf het gevolg zijn van dissenting opinions binnen de Rechtbank Den Haag is niet duidelijk. Duidelijk is wel dat ook in de zorgkantoor-zaken de ‘gebruikelijke’ aanbestedingsrechtelijke vraagstukken centraal staan, zoals de vraag of een inschrijver voldoet aan een gestelde eis.⁹⁷

Hof Den Bosch 7 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1278. Zie ook Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda ECLI:NL:RBZWB:2015:7626.

en of hij een gebrek in de inschrijving mag herstellen.⁹⁸

Vzr. Rb. Den Haag 22 oktober 2015, C/09/495566/KG ZA 15/1353, n.n.g.

de vraag of de inschrijvers voldoende tijd hebben gehad om informatie uit de nota’s van inlichtingen te verwerken voor het indienen van de inschrijvingen.⁹⁹

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda ECLI:NL:RBZWB:2015:7626.

of de vraag of een inschrijver voldoende proactief is geweest en tijdig zijn klachten naar voren heeft gebracht

(*rechtsverwerking/Grossmann*).¹⁰⁰

Vzr. Rb. Den Haag 27 oktober 2015, C/09/495117/KG ZA 15-1313, n.n.g.

b. Aanbestedingen van andere private partijen

Het uitgangspunt volgens de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag is dat een private partij niet is gebonden aan de Europese of Nederlandse regelgeving voor overheidsaanbestedingen. Wanneer private partijen op (gereguleerde) aanbestedingsprocedures gelijkende procedures organiseren, dan wordt die aanbesteding beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Bij de beantwoording van de vraag of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat ook een private aanbestede de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, wordt aangeknoopt bij de rechtsregel uit het Hoge Raad-arrest *KLM/CCC*.¹⁰¹

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

Op grond van dit arrest moet worden beoordeeld of de (potentiële) aanbieders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de (private) aanbesteder 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 het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel 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.¹⁰²

Vzr. Rb. Den Haag 30 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:929; Vzr. Rb. Den Haag 26 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:707; Vzr. Rb. Den Haag 30 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:926.

De Rechtbank Amsterdam hanteert eenzelfde juridisch kader.¹⁰³

Rb. Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7492; Rb. Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7493.

Binnen voornoemd juridisch kader oordeelt de Haagse Voorzieningenrechter in drie zaken dat de beginselen niet (onverkort) van toepassing zijn, omdat de private aanbesteder zich diverse vrijheden heeft voorbehouden in de aanbestedingsdocumentatie.¹⁰⁴

Vzr. Rb. Den Haag 30 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:929; Vzr. Rb. Den Haag 26 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:707; Vzr. Rb. Den Haag 30 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:926.

Dat neemt niet weg dat als de aanbestedingsdocumentatie op een bepaald punt geen voorbehoud maakt en dus geen beoordelingsvrijheid overlaat aan de aanbestedende dienst, de aanbestedende dienst niet anders kan dan zijn eigen voorschriften op te volgen.¹⁰⁵

Vzr. Rb. Den Haag 30 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:926.

Binnen voornoemd juridisch kader oordeelt de Rechtbank Amsterdam in twee zaken dat de private aanbesteder de toepasselijkheid van de (algemene) aanbestedingsregels en aanbestedingsbeginselen uitdrukkelijk heeft uitgesloten, zodat de private aanbesteder in die zaken wekomt met tamelijk niet-transparante/willekeurige acties.¹⁰⁶

Rb. Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7492; Rb. Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7493.

Noemenswaardig onder dit kopje zijn ook de zaken waarin woningcorporaties opdrachten voor bepaalde werken vrijwillig conform de voorschriften uit het ARW 2012 aanbesteden. In die zaken komt de voorzieningenrechter onder meer tot de conclusie dat hij in de betreffende private aanbesteding heeft te werken met een lossere beoordelingsmaatstaf, waarin aan het beginsel van de contractsvrijheid onder omstandigheden meer gewicht kan worden toegekend dan in het strikte regime bij publieke aanbestedingen het geval is en dat de private aanbesteder niet gebonden is aan de strenge regels omtrent transparantie en gelijkheid, zoals die wel gelden voor een openbare aanbesteding.¹⁰⁷

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 27 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1327; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 22 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:312.

Deze lossere beoordelingsmaatstaf is opmerkelijk gelet op het feit dat de aanbesteder in die twee zaken juist delen van het ARW 2012 van toepassing had verklaard. In die gevallen bindt een private aanbesteder zich in onze optiek in principe ook aan de beginselen en is het hanteren van een lossere beoordelingsmaatstaf niet op zijn plaats, tenzij in de aanbestedingsstukken expliciete voorbehouden zijn gemaakt, in welke specifieke gevallen de beginselen geen toepassing hebben.

10. Uitsluitingsgronden

In het jaar 2015 zijn er twee belanghebbende arresten geweest die betrekking hebben op uitsluitingsgronden. In het eerste arrest stelt de Hoge Raad enkele prejudiciële vragen aan het HvJ EU. Het gaat in deze zaak om een Europese aanbestedingsprocedure uit 2012 onder vigeur van het Bao van het Ministerie van VWS voor een vervoersopdracht. Nadat het ministerie de opdracht voorlopig had gegund aan een combinatie van vervoerders, stelde een concurrerend vervoerder zich op het standpunt dat de combinatie wegens het begaan van een ernstige beroepsfout van deelname uitgesloten had moeten worden, omdat de NMa (tegenwoordig ACM) aan de leden van de combinatie boetes had opgelegd wegens overtreding van de Mededingingswet. De concurrerende vervoerder beriep zich in dat kader op het gegeven dat in de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk was bepaald dat “een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde wordt gelegd en niet voor verdere (inhoudelijke) beoordeling in aanmerking komt”. Het ministerie weigerde echter tot uitsluiting over te gaan omdat een dergelijke uitsluiting niet proportioneel zou zijn. De combinanten hadden volgens het ministerie inmiddels namelijk maatregelen getroffen om herhaling van mededingingsrechtelijke overtredingen te voorkomen.

Binnen deze context vraagt de Hoge Raad aan het HvJ EU of het Unierecht, in het bijzonder artikel 45 lid 2 Richtlijn, zich ertegen verzet dat het nationale recht een aanbestedende dienst verplicht een proportionaliteitstoets uit te voeren in het geval een inschrijver

een ernstige beroepsfout heeft begaan. Daarnaast vraagt de Hoge Raad of het wat dat betreft nog van belang is dat het ministerie in de aanbestedingsvoorwaarden had bepaald dat een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde wordt gelegd en niet in aanmerking komt voor verdere inhoudelijke beoordeling. Met andere woorden: sluit een dergelijke imperatieve bepaling in de aanbestedingsdocumentatie een proportionaliteitstoets uit? Verder wenst de Hoge Raad te vernemen of, indien het antwoord op de eerste vraag ontkennend luidt, het Unierecht zich ertegen verzet dat de nationale rechter de beoordeling aan de hand van het proportionaliteitsbeginsel zoals die door een aanbestedende dienst in het concrete geval is verricht, niet 'vol' toetst, maar volstaat met de (marginale) toets of de aanbestedende dienst in redelijkheid heeft kunnen komen tot de beslissing om een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, toch niet uit te sluiten. Het HvJ EU heeft – voor zover wij hebben kunnen nagaan – nog niet op deze vragen geantwoord. [108](#)

HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757.

De tweede zaak die betrekking heeft op uitsluitingsgronden diende bij het HvJ EU. Het ging in deze zaak om een onderdrempelige overheidsopdracht voor werken met betrekking tot de restauratie van Griekse tempels op Sicilië. In deze zaak had de aanbestedende dienst bepaald dat een gegadigde of inschrijver automatisch werd uitgesloten van deelname wanneer hij niet, samen met zijn aanbod, een schriftelijke aanvaarding had overgelegd van de verplichtingen en verklaringen die waren vervat in een rechtmatigheidsprotocol, dat infiltratie van de georganiseerde misdaad op het gebied van overheidsopdrachten beoogde tegen te gaan. De vraag was of het Unierecht zich tegen een dergelijke uitsluitingsgrond verzet. Het HvJ EU geeft aan dat het Unierecht zich hier niet tegen verzet. Het is de Italiaanse aanbestedende dienst dan ook toegestaan om deze uitsluitingsgrond te hanteren. [109](#)

HvJ EU 22 oktober 2015, C-425/14, ECLI:EU:C:2015:721.

11. Geschiktheidseisen en selectiecriteria

a. Algemeen

Op grond van het eerste lid van artikel 2.96 Aanbestedingswet 2012 is een aanbestedende dienst bevoegd om van inschrijvers een schriftelijke verklaring, afgegeven door een gecertificeerde instantie, zoals een VCA*-certificaat, te verlangen. Op grond van het tweede lid van dit artikel is de aanbestedende dienst verplicht om gelijkwaardige certificaten van andere instanties te aanvaarden. In de laatste zin van het tweede lid wordt voorgeschreven dat de aanbestedende dienst niet alleen certificaten van bevoegde instanties moet accepteren, maar ook andere bewijzen waaruit blijkt dat de inschrijvers gelijkwaardige maatregelen op het betreffende kwaliteitsgebied hebben genomen, aldus de voorzieningenrechter. [110](#)

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 30 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2952.

Het gelijkwaardigheidsbeginsel houdt volgens de Limburgse Voorzieningenrechter in dat van een gestelde geschiktheidseis (of prestatie-eis) mag worden afgeweken, mits voorzien wordt in alternatieve maatregelen die leiden tot een niveau dat vergelijkbaar is met het kwaliteitsniveau dat met de eis wordt beoogd. Het is vervolgens de aanbestedende dienst zelf die de gelijkwaardigheid mag c.q. dient te toetsen; dit behoeft dus geen derde – onafhankelijke en in casu certificerende instantie – te zijn. [111](#)

Vzr. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 24 juli 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:6346.

Volgens de Brabantse Voorzieningenrechter is voor de toets of de ingediende bescheiden gelijkwaardig zijn aan een VCA*-certificaat geen diepgaande technische kennis vereist. De vraag die namelijk op basis van het bestek moet worden beantwoord is of het veiligheidszorgsysteem van het bedrijf van inschrijver voorziet in maatregelen die gericht zijn op de directe beheersing van veiligheid, gezondheid en milieu tijdens het uitvoeren van de werkzaamheden op de werkvloer. Die vraag kan de aanbestedende dienst met behulp van de kennis van het Inkoopbureau West-Brabant, dat hem bij deze aanbesteding begeleidt en ervaring heeft met het uitvoeren van gelijkwaardigheidstoetsen zoals de onderhavige, beantwoorden aan de hand van een toets aan de VCA*-checklist. Daarbij dient de aanbestedende dienst de door de inschrijver overgelegde bescheiden volledig te toetsen aan de VCA*-mustvragen. [112](#)

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 13 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:3493.

Het tijdstip waarnaar de geldigheid van een referentie moet worden beoordeeld, is het tijdstip van de inschrijving. Dat een aanbestedende dienst pas na opening van de inschrijving daarvan kennis neemt, maakt dat niet anders. Dit betekent dat omzet in een referentieproject die pas na inschrijving wordt gerealiseerd niet mag worden meegeteld bij de beoordeling of dit referentieproject voldoet aan de gestelde minimale omzetwaarde. [113](#)

Hof Den Haag 10 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:147, Hof Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:812.

b. Toelaatbaarheid geschiktheidseisen/selectiecriteria en beoordelingsmethodiek

Aanbestedende diensten hebben de vrijheid om, zeker bij langlopende opdrachten, die geschiktheidseisen te stellen die zoveel

mogelijk verzekeren, dat een partij aan wie de opdracht zal worden gegund, ook daadwerkelijk in staat zal zijn die opdracht uit te voeren.

In de Gids Proportionaliteit wordt echter ten aanzien van het stellen van geschiktheidseisen inhoudende financiële ratio's aangegeven dat daarmee terughoudend moet worden omgegaan. Dat volgt uit het feit dat de vergelijkbaarheid van die ratio's vanwege de diversiteit in boekhoudmethoden soms problemen geeft. Dat kan echter worden voorkomen door de ratio's duidelijk te definiëren in de aanbestedingsdocumenten, zo blijkt uit de Gids Proportionaliteit.

Gelet op de vrijheid die de aanbestedende dienst toekomt en de te rechtvaardigen wens van de aanbestedende dienst om voor meerdere jaren uitsluitend met een sterke partij in zee te gaan, is het volgens het Hof Den Haag toegestaan om de gevraagde financiële ratio's als geschiktheidseis te hanteren. Deze geven immers een trend weer ten aanzien van de financiële positie van een bedrijf en kunnen een indicator voor de toekomst zijn. Het is een aanbestedende dienst dan ook toegestaan om bijvoorbeeld een quick ratio als eis te hanteren, omdat deze naar het oordeel van het hof betekenis heeft voor een actueel faillissementsrisico. [114](#)

Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413.

Het stellen van de referentie-eis dat een inschrijver dient aan te tonen dat hij op 75% van de gevraagde vakgebieden uitzendkrachten in de (gemeentelijke) salarisschalen 1 tot en met 9 ter beschikking heeft gesteld bij Nederlandse overheidsinstanties, wordt door de Rotterdamse Voorzieningenrechter als proportioneel beschouwd. Het werken voor de overheid heeft namelijk een karakter dat afwijkt van het werk in de private sector. Dit verschil is ook van invloed op de vaardigheid die nodig is voor een uitzendbureau om dergelijk personeel te selecteren en in te zetten. [115](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802.

De vrijheid van een aanbestedende dienst om de door hem gewenste geschiktheidseisen te stellen is evenwel niet onbegrensd. Zo vindt de CvAE het stapelen van kerncompetenties in één referentie-eis niet toegestaan. Ervaring met de vier subcriteria 'Onderwijsfunctie', 'Frisse Scholen', 'Locatie/in bedrijf blijven' en 'Behaalde EPC' houden slechts in zeer geringe mate verband met elkaar en zouden ook gemakkelijk los van elkaar getoetst kunnen worden, aldus de CvAE. [116](#)

CvAE 22 januari 2015, advies 52.

De Haagse Voorzieningenrechter acht het stellen van een financiële geschiktheidseis, inhoudende dat inschrijvers een kredietlimiet dienen te hebben van ten minste € 60.000 bij een aantal nader in de aanbestedingsdocumenten genoemde uitgeverijen onrechtmatig. Het belang van de aanbestedende dienst dat vóór gunning duidelijk dient te zijn dat de opdrachtnemer de vakliteratuur en abonnementen ook daadwerkelijk (tijdig) zal kunnen leveren (waarvoor de betreffende kredietlimiet van belang is) en dus een intermediair wordt gecontracteerd die ook daadwerkelijk zal kunnen leveren, maakt deze eis niet rechtmatig. De voorzieningenrechter overweegt dat uitgeverijen commerciële partijen zijn die een eigen belang hebben bij de uitkomst van een aanbestedingsprocedure. Daarom zouden deze uitgeverijen om hen moverende, niet objectief te toetsen, redenen hun medewerking kunnen onthouden aan de totstandkoming van een kredietverklaring. Op grond daarvan wordt de eerlijke mededinging volgens de rechter verstoord. [117](#)

Vzr. Rb. Den Haag 12 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12832.

c. Transparantie geschiktheidseisen/selectiecriteria en beoordelingsmethodiek

Voorop staat dat bij de uitleg van de referentie-eisen moet worden uitgegaan van de 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 die in die documenten zijn gehanteerd. [118](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 9 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2032; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 9 juni 2015, C/05/282490/KG ZA 15-205, n.n.g.; Rb. Rotterdam 15 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7379; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 8 september 2015, C/05/287446/KG ZA 15-391, n.n.g.; Vzr. Rb. Rotterdam 10 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7708.

Dit betekent dat als in een geschiktheidseis is bepaald dat een referentieproject betreffende maaiwerkzaamheden tijdig dient te zijn opgeleverd daaronder volgens het Hof Amsterdam eveneens een (tijdige) deeloplevering dient te worden verstaan. [119](#)

Hof Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:812.

Tot dat oordeel komt ook het Hof Den Bosch, nu dat volgens het hof volgt uit het feit dat het om doorlopende werkzaamheden (groenonderhoud) gaat en niet om de uitvoering van een concreet, aanwijsbaar werk dat een begin en een einde heeft. [120](#)
Hof Den Bosch 19 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1800; het hof heeft het vonnis in eerste aanleg bekrachtigd van de Vzr. Rb.

Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 16 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:279.

De behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver dient verder ook te begrijpen dat referentieprojecten op het gebied van filebeveiligingssystemen en snelheidswaarschuwingssystemen niet gelijk kunnen worden gesteld aan ervaring op het gebied van bewegwijzering. In CROW-publicatie 322 *Richtlijn Bewegwijzering 2014*, waarnaar in de aanbestedingsdocumenten wordt verwezen, wordt namelijk als definitie van bewegwijzering gegeven: het “geheel van visuele middelen op, langs of boven de weg dat de weggebruikers in staat stelt hun route te bepalen”. Anders dan bewegwijzering waarschuwt een filebeveiligingssysteem voor files, terwijl met behulp van een snelheidswaarschuwingssysteem de maximale snelheid wordt geadviseerd, dan wel wordt aangegeven of de maximum (advies)snelheid wordt overschreden. [121](#)

Vzr. Rb. Den Haag 1 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3660.

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

Het is vaste jurisprudentie dat in een nota van inlichtingen weliswaar bepaalde verduidelijkingen kunnen worden aangebracht, maar daarin kan niet de betekenis worden gewijzigd van belangrijke voorwaarden van de opdracht, zoals geformuleerd in het bestek, waarop de belanghebbende marktdeelnemers zich rechtmatig hebben gebaseerd bij hun beslissing om een offerte voor te bereiden of juist van deelneming aan de aanbestedingsprocedure af te zien. [122](#)

HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284.

Om die reden kan de geschiktheidseis, waarin is bepaald dat een inschrijver aan de hand van een referentie dient aan te tonen dat hij beschikt over regie-ervaring in bewegwijzeringsprojecten, niet anders worden gelezen dan dat die inschrijver de operationele werkzaamheden in het project niet zelf hoeft te hebben uitgevoerd. De zelf-eis geldt alleen voor de regierol in het project. Een andere lezing zou immers een (ongeoorloofde) wijziging van de geschiktheidseis met zich brengen. [123](#)

Vzr. Rb. Den Haag 1 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3655; Vzr. Rb. Den Haag 1 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3663.

e. Beroep op derden/onderaannemers

Een aanbestedende dienst mag niet eisen dat een inschrijver zelf over de nodige ervaring beschikt. Een beroep op de kennis en ervaring van derden is toegestaan. [124](#)

Gerecht 24 maart 2015, T-383/14 R, ECLI:EU:T:2015:190; Vzr. Rb. Den Haag 30 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:929, betreffende een private aanbesteding waarin de regel gold dat alleen een beroep mocht worden gedaan op de ervaring van derden die tot het concern van inschrijver behoren.

Er moet dan wel worden aangetoond dat voor de uitvoering van de opdracht daadwerkelijk over de bekwaamheden van die derden kan worden beschikt. [125](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 16 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:279.

Een van de wijzen waarop dat kan worden aangetoond is (een overeenkomst van) onderaanneming. Een dergelijke contractueel aangegane verplichting is evenwel niet in alle gevallen nodig, namelijk indien aan de inschrijver andere middelen ten dienste staan om het van de in te schakelen derde verlangde gedrag af te dwingen. Bijvoorbeeld in een concernverhouding waarbij sprake is van een moeder-dochterrelatie, in welk geval de inschrijver in staat is om de medewerking uit hoofde van die relatie te bewerkstelligen. [126](#)

Hof Den Bosch 19 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1800; het hof heeft het vonnis in eerste aanleg bekrachtigd van de Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 16 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:279.

Een inschrijver die uit de boedel van een failliete vennootschap het onderhanden werk en de goodwill heeft gekocht en een aantal werknemers van die vennootschap in dienst heeft genomen, mag een door die vennootschap uitgevoerd referentiewerk – zonder dit te vermelden – niet als eigen referentiewerk opvoeren. De overname van het onderhanden werk, van de goodwill en van een aantal personeelsleden (ook al zijn dit de architecten die het referentieproject hebben ontwikkeld) betekent bovendien nog niet dat de inschrijver daardoor beschikt over de voor de uitvoering noodzakelijke middelen van die (failliete) derde. [127](#)

Vzr. Rb. Den Haag 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12824.

12. Eisen, gunningscriteria en beoordelingsmethodiek

a. Algemeen

Aanbestedende diensten beschikken over een grote mate van beleidsvrijheid bij de inrichting van een aanbestedingsprocedure. Deze beleidsvrijheid geldt bij het formuleren van de eisen, de gunningscriteria en de beoordelingsmethodiek. Deze beleidsvrijheid is echter niet absoluut. De grenzen van de beleidsvrijheid worden bepaald door de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

Het gelijkheidsbeginsel en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel vergt dat de in de aanbestedingsstukken opgenomen gunningssystematiek inschrijvers gelijke toegang tot de opdracht biedt. De voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure moeten op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aanbestedingsdocumenten dienen te worden vermeld zodat enerzijds alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om daadwerkelijk na te gaan of de offertes in de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de opdracht van toepassing zijn. De aanbestedingsprocedure dient met andere woorden zo te worden ingericht dat elk risico van favoritisme en willekeur wordt uitgebannen en geborgd wordt dat de aanbestedingsprocedure achteraf toetsbaar is. Kort en goed: inschrijvers moeten op grond van het transparantie- en gelijkheidsbeginsel vooraf een duidelijk inzicht hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsvindt. Voor zover het daarbij aankomt op uitleg van het gunningsdocument dient acht te worden geslagen op de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst in alle aanbestedingsstukken. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn opgesteld. De bedoelingen van de aanbestedende dienst zijn daarbij in beginsel niet van belang, tenzij deze bedoelingen uit de aanbestedingsdocumenten en de toelichting kenbaar zijn. [128](#)

Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 6 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3398; Vzr. Rb. Den Haag 17 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8315; Vzr. Rb. Noord-Nederland 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4061; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3676; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3991; Vzr. Rb. Den Haag 16 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2400; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7717; Vzr. Rb. Rotterdam 19 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9020; Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 28 januari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:271; Vzr. Rb. Rotterdam 10 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7708; Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 13 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7792; Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3399; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6388; Vzr. Rb. Den Haag 20 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4804, CvAE 5 maart 2015, advies 161; CvAE 12 januari 2015, advies 182.

De hiervoor aangehaalde fundamentele beginselen zijn ook van toepassing bij meêrvoudig onderhandse procedures. Soms wordt het transparantiebeginsel van toepassing geacht op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid, bijvoorbeeld ten aanzien van de gehanteerde gunningscriteria en beoordelingsmethodiek. [129](#)

CvAE 10 augustus 2015, advies 222; CvAE, 17 augustus 2015, advies 109.

Diezelfde beginselen zijn daarnaast ook van toepassing op gunningscriteria bij de aanbesteding van IIB-diensten ter zake waarvan de Aanbestedingswet 2012 niet onverkort gelding heeft, met name wanneer de aanbestedingsprocedure zodanig is ingericht dat inschrijvers er op mochten vertrouwen dat de kernbeginselen van het aanbestedingsrecht zouden worden gerespecteerd. [130](#) Vzr. Rb. Den Haag 1 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6991.

Bij private aanbestedingen door private partijen die niet zijn aan te merken als publiekrechtelijke instellingen in de zin van de Aanbestedingswet 2012 kunnen de fundamentele beginselen een rol spelen op grond van de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Dat is het geval indien bij inschrijvers de (gerechtvaardigde) verwachting is gewekt dat deze beginselen in acht worden genomen. Wanneer een selectiebrochure niet direct naar de fundamentele beginselen verwijst, maar die beginselen evenwel niet worden uitgesloten en gekozen wordt voor een met een aanbestedingsprocedure vergelijkbare selectieprocedure (met gunningscriteria en nauwgezette omschrijving van de beoordelingsmethodiek) zullen inschrijvers er op mogen vertrouwen dat de beginselen van gelijkheid en transparantie van toepassing zijn op de toegepaste gunningscriteria en beoordelingsmethodiek. In dat geval zal voor de vraag of de bepalingen in de aanbestedingsstukken duidelijk en eenduidig zijn het toetsingskader van de ‘behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver’ van toepassing zijn. [131](#) Vzr. Rb. Amsterdam 18 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3966; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6388.

De verhouding tussen enerzijds de beleidsvrijheid van aanbestedende diensten bij de inrichting van de aanbestedingsprocedure en anderzijds de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, komt tot uitdrukking in verschillende uitspraken die het afgelopen jaar zijn gepubliceerd. Uit die uitspraken kunnen de volgende hoofdlijnen worden gestedilleerd.

Op grond van de Aanbestedingswet 2012 geldt het uitgangspunt dat aanbestedende diensten het gunningscriterium ‘economisch meest voordelige inschrijving’ hanteren. Van dit uitgangspunt kan worden afgeweken door het gunningscriterium ‘laagste prijs’ toe te passen. Naar het oordeel van de CvAE zal in afwijking van het gunningscriterium ‘economisch meest voordelige inschrijving’ als gunningscriterium ‘laagste prijs’ mogen worden gehanteerd wanneer de keuze voor toepassing van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving ondoelmatig is. Dat is het geval indien niet te verwachten valt dat daarmee een zodanige ruimte voor marktpartijen wordt gecreëerd dat zij zich voldoende uitgedaagd zullen voelen om innovatieve en duurzame oplossingen aan te bieden. Dat zal moeten worden beoordeeld aan de hand van alle relevante omstandigheden. In dat verband zijn volgens de CvAE met name de volgende omstandigheden relevant: het voorwerp van de aanbesteding, de markt waarin de aanbesteding plaatsvindt en de mate waarin gunning op basis van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving zinvol is met het oog op de

daarmee te verwezenlijken doelen. Tot de door de wetgever relevante doelen behoort in ieder geval het duurzaam en innovatief inkopen. Het resultaat van de hiervoor beschreven afweging zal moeten blijken uit de motivering waarmee de aanbestedende dienst de keuze voor toepassing van het criterium van de laagste prijs moet onderbouwen. De CvAE benadrukt dat deze motivering in de aanbestedingsstukken dient te worden opgenomen, die gelijktijdig met de aankondiging van de opdracht bekend worden gemaakt. De CvAE oordeelt in een van haar adviezen ten aanzien van een concrete situatie dat de verstrekte motivering de keuze voor de toepassing van het criterium van de laagste prijs voldoende kan dragen gelet op het feit dat (i) sprake is van een raamovereenkomst waarbij pas bij het sluiten van een deelopdracht bekend is wat de precieze modaliteiten van die deelopdracht zijn, (ii) de prestaties die gevraagd worden van de opdrachtnemers zijn beschreven in de vorm van standaardwerkzaamheden, vastgelegd in het RAW bestek en (iii) in de gehele stad een eenduidige inrichting van de gevraagde verkeersinstallaties wordt gewenst. [132](#)

CvAE 1 mei 2015, advies 224.

Voor zover aanbestedende diensten er niet voor kiezen af te wijken van het gunningscriterium 'economisch meest voordelige inschrijver', geldt dat zij over ruime discretionaire bevoegdheden beschikken. [133](#)

HvJ EU 26 maart 2015, C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204.

De reden hiervoor is dat een zekere mate van subjectiviteit inherent is aan kwalitatieve criteria. [134](#)
Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413; V.zr. Rb. Amsterdam 15 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3965; V.zr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2586; V.zr. Rb. Den Haag 1 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6991; V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 30 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2952.

Die inherente subjectiviteit geldt niet alleen bij de beoordeling maar ook bij de vaststelling van de kwaliteitscriteria. [135](#)
V.zr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1689, V.zr. Rb. Amsterdam 26 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3654; V.zr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 23 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2500. Het hanteren van subjectieve criteria is met name geoorloofd wanneer maatregelen worden getroffen om de kans op schending van het gelijkheidsbeginsel te minimaliseren en de objectiviteit van de beoordeling te waarborgen. Zo acht de Voorzieningenrechter te Almelo het voor zijn oordeel dat de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht niet zijn geschonden relevant dat de prijsenveloppen pas zouden worden geopend nadat de definitieve score op de kwaliteit was vastgesteld. [136](#)
V.zr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1689.

Aanbestedende diensten zijn niet verplicht om bij toepassing van de 'emvi'-beoordelingsmethodiek meer gewicht toe te kennen aan een bepaald criterium en aanbestedende diensten hebben ook de keuze bij de vormgeving van de gunningscriteria. [137](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122.

Immers, de economisch meest voordelige inschrijver moet worden bepaald uit het oogpunt van de aanbestedende dienst. [138](#)
Gerecht 8 juli 2015, T-536/11, ECLI:EU:T:2015:476.

Voor wat betreft de verhouding tussen het gunningscriterium 'prijs' en 'kwaliteit' bij toepassing van de 'emvi'-beoordelingsmethodiek bepaalt het HvJ EU dat beoordeeld moet worden welke inschrijver de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt, waardoor binnen de criteria voor de gunning een groter belang wordt gehecht aan kwaliteit. [139](#)

HvJ EU 26 maart 2015, C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204.

De vrijheid van de aanbestedende dienst bij het bepalen van de verhouding tussen de prijs- en kwaliteitscriteria bereikt in ieder geval haar grens waar de keuze van de aanbestedende dienst voor het gunningscriterium 'emvi' de facto neerkomt op een keuze van de aanbestedende dienst voor het gunningscriterium 'laagste prijs'. Daarvan is sprake wanneer inschrijvers redelijkerwijs mogen verwachten dat de waardering van de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen – naast het aspect prijs – geen significante invloed heeft op de uitkomst van de aanbestedingsprocedure, aldus de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag. [140](#)
V.zr. Rb. Den Haag 28 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5527.

Het is gelet op de discretionaire bevoegdheid van aanbestedende diensten toegestaan om kwalitatieve criteria vrij algemeen ('open') te formuleren. Hoe concreet specificaties, eisen en normen precies moeten worden geformuleerd is rekbaar. [141](#)

V.zr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 6 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3398.

Op aanbestedende diensten rust in ieder geval geen verplichting om precies aan te geven wat nodig is om op een kwaliteitscriterium de maximale score te halen. Daarmee zou immers iedere innovatie, creativiteit of zelfstandig denkproces bij inschrijvers worden weggenomen. [142](#)

V.zr. Rb. Den Haag 11 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5830; V.zr. Rb. Den Haag 17 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8315; V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 30 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2952; V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951; V.zr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 5 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3941; CvAE 17 augustus 2015, advies 109.

Gelet op het voorgaande mag bij kwalitatieve criteria van een inschrijver worden verwacht dat hij in eigen bewoordingen aangeeft

op welke wijze hij de verlangde 'kwaliteit' gaat leveren. Daarmee wordt hij in de gelegenheid gesteld zich te onderscheiden van de andere inschrijvers en aldus zijn 'meerwaarde' aan te tonen.¹⁴³

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951; Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 5 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3941; Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1689.

Daardoor wordt hij optimaal gestimuleerd om inventief in te schrijven en kenbaar te maken begrip en inzicht te hebben voor c.q. in die aspecten van de opdracht die volgens hem relevant zijn voor de aanbestedende dienst.¹⁴⁴

Vzr. Rb. Den Haag 17 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8315; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 30 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2952.

De CvAE sluit zich bij deze lijn aan.¹⁴⁵

CvAE, 17 augustus 2015, advies 109.

Het voorgaande neemt niet weg dat een aanbestedende dienst zich door de aangekondigde beoordelingsmethodiek een zekere mate van beoordelingsvrijheid onttrekt. Wanneer de aanbestedende dienst een bepaalde beoordelingsmethodiek aankondigt mag van hem immers worden verwacht dat hij zich daaraan houdt.¹⁴⁶

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2586; Vzr. Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4825.

In verband met de beoordelingsmethodiek is relevant de rechtspraak die in 2015 is gewezen over het onderscheid tussen de relatieve en absolute beoordelingsmethodiek.

Bij een relatieve beoordelingsmethodiek worden inschrijvingen voor de punttoekenning op de betreffende criteria ten opzichte van elkaar vergeleken en beoordeeld terwijl bij een absolute beoordeling inschrijvingen louter worden beoordeeld aan de hand van de aangekondigde criteria en bijbehorende scorematrix. Wanneer de aanbestedingsstukken zodanig zijn opgesteld dat de beoordelingscommissie een ruime mate van beoordelingsvrijheid houdt (en genoemde scorematrix ontbreekt) zal de voorzieningenrechter tot het oordeel komen dat het de beoordelingscommissie vrijstaat om de score te bepalen na onderlinge vergelijking van de inschrijvingen. Een relatieve beoordeling van de inschrijvingen zal in dat geval dus geen inbreuk maken op het transparantiebeginsel.¹⁴⁷

Vzr. Rb. Amsterdam 13 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2968.

Een beoordelingsmethodiek waarbij deels relatief en deels absoluut wordt beoordeeld, is geoorloofd.¹⁴⁸

Vzr. Rb. Den Haag 7 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10546.

De grenzen van de beleidsvrijheid van aanbestedende diensten bij het opstellen van de aanbestedingsstukken en de beoordeling van inschrijvingen zijn door de jaren heen in zowel de Europese als Nederlandse jurisprudentie uitgekristalliseerd. Daarbij is een steeds terugkomende overweging dat op grond van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in ieder geval vereist 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.¹⁴⁹

Vzr. Rb. Amsterdam 15 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3965; Vzr. Rb. Den Haag 1 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6991; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 30 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2952; Vzr. Rb. Den Haag 1 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6454; Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 5 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3941; Vzr. Rb. Den Haag 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10016; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 29 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5736; Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 28 januari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:271; Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 3 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5473; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 18 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8087; Vzr. Rb. Rotterdam 6 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3380; Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413.

Ook de CvAE sluit zich hier bij aan.¹⁵⁰

CvAE 10 augustus 2015, advies 222; CvAE 21 september 2015, advies 78.

De CvAE is van oordeel dat genoemd toetsingskader ook van toepassing is bij een meervoudig onderhandse procedure.¹⁵¹

CvAE, 17 augustus 2015, advies 109.

Aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht wordt niet voldaan wanneer op voorhand vaststaat dat de partij aan wie is gegund haar inschrijving niet kan waarmaken.¹⁵²

Vzr. Rb. Den Haag 20 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4804.

of een gunningsmethodiek is toegeschreven naar een bepaald fabricaat of merk waardoor een van de inschrijvers kan worden bevoordeeld. [153](#)

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951; CvAE 27 januari 2015, advies 190.

Het is verder in strijd met de algemene beginselen als de omschrijving van het voorwerp en de doelstellingen van een opdracht dermate vaag zijn dat voor inschrijvers geen duidelijk beeld kan worden verkregen over wat van hen wordt verwacht. [154](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 4 mei 2015, ECLI:NL:ROBR:2015:2648; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951.

Dat kan immers leiden tot verschillende interpretaties van de doelstellingen, waarbij het gevaar bestaat dat dit zal leiden tot niet met elkaar te vergelijken inschrijvingen. [155](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3676; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3991.

Een dergelijk gebrek kan ertoe leiden dat de voorzieningenrechter de aanbestedende dienst veroordeelt tot staking van de aanbestedingsprocedure. [156](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 6 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3398; Vzr. Rb. Noord-Nederland 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4061.

Hetzelfde geldt wanneer de omvang van de opdracht onvoldoende duidelijk is, of als voor inschrijvers niet duidelijk is aan de hand van welke maatstaven hun inschrijving zal worden beoordeeld. [157](#)

Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413.

Het niet consequent toepassen van de aangekondigde beoordelingsmethodiek leidt tot het risico dat de rechter de aanbestedende dienst veroordeelt tot herbeoordeling van de inschrijvingen. [158](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2586.

In ieder geval mogen niet achteraf, bijvoorbeeld bij de beoordeling en motivering van de gunningsbeslissing, onbekende beoordelingsmodaliteiten worden toegepast. Dat betekent dat de beoordelingsmodaliteiten niet gedurende de aanbestedingsprocedure mogen worden gewijzigd, waaronder een nadere invulling en het loslaten van criteria maar ook de prijs moet worden verstaan. Op grond van de ‘klassieke’ jurisprudentie van het HvJ EU zijn de introductie van dergelijke nieuwe gunningscriteria strijdig met het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel. Doet een aanbestedende dienst dat wel, dan riskeert hij veroordeeld te worden tot staking van de aanbestedingsprocedure. [159](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 6 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3398.

Ook kan een rechter er onder omstandigheden voor kiezen om de aanbestedende dienst te veroordelen tot een herbeoordeling. [160](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2586; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 21 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5998.

b. Toelaatbaarheid 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. [161](#)

CvAE 12 januari 2015, advies 182.

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.

Het toeschrijven van een aanbestedingsprocedure naar een specifieke inschrijver is discriminatoir. Daarvan is sprake indien een inschrijver ten opzichte van de andere wordt bevoordeeld als gevolg van de inhoud van de in de aanbestedingsstukken opgenomen specificaties en/of de gunningssystematiek. [162](#)

CvAE 27 januari 2015, advies 190.

Of sprake is van bevoordeling dient objectief te worden beoordeeld aan de hand van de inhoud van de aanbestedingsstukken. [163](#)

CvAE 12 januari 2015, advies 182.

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant is van oordeel dat sprake is van toeschrijving wanneer uitgeverij in staat zijn boeken en digitale licenties goedkoper aan scholen te leveren dan andere inschrijvers (omdat uitgeverijen niet afhankelijk zijn van distributeurs) en uitgeverij als gevolg daarvan op grond van de gunningssystematiek worden bevoordeeld ten opzichte van andere inschrijvers. [164](#)

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951.

In een andere zaak over uitgeverijen oordeelt de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag dat de eis dat inschrijvers voorafgaand aan de inschrijving over een bepaald krediet bij een aantal uitgeverijen beschikken en dit kunnen aantonen

ongeoorloofd is. Volgens de rechter is namelijk aannemelijk dat er inschrijvers zijn die in staat zijn om de opdracht uit te voeren maar geen concrete kredietafspraken op papier hebben staan. Deze inschrijvers zouden om aan genoemde eis te voldoen uitgeverijen moeten benaderen met een verzoek om medewerking. Uitgeverijen zijn echter commerciële marktpartijen met een eigen commercieel belang bij de uitkomst van de aanbesteding en zouden om hen moverende – niet objectief te toetsen – redenen hun medewerking aan een verklaring kunnen onthouden, terwijl zij na gunning wel het verzochte aan die inschrijvers zouden leveren, aldus de voorzieningenrechter.¹⁶⁵

Vzr. Rb. Den Haag 26 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12832.

Wanneer aan de zittende exploitant als enige de kans wordt geboden haar bod na inschrijving aan te passen (een zogenaamd matchingsrecht), wordt inbreuk gemaakt op het gelijkheidsbeginsel.¹⁶⁶

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 29 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2954.

De Groningse Voorzieningenrechter oordeelt in een Wmo-zaak (Wet maatschappelijke ondersteuning) dat eisen (PGB-voorwaarden) die verlening van zorg in natura bevorderen en het aankopen van dezelfde zorg via een persoonsgebonden budget tegengaan ongeoorloofd is. De rechter oordeelt dat daarmee aan burgers en zorgaanbieders een inrichting van de zorg wordt opgelegd die onverenigbaar is met de keuzevrijheid die de wetgever heeft willen vastleggen. Dat leidt tot een gebod de aanbesteding te staken.¹⁶⁷

Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5015.

Het is een aanbestedende dienst in een Europese aanbestedingsprocedure volgens de CvAE niet toegestaan als voorwaarde voor toezending van de aanbestedingsstukken als eis te stellen dat inschrijvers een geheimhoudingsverklaring ondertekenen op grond waarvan inschrijvers zich verbinden de aanbestedingsstukken vertrouwelijk te behandelen, op straffe van een boete. Geoordeeld wordt dat een dergelijke eis in combinatie met het boetebeding zich niet verhoudt met de eis, zoals ontwikkeld in de jurisprudentie en gecodificeerd in artikel 21 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU, dat een vrije en volledige toegang wordt geboden tot de aanbestedingsstukken. Wel laat het voorgaande in beginsel het recht van aanbestedende diensten onverlet om van inschrijvers te vragen de in de stukken opgenomen informatie vertrouwelijk te behandelen.¹⁶⁸

CvAE 23 maart 2015, advies 211.

Gunningscriteria zien naar hun aard op het voorwerp van de opdracht, terwijl geschiktheidseisen zien op de inschrijver zelf en niet op de inschrijving als zodanig.¹⁶⁹

HvJ EU 26 maart 2015, C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204; Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413. Dit onderscheid leidt ertoe dat gunningscriteria in beginsel geen betrekking mogen hebben op technische en professionele capaciteiten van inschrijvers. Daarnaast mogen gunningscriteria in verband houden met ervaringseisen omdat deze verband houden met de inschrijver als zodanig en niet de opdracht.¹⁷⁰
Gerecht 8 juli 2015, T-536/11, ECLI:EU:T:2015:476.

Op deze uitgangspunten zijn echter uitzonderingen denkbaar. Het HvJ EU oordeelt in een prejudiciële procedure dat gunningscriteria met betrekking tot de bekwaamheid en ervaring van de leden van een team dat de opdracht zal uitvoeren voldoende verband kunnen houden met het voorwerp van de opdracht en daarom toelaatbaar kunnen zijn. De kwaliteit van de uitvoering van een opdracht kan op doorslaggevende wijze afhangen van de professionele waarde van degenen die met de uitvoering ervan zijn belast, met name wanneer het gaat om een opdracht betreffende opleidings- en adviesdiensten. Een vergelijkbaar oordeel is te vinden in een arrest van het HvJ EU ten aanzien van technische eisen en ervaringseisen.¹⁷¹
HvJ EU 26 maart 2015, C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204.

In een aantal zaken kwam de vraag aan de orde of een toelaatbare beoordelingsmethodiek was gehanteerd. Het hanteren van een binaire schaal in plaats van een glijdende schaal in het kader van een beoordelingsmethodiek is in ieder geval toelaatbaar. De CvAE overweegt dat een glijdende schaal mogelijk meer recht doet aan de ervaring van sommige inschrijvers die op betreffende punten meer dan gemiddeld scoren, maar dat daar tegenover staat dat het risico van willekeur bij het scoren op een glijdende schaal aanzienlijk groter is dan bij het scoren op een binaire schaal.¹⁷²

CvAE 12 januari 2015, advies 222.

Niet toelaatbaar is een beoordelingsmethodiek op grond waarvan op voorhand vaststaat dat op basis van loting zal worden bepaald wie voor gunning in aanmerking komt. Dat gebrek betreft een zo wezenlijk onderdeel van de procedure dat de aanbestedingsprocedure moet worden afgebroken, aldus de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag in een vijftal kort gedingen over een aanbesteding met betrekking tot deurwaardersdiensten ten behoeve van het CJIB.¹⁷³

Vzr. Rb. Den Haag 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10438; Vzr. Rb. Den Haag 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10439; Vzr. Rb. Den Haag 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10440; Vzr. Rb. Den Haag 3

september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10441; Vzr. Rb. Den Haag 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10442. Dit oordeel betekent echter niet, dat loting geen toegestaan hulpmiddel is om in een aanbesteding een gunningsbeslissing te forceren, wanneer meerdere inschrijvingen op dezelfde plek eindigen. Mits er voldoende mogelijkheid is geweest voor de inschrijvers om zich ten opzichte van elkaar te onderscheiden. Dit wordt bevestigd door de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag. Benadrukt c.q. bevestigd wordt dat géén algemeen verbod bestaat op het hanteren van een loting wanneer dat onderdeel is van een meeromvattende vergelijkende toets waarbinnen ook een vergelijking plaatsvindt aan de hand van prijs- en/of kwaliteitscriteria.¹⁷⁴
Vzr. Rb. Den Haag 16 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14662.

Van een oncontroleerbare en dus ongeldige eis of gunningscriterium zal geen sprake zijn indien de aanbestedende dienst voldoende aannemelijk maakt dat hij bij de aangekondigde verificatie nauwgezet controleert of de inschrijver de toezeggingen dat de ontbrekende functionaliteit op een bepaald moment algemeen beschikbaar is, gestand kan doen en op basis van welke gegevens hij deze controle uitvoert.¹⁷⁵

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 18 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9066.

Gunningscriteria, gunningseisen en beoordelingssystematieken dienen voor de ontwikkeling van een gezonde mededinging ook proportioneel te zijn. Dat houdt in dat de eisen, voorwaarden en criteria in een redelijke verhouding dienen te staan tot het voorwerp van de opdracht.¹⁷⁶

CvAE 5 maart 2015, advies 161.

Of een gunningscriterium voldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht dient te worden beoordeeld aan de hand van alle aanbestedingsdocumenten.¹⁷⁷

Vzr. Rb. Noord-Nederland 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4061; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6388.

met inbegrip van de nota van inlichtingen.¹⁷⁸

Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413.

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam is van oordeel dat het proportionaliteitsbeginsel er niet aan in de weg staat om bij de toetsing van de kwaliteit van psychologische testen een strengere maatstaf te hanteren dan de COTAN (Commissie Testaangelegenheden Nederland van het Nederlands Instituut van Psychologen/NIP) – ook al sluiten de gehanteerde toetsingscriteria inhoudelijk aan bij de criteria gehanteerd bij kwaliteitstoetsen van de COTAN.¹⁷⁹

Vzr. Rb. Amsterdam 13 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5279.

Verder is niet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel de uitvraag omtrent een bijzondere werkwijze in het kader van een aanbestedingsprocedure ten behoeve van de nieuwe opzet van het bevolkingsonderzoek baarmoederhalskanker. De Staat mag ten behoeve van het bevolkingsonderzoek als knock-out-criterium stellen dat wordt ingeschreven met DNA-testen die voldoen aan de zogenoemde Meijer-criteria. Testen op basis van RNA-detectie voldoen dus niet aan het knock-out-criterium. Het bezwaar dat dit criterium in strijd is met de in artikel 1.10 Aanbestedingswet 2012 opgenomen eis van proportionaliteit en dat de eis een ongerechtvaardigde belemmering voor inschrijvers oplevert zoals bedoeld in artikel 2.75, lid 2, Aanbestedingswet 2012, treft geen doel. Het Hof Den Haag is van oordeel dat het uitgangspunt van de aanbesteding, dat gestoeld is op een advies van de Gezondheidsraad, te weten dat er een veilig screeningsinterval van tien jaar moet zijn, alleen met voldoende zekerheid kan worden bereikt door tests op basis van DNA-detectie en niet door tests op basis van RNA-detectie, door het voorwerp van de opdracht wordt gerechtvaardigd.¹⁸⁰

Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1456.

Voorschrift 3.3 A van de Gids Proportionaliteit bepaalt dat de aanbestedende dienst bij raamovereenkomsten niet verlangt dat inschrijvers personeel of materieel beschikbaar houden zonder dat daar een omzetgarantie of vergoeding tegenover staat.

Voorschrift 3.3 B van de Gids Proportionaliteit bepaalt dat de aanbestedende dienst, wanneer binnen een raamovereenkomst een te plaatsen opdracht over meerdere inschrijvers zal worden verdeeld, op transparante wijze bekendmaakt (i) voor welke activiteiten bij inschrijving prijzen worden verlangd, (ii) binnen welk tijdsbestek de onderscheiden werkzaamheden worden uitgevoerd en (iii) op welke wijze deze werkzaamheden over de ondernemers zullen worden verdeeld. Indien een partij zich met een beroep op voornoemde voorschriften op het standpunt stelt dat de uitvraag van de aanbestedende dienst disproportioneel is of bepaalde eisen disproportioneel zijn.¹⁸¹

Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5015.

zal dat voldoende moeten worden onderbouwd. Hetzelfde geldt voor de stelling dat de geëiste projectreferentie disproportioneel is.¹⁸²

Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413.

c. Transparante 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 en precieze manier in de aanbestedingsdocumentatie worden geformuleerd, zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en de betreffende bepalingen op dezelfde manier kunnen interpreteren.¹⁸³

Vzr. Rb. Den Haag 16 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2400; Vzr. Rb. Den Haag 1 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6454; Hof Den Haag 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1588, Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3399; Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5830. Het transparantiebeginsel strekt er bovendien toe de aanbestedende dienst in staat te stellen na te gaan of de offerte van de inschrijvers beantwoordt aan de criteria die op de opdracht van toepassing zijn.¹⁸⁴ Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413.

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.¹⁸⁵

Vzr. Rb. Den Haag 20 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4804; Vzr. Rb. Den Haag 16 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2400; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 17 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:866; Vzr. Rb. Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12830; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 30 oktober 2015; ECLI:NL:RBOBR:2015:6353; CvAE 5 maart 2015, advies 161.

De nota van inlichtingen maakt integraal deel uit van de aanbestedingsstukken en is dan ook relevant in verband met het transparantiebeginsel en de uitleg van de bepalingen in de aanbestedingsstukken.¹⁸⁶

Vzr. Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2526; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 15 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6551; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6388; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7717; Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3399; CvAE 14 april 2015, advies 58.

Ook inschrijvingen dienen in beginsel conform de cao-norm te worden uitgelegd.¹⁸⁷

Vzr. Rb. Noord-Nederland 26 augustus 2015 ECLI:NL:RBNNE:2015:4061; Hof Den Bosch 7 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1275; CvAE 5 maart 2015, advies 161.

Wanneer een begrip niet nader is gedefinieerd in de aanbestedingsstukken dient de betekenis van dat begrip naar objectieve maatstaven te worden vastgesteld. Daarbij dient aansluiting te worden gezocht bij de in het normale taalgebruik gangbare betekenis. Ook kan daarbij relevant zijn de uitleg die door andere inschrijvers aan het begrip wordt gegeven.¹⁸⁸

Vzr. Rb. Den Haag 23 december 2015, C/09/498376/KG ZA 15-1600 n.n.g.; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 17 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:866, Vzr. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 19 februari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1392.

Enkel verwijzen naar een woordenboekdefinitie, zonder dat voor de voorgestane uitleg steun is te vinden in de aanbestedingsstukken, is onvoldoende.¹⁸⁹

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 11 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7003.

Op grond van de cao-norm is in beginsel geen plaats voor een 'redelijke uitleg' van de aanbestedingsstukken. Verder zijn de bedoelingen van de aanbestedende dienst bij de uitleg van de aanbestedingsstukken niet van belang, tenzij deze uit de aanbestedingsdocumenten kenbaar zijn.¹⁹⁰

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3676; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3991; Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3399. Het gaat erom wat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver redelijkerwijs heeft moeten of mogen begrijpen. Kortom: aan de bewoordingen van de aanbestedingsdocumenten komt een belangrijke maar geen uitsluitende rol toe.¹⁹¹ Hof Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:812.

De belangrijke rol van de bewoordingen van de aanbestedingsdocumenten komt in een aantal zaken naar voren. Zo zal een geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver moeten begrijpen dat de in de aanbestedingsstukken genoemde rittenaantallen geen zekerheid bieden voor de in de toekomst te behalen rittenaantallen indien in de stukken duidelijk kenbaar is gemaakt dat aan genoemde rittenaantallen geen rechten kunnen worden ontleend en genoemde aantallen enkel dienen ter vergelijkingsmaatstaf ten aanzien van het prijs criterium.¹⁹²

Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 8 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5364.

De gehanteerde bewoordingen zijn ook relevant voor het vaststellen van de omvang van percelen.¹⁹³ Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3399.

en de uitleg van (sub)gunningscriteria. [194](#)

Vzr. Rb. Den Haag 1 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6991.

Indien een bepaalde eis niet uitdrukkelijk in de tekst van de aanbestedingsstukken is opgenomen en de eis evenmin in de tekst valt te lezen dan moet voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver duidelijk zijn dat van een eis geen sprake is en de concrete invulling van het betreffende onderwerp ter vrije invulling aan inschrijvers is overgelaten. [195](#)

Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 13 november 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5167.

Een niet-kloppende formule in de aanbestedingsstukken leidt er niet automatisch toe dat sprake is van een niet-transparant criterium wanneer het op grond van de daarbij gegeven toelichting duidelijk is dat de inschrijver met de hoogste korting de hoogste score behaalt (en niet de laagste score zoals zou volgen uit de gehanteerde formule). [196](#)

Vzr. Rb. Den Haag 23 december 2015, C/09/498376/KG ZA 15-1600, n.n.g.

Het voorgaande neemt niet weg dat rechters voor de uitleg van aanbestedingsstukken soms verder kijken dan de bewoordingen van de aanbestedingsstukken. Zo wordt er bijvoorbeeld gekeken naar de betekenis die aan de gehanteerde begrippen wordt gegeven in de relevante branche. De Rotterdamse Voorzieningenrechter oordeelt dat gelet op de betekenis die in de relevante branche wordt gegeven aan het begrip 'verwerking tot biomassa', het voor inschrijver duidelijk had moeten zijn dat daaronder wordt verstaan verwerking van biomassa in zijn algemeen en niet alleen verwerking tot compostering. [197](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 19 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9020.

Ook de gebruikelijke uitleg van begrippen in de aanbestedingspraktijk is relevant. Zo stelt de CvAE, op grond van websites die zich richten op overheidsinkopers, vast dat in de praktijk 'social return' vaak onderdeel is van het meeromvattende kwaliteitsaspect 'duurzaamheid'. Op basis van een op TenderNed uitgevoerde steekproef wordt vervolgens vastgesteld dat aanbestedende diensten in de praktijk bij de beschrijving van de kwalitatieve gunningscriteria in hun aanbestedingsdocumenten de begrippen 'duurzaamheid' en 'social return' als afzonderlijke kwaliteitsaspecten opnemen. Op grond daarvan wordt geoordeeld dat wanneer in een aanbestedingsdocument het begrip 'duurzaamheid' als zelfstandig kwalitatief subgunningscriterium wordt gebruikt, het niet voor alle redelijk geïnformeerde inschrijvers duidelijk is dat daaronder ook wordt verstaan het deelaspect 'social return'. [198](#)

CvAE 21 september 2015, advies 78.

De jurisprudentie biedt verschillende voorbeelden van aanbestedingsprocedures waarbij het transparantiebeginsel (volgens de rechter) is geschonden. Dat is in ieder geval indien achteraf moet worden geconcludeerd dat het voor inschrijvers niet duidelijk was aan de hand van welk gunningscriterium zou worden gegund. [199](#)

Vzr. Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2526.

Dit is met name aan de orde bij inconsistenties. [200](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3676; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3991; Vzr. Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2526; Vzr. Rb. Den Haag 16 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2400; CvAE 3 april 2015, advies 210.

onvolledigheden [201](#)

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951.

en multi-interpretabele definities [202](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3676; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3991.

in de aanbestedingsstukken. Hetzelfde geldt als vooraf niet duidelijk is aan de hand van welke beoordelingsmethodiek zal worden beoordeeld. [203](#)

Vzr. Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2526, Vzr. Rb. Den Haag 1 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6454.

Van een inconsistente (innerlijke tegenstrijdigheid) is bijvoorbeeld sprake indien uit de aanbestedingsstukken volgt dat de responstijd van aangeboden analyseapparatuur in geen geval meer dan vijf seconden mag bedragen, terwijl anderzijds nog wel punten kunnen worden gescoord bij een responstijd van tussen vijf en tien seconden en pas een knock-out volgt indien de responstijd meer dan tien seconden bedraagt. [204](#)

Vzr. Rb. Den Haag 16 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2400.

Tegenstrijdigheden ten aanzien van de uiterste inlevertermijn van inschrijvingen leiden volgens de CvAE tot een inbreuk op het transparantiebeginsel. [205](#)

CvAE 3 april 2015, advies 210.

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Brabant komt in een vergelijkbare zaak echter tot een andersluidend oordeel. In de aan hem voorgelegde zaak oordeelt hij dat de omstandigheid dat slechts op één plek in de inschrijvingsleidraad als uiterlijke indieningstermijn was bepaald 12:00 uur, terwijl zowel in de uitnodigingsmail, de tijdsplanning en op TenderNed als uiterlijke indieningstermijn was bepaald 10:00 uur, ertoe leidt dat het voor de normaal oplettende inschrijver duidelijk had moeten zijn dat de inschrijving uiterlijk om 10.00 uur had moeten worden ingediend. De rechter lijkt bij zijn oordeel te betrekken dat niet eerder over deze eventuele onduidelijkheid is geklaagd. [206](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 14 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2162.

Een vergelijkbare lijn wordt gevolgd door de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam. Geoordeeld wordt dat slechts op één plek in de aanbestedingsstukken enige onduidelijkheid bestaat over een minimumeis(score), terwijl deze eis in de overige documentatie niets aan duidelijkheid te wensen overlaat. De eis was volgens de rechter daarom voldoende duidelijk. [207](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 13 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5279.

Het houden van een interview of presentatie als gunningscriterium is in verband met het transparantiebeginsel niet per definitie onmogelijk. Van de aanbestedende dienst kan in dat verband niet worden gevegd dat van tevoren bekend wordt gemaakt welke vragen in het interview worden gesteld, omdat dat een strategische beantwoording in de hand zou werken, aldus het Hof Den Haag. Wel dient aan inschrijvers de nodige houvast te worden geboden ten aanzien van de beoordelingscriteria. Niet transparant zijn de beoordelingscriteria dat een inschrijver in het interview mede ‘kan laten zien dat hij snapt wat de aanbestedende dienst wil’ dat er ‘geen goed of fout antwoord’ is, en dat de punttoekenning plaats vindt afhankelijk van de vraag of de inschrijver ‘enigszins overtuigt’, ‘overtuigt’ of in ‘ruime mate overtuigt’, waarbij ook waarde toekomt aan de vraag of er bij de aanbestedende dienst ‘(weinig) zorgpunten zijn’. Dit zijn volgens het hof te vage begrippen. [208](#)

Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413.

Ook uit een advies van de CvAE volgt dat het houden van een presentatie als gunningscriterium niet per definitie onaanvaardbaar is, maar dat het hanteren van een dergelijk gunningscriterium voor wat betreft de formulering en toepassing van de beoordelingsmethodiek de nodige zorgvuldigheid vergt om tegemoet te komen aan de transparantievereisten. Indien op grond van de aanbestedingsdocumenten niet duidelijk is welke beoordelingscommissieleden op welke specifieke onderdelen van de presentatie een score uitbrengen, en hoe vervolgens de waardering per criterium wordt omgezet naar een totaalscore tussen de 0 en 10 punten, dan is er geen sprake van een objectieve beoordelingsmethodiek en wordt er onvoldoende transparantie betracht. [209](#)

CvAE 4 maart 2015, advies 202.

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, zoals gezegd, mag worden verwacht dat hij de aanbestedingsleidraad in zijn geheel leest en bestudeert. [210](#)

Vzr. Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2526; Vzr. Rb. Den Haag 18 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5996; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 17 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:866. Een rechter zal dus niet snel oordelen dat een bepaalde eis zodanig verborgen is dat van een inschrijvende partij niet verwacht kan worden dat zij hiervan kennis heeft genomen. Dat geldt ook voor wijzigingen die worden doorgevoerd bij nota van inlichting. [211](#) Vzr. Rb. Noord-Nederland 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4061; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6388.

Ervaren en professionele inschrijvers met een zekere mate van expertise zullen zich minder snel succesvol kunnen beroepen op een schending van transparantie- en/of gelijkheidsbeginsel. Van hen wordt een hoger kennisniveau verwacht. Zo is de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag en in hoger beroep ook het Hof Den Haag van oordeel dat het beroep op een verondersteld transparantiegebrek ten aanzien van de inschrijfmodaliteiten via TenderNed, mede gelet op de ervaring van de bezwaar makende inschrijver niet kan slagen. [212](#)

Vzr. Rb. Den Haag 18 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5996; in hoger beroep Hof Den Haag 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1588.

Ook de Voorzieningenrechter te Utrecht neemt bij zijn oordeel mee de expertise van inschrijvers. Mede gelet op die expertise wordt geoordeeld dat het beoordelingscriterium dat een antwoord volledig, consistent, realistisch/haalbaar dient te zijn en dient bij te dragen aan de goede uitvoering van het project, voor betrokken inschrijver de benodigde duidelijkheid verschaft.

De enkele omstandigheid dat een aanbestedende dienst helderder had kunnen zijn door een eis op verschillende plekken in de aanbestedingsdocumentatie te herhalen is onvoldoende om te kunnen spreken van strijdigheid met het transparantiebeginsel. Ook de omstandigheid dat bepaalde eisen in de aanbestedingsstukken in tegenstelling tot andere eisen niet zijn benadrukt door middel

van onderstreping kan niet leiden tot een transparantiegebrek, althans niet indien de eisen reeds bij normale lezing kenbaar (zouden moeten) zijn. [213](#)

Vzr. Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2526.

Van een onvoldoende kenbare beoordelingssystematiek is geen sprake wanneer in de Uitnodiging tot Inschrijving duidelijk is vermeld dat beoordeeld zal worden (in casu de inrichting van bedrijfswagenprototypes door monteurs) op basis van een formulier dat daartoe nog zal worden opgesteld. Het was daarmee voor elke behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver duidelijk dat er zou worden beoordeeld aan de hand van een nader op te stellen formulier. [214](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 4 mei 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2648.

Het is toelaatbaar om per gunningscriterium aandachtspunten mee te geven zonder dat ten aanzien van die aandachtspunten een aparte weging wordt gemaakt als op grond van de aanbestedingsstukken duidelijk is dat die aandachtspunten niet als (sub)gunningscriteria zijn aan te merken. Naar het oordeel van de rechter dragen genoemde aandachtspunten, in tegenstelling tot het gestelde, juist bij aan een gelijke behandeling van inschrijvers omdat daarmee aan inschrijvers wordt meegegeven waaraan zij bij hun inschrijving in ieder geval aandacht kunnen besteden. [215](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 14 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9549.

d. (On)gewijzigde toepassing gunningscriteria en eisen beoordelingsmethodiek

Aanbestedende diensten ontnemen zichzelf door de aangekondigde gunningscriteria en beoordelingsmethodiek een zekere mate van beoordelingsvrijheid. Wanneer de aanbestedende dienst een bepaalde beoordelingsmethodiek aankondigt mag immers van hem worden verwacht dat hij zich daaraan houdt. [216](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2586. Vgl. Vzr. Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4825.

De verplichting tot transparantie impliceert verder dat de aanbestedende dienst de gunningscriteria, waaronder ook de weging of verhouding van de (sub)gunningscriteria [217](#)

CvAE 17 augustus 2015, advies 109.

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. [218](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 6 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3398.

Ten slotte moeten de gunningscriteria bij de beoordeling van de aanbiedingen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast. [219](#)

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 4 mei 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2648; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2586.

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. [220](#)

Vzr. Rb. Den Haag 7 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10546.

Nieuwe gunningscriteria zijn op grond van de vaste Europese jurisprudentie strijdig met het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel. Doet een aanbestedende dienst dat wel, dan riskeert hij veroordeeld te worden tot staking van de aanbestedingsprocedure. [221](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 6 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3398.

Ook kan een rechter er onder omstandigheden voor kiezen om de aanbestedende dienst te veroordelen tot een herbeoordeling. [222](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2586; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 21 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5998; Vzr. Rb. Rotterdam 6 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:45.

Het gebrek dient wel door inschrijvers aannemelijk te worden gemaakt. Bij gemotiveerde betwisting door de aanbestedende dienst bestaat het risico dat de rechter oordeelt dat niet aannemelijk is gemaakt dat nieuwe beoordelingsmodaliteiten zijn geïntroduceerd. [223](#)

Vzr. Rb. Den Haag 19 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2346; Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 28 januari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:271; Vzr. Rb. Den Haag 30 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:926; Vzr. Rb. Den Haag 12 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7225; Vzr. Rb. Den Haag 17 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8315; Vzr. Rb. Den Haag 25 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11606; Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5018; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 18 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8087.

Van een gebrek dat noopt tot herbeoordeling is geen sprake indien bij voorbaat vaststaat dat de voorlopig gegunde partij de winnende inschrijver blijft. [224](#)

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 3 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5473.

Indien geen van de partijen in het geding met een juiste benadering onomstotelijk heeft kunnen aantonen dat de uitslag op grond van een herbeoordeling geen andere zou zijn dan de oorspronkelijke uitslag, is het aan de voorzieningenrechter om een prognose te geven. De Arnhemse Voorzieningenrechter oordeelt in dat verband dat aangezien niet kan worden uitgesloten dat door de wijziging in de beoordelingsmethodiek zich een discriminatoir effect op de inschrijver heeft kunnen voordoen, herbeoordeling conform de aangekondigde methodiek op zijn plaats is. [225](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 21 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5998.

Van een ongeoorloofde wijziging van de beoordelingsmethodiek is in ieder geval sprake wanneer na ontvangst van de inschrijvingen (maar voor het houden van de voorziene presentaties) de samenstelling van de beoordelingscommissie is gewijzigd. [226](#)

CvAE 17 augustus 2015, advies 109.

Indien in strijd met de beoordelingsmethodiek is nagelaten een inschrijver uit te nodigen voor de presentatieronde, dan kan dat gebrek niet meer worden hersteld door de presentatie door alle niet uitgesloten inschrijvers alsnog te laten plaatsvinden indien dat neerkomt op een tweede kans voor de eerder wel uitgenodigde inschrijvers. [227](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 6 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:45.

Het tijdens de beoordeling laten vallen van randvoorwaarden die zijn gesteld in de aanbestedingsstukken, althans de inschrijvers hier niet op afrekenen, is in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Immers, belanghebbende marktdeelnemers hebben hun beslissing om een offerte voor te bereiden of juist van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure af te zien, gebaseerd op de aanbestedingsstukken en de daarin gestelde randvoorwaarden. [228](#)

Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 22 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2973.

Indien een aanbestedende dienst heeft aangekondigd per onderwerp 0, 2, 4 of 5 punten toe te kennen dan dient hij zich daaraan te houden. Er is dan geen plaats om de cijfers op elk onderdeel door middel van middeling van individuele cijfers tot stand te laten komen. [229](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 21 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5998.

Evenmin toelaatbaar is volgens de CvAE dat een aanbestedende dienst een nadere uitwerking van de aangekondigde beoordelingsmatrix pas na ontvangst van de inschrijvingen bekendmaakt. Op de aanbestedende dienst rust de verplichting om die nader gedetailleerde beoordelingsmatrix vóór het indienen van de inschrijvingen bekend te maken zodat er geen enkele twijfel kan bestaan dat die detaillering niet pas na ontvangst van de inschrijvingen (en mogelijk zelfs met kennis van de inhoud daarvan) wordt opgesteld. [230](#)

CvAE 5 maart 2015, advies 161.

De omstandigheid dat onduidelijk is of de puntenverdeling tussen de verschillende subgunningscriteria heeft plaatsgevonden conform de vooraf aangekondigde methodiek, heeft echter geen consequenties indien vast komt te staan dat de winnende inschrijver op het betreffende criterium hoe dan ook recht had op de totale maximale score ('winner takes it all'). [231](#)

Vzr. Rb. Den Haag 17 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8315.

De omstandigheid dat bij de beoordeling ten onrechte een bepaald aspect is meegewogen, heeft niet direct consequenties indien de beoordelingscommissie ook op andere (goede) gronden tot het oordeel mocht komen dat aan inschrijver niet de maximale score toekomt. Het gaat er met andere woorden om dat de uitgevoerde beoordeling nog voldoende wordt gedragen door de terecht meegewogen aspecten. [232](#)

Vzr. Rb. Den Haag 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10016.

Er worden geen nieuwe beoordelingsmodaliteiten geïntroduceerd wanneer een beoordelingscommissie zich ten behoeve van haar beoordeling laat bijstaan door een adviesteam. De in casu niet meer dan faciliterende rol van het adviesteam leidt er namelijk niet toe dat door anderen dan de beoordelingscommissie is beoordeeld en leidt er dus ook niet toe dat is afgeweken van de aangekondigde beoordelingsmethodiek. [233](#)

Vzr. Rb. Den Haag 27 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13588.

Het is de aanbestedende dienst verder geoorloofd om ten behoeve van de uit te voeren beoordeling een beoordelingsformulier vast te stellen. De omstandigheid dat de tekst in het formulier op punten afwijkt van het programma van eisen is onvoldoende om de

stelling te dragen dat bij de beoordeling is afgeweken van de aangekondigde gunningscriteria of beoordelingsmethodiek. [234](#)
Vzr. Rb. Noord-Holland 17 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11091.

Van de belangrijkste voorwaarden van de aanbesteding, waaronder de gunningscriteria, kan evenmin bij nota van inlichtingen worden afgeweken. De Voorzieningenrechter te Arnhem oordeelt dat de wijziging bij nota van inlichting van de weging van het prijs criterium van 15% naar 30% zowel in strijd is met het gelijkheidsbeginsel als de daaruit voortvloeiende transparantieplicht. In dezelfde zaak oordeelt de rechter dat een gunningssystematiek waarbij een bepaalde prijs voorwerp van onderhandeling is in een concretiseringsfase, hoe dan ook strijdigheid met het gelijkheids- en transparantiebeginsel meebrengt. De prijs moet immers bij inschrijving vast staan en mag niet pas in de loop van de aanbestedingsprocedure tot stand komen. [235](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 6 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3398.

Het voorgaande maakt echter niet dat er een totaal en absoluut verbod bestaat op het nader specificeren van criteria die in een eerder stadium bekend zijn gemaakt. Immers, het transparantiebeginsel brengt niet mee dat aanbestedende diensten vooraf precies moeten aangeven wat nodig is om de maximale score te behalen op een kwalitatief gunningscriterium. Onder omstandigheden zal het op grond van de aanbestedingsstukken duidelijk zijn dat van de inschrijver wordt verwacht in eigen bewoordingen aan te geven hoe hij aan betreffende criteria invulling zal geven op een zodanig wijze dat hij zich onderscheidt van de andere inschrijvers. [236](#)

Vzr. Rb. Den Haag 17 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8315.

Kortom, wanneer door een 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, zal voldaan zijn aan het vereiste dat de beoordelingsaspecten vooraf kenbaar zijn gemaakt. Doorslaggevend bij de beoordeling is of een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver duidelijk had (kunnen) begrijpen dat bepaalde – niet expliciet in de aanbestedingsstukken benoemde – aspecten een rol spelen bij de beoordeling. [237](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 14 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9549.

Uit het voorgaande volgt ook dat geen nieuwe criteria worden gehanteerd die vooraf niet aan de inschrijvers bekend zijn gemaakt wanneer bij de beoordeling van een plan van aanpak vraagtekens worden geplaatst bij de planning terwijl uit de stukken is af te leiden dat in de voorbereidingen van het veldwerk veel werkzaamheden moeten worden verricht, waarvoor overleg en afstemming met veel partijen nodig is. [238](#)

Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5830.

Ook staat het een aanbestedende dienst vrij om een bepaald (informatietechnologie)ontwerp positiever te waarderen zonder dat dat vooraf kenbaar is gemaakt door middel van een eis. Hij behoudt immers de vrijheid om bepaalde ontwerpen positiever te waarderen zolang de beoordeling afdoende gemotiveerd is en niet als apert onjuist of disproportioneel kan worden aangemerkt. [239](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 4 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:739.

Uit de enkele mededeling van de aanbestedende dienst dat de beoordeling van inschrijvingen (in casu van trajectcontrolefoto's) op dezelfde wijze plaatsvindt als bij een eerdere offerteaanvraag, terwijl de door de inschrijver ingediende (gelijke) foto's in beide aanbestedingsprocedure verschillend hebben gescoord, volgt niet dat de beoordeling van de foto's heeft plaatsgevonden in strijd met vooraf bekendgemaakte criteria. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag oordeelt dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had moeten begrijpen dat een nieuwe beoordeling, in een andere aanbestedingsprocedure, ook met toepassing van dezelfde systematiek, tot verschillende scores kan leiden, mede in verband met een wijziging in de samenstelling van het beoordelingsteam. [240](#)

Vzr. Rb. Den Haag 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10016.

De mededeling van de aanbestedende dienst dat de beoordelingstesten (op de praktijkdag) op een andere wijze worden uitgevoerd dan in eerste instantie bedacht brengt niet mee dat sprake is van een wijziging van de in de aanbestedingsstukken genoemde beoordelingsmethodiek als de aanbestedende dienst in de stukken niets heeft bepaald over de wijze waarop genoemde beoordelingstesten zouden worden uitgevoerd. De vermelding dat de praktijkproef zou worden uitgevoerd door 60-70 personen terwijl uiteindelijk 43 beoordelingsformulieren zijn ingevuld, leidt niet tot een gewijzigde toepassing van de beoordelingsmethodiek indien uit de aanbestedingsstukken genoegzaam volgt dat enkel beoordelingsformulieren zouden worden meegenomen die juist waren ingevuld. [241](#)

Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5018.

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland oordeelt dat het enkele feit dat in afwijking van de aangekondigde procedure voor de presentatieronde vijf in plaats van drie partijen worden uitgenodigd niet kan leiden tot de conclusie dat voorafgaand aan de presentaties geen grondige beoordeling heeft plaatsgevonden van de inschrijvingen of anderszins in strijd met het aanbestedingsrecht is gehandeld. De aanbesteder heeft toegelicht vijf in plaats van drie partijen te hebben uitgenodigd omdat op moment van uitnodiging voor de presentaties de beoordeling van de schriftelijke inschrijvingen nog niet was afgerond en hij inschrijvers geen voorbereidingstijd wilde ontnemen. Van belang is dat de aanbesteder naar het oordeel van de rechter voldoende

aannemelijk heeft gemaakt dat op het moment dat de presentaties werden beoordeeld, de inschrijvers individueel en collectief waren beoordeeld en de ranking op grond van die beoordeling bekend was. Dat daarmee twee partijen zijn uitgenodigd die gelet op hun score hoe dan ook niet meer in aanmerking kwamen voor de opdracht doet volgens de rechter aan zijn oordeel niet af. [242](#)

Vzr. Rb. Noord-Holland 12 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9920.

13. Technische specificaties

Artikel 2.75 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. Op grond van artikel 2.76 lid 5 Aanbestedingswet 2012 mag een aanbestedende dienst in de technische specificaties daarom niet verwijzen naar een bepaald merk/fabricaat/keurmerk enzovoorts, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is. Verwijzen naar merken/fabricaten/keurmerken is op grond van artikel 2.76 lid 6 Aanbestedingswet 2012 alleen toegestaan indien een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is én indien de verwijzing naar een bepaald merk/fabricaat/keurmerk vergezeld gaat van de woorden ‘of gelijkwaardig’.

In een voor de praktijk belangrijk arrest komt het Hof Den Bosch tot de conclusie dat de Veiligheidsregio Midden- en West-Brabant in strijd met artikel 2.75 Aanbestedingswet 2012 heeft gehandeld door in de technische specificaties te eisen dat de aan te schaffen portofoons dienen te werken met een bepaalde technologie. Dit had volgens de klagende ondernemingen tot gevolg dat alleen Motorola aan de technische specificaties zou kunnen voldoen en dat portofoons op basis van een andere technologie niet konden worden aangeboden. Het Hof Den Bosch komt in deze zaak tot de conclusie dat de keuze van de Veiligheidsregio voor een bepaalde techniek niet gerechtvaardigd kan worden, mede omdat de Veiligheidsregio onvoldoende weet te onderbouwen waarom de door haar gewenste technologie beter is dan alternatieve technologieën. [243](#)

Hof Den Bosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:479.

Een rechtvaardiging voor een bepaalde technologie wordt wel aangenomen in vier uitspraken die betrekking hebben op een Europese openbare aanbestedingsprocedure van het RIVM voor de ‘huur van geautomatiseerde en klinisch gevalideerde PCR-totaalsystemen voor het aantonen van DNA van hoogrisico genotypen van Humaan Papillomavirus (hrHPV) op klinisch en zelfafgenomen materiaal alsmede de koop en levering van bijbehorende verbruiksmaterialen alsmede onderhoud alsmede aanvullende diensten ten behoeve van bevolkingsonderzoek naar baarmoederhalskanker’. Twee ondernemingen verzetten zich in het kader van deze aanbestedingsprocedure tegen de keuze van het RIVM voor PCR-technologie, omdat deze keuze – kort gezegd – in strijd zou zijn met de artikelen 2.75 en 2.76 Aanbestedingswet 2012.

In eerste instantie worden de vorderingen afgewezen, omdat het voorwerp van de opdracht in het onderhavige geval de keuze voor de PCR-technologie rechtvaardigt in de zin van artikel 2.76 lid 5 Aanbestedingswet. In dat kader overweegt de voorzieningenrechter onder meer dat onvoldoende is gebleken dat door de keuze van het RIVM sprake is van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel of dat de mededinging op een ontoelaatbare wijze wordt geschonden, te meer nu van het RIVM niet kan worden gevergd dat zij zich bij de keuze van de voor het uitvoeren van de opdracht gewenste, naar de stand van de wetenschap thans meest optimale, werkwijze laat leiden door onderlinge concurrentie tussen potentiële inschrijvers. De slotsom is dan ook dat de keuze voor de PCR-technologie niet in strijd wordt geacht met artikelen 2.75 en 2.76 Aanbestedingswet 2012. [244](#)

Vzr. Rb. Den Haag 25 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3420; Vzr. Rb. Den Haag 25 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3422.

Deze twee uitspraken worden in hoger beroep bekrachtigd. Interessant aan deze vonnissen en arresten is dat de rechters, zowel in eerste instantie als in hoger beroep, voor wat betreft de vraag of de keuze voor de PCR-technologie toelaatbaar is, voor kort geding- begrippen zeer uitgebreid ingaan op de medisch-wetenschappelijke onderbouwingen, die uiteindelijk maken dat de keuze voor een PCR-technologie gerechtvaardigd is. [245](#)

Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1457; Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1456.

Het Universitair Medisch Centrum Utrecht (UMCU) handelt volgens de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland in strijd met de artikelen 2.75 en 2.76 Aanbestedingswet 2012 door diverse merken medische hulpmiddelen aan te besteden. Ook al had het UMCU de aanbestedingsdocumentatie aangepast, in die zin dat inschrijvers ook gelijkwaardige hulpmiddelen mochten aanbieden, toch komt de rechter tot die conclusie. De rechter concludeert in dat verband dat alternatieve producten, die niet identiek maar wel gelijkwaardig zijn, ook na wijziging van de aanbestedingsdocumentatie nog steeds geen kans maken op gunning, althans een aanmerkelijk kleinere en niet in te schatten kans. Het standpunt van het UMCU dat zij geen behoefte had aan niet-identieke producten, het standpunt dat de kosten van validatie van c.q. conversie naar nieuwe hulpmiddelen te hoog zouden zijn én het standpunt dat de patiëntveiligheid zonder validatie in gevaar zou kunnen komen, worden verworpen. Dat die kosten zo hoog kunnen oplopen is volgens de rechter vooral het gevolg van het grote aantal producten dat het UMCU in de

onderhavige procedure wenste uit te vragen. Daarnaast heeft het UMCU volgens de voorzieningenrechter niet aannemelijk gemaakt dat de kosten van validatie voor ieder product of iedere productgroep afzonderlijk zo hoog zijn dat die kosten in redelijkheid niet gemaakt kunnen worden. Kosten van validatie/conversie zijn bovendien inherent aan iedere inkoopprocedure waarbij wordt overgestapt op een ander merk. [246](#)

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685.

In een arrest van het HvJ EU stond een onderdrempelige opdracht voor de levering van computersystemen en -apparatuur centraal. In de aanbestedingsstukken werd vermeld dat de processor ten minste een Intel Core i5 GHz-processor of een gelijkwaardige processor moest zijn. Inschrijver EFS schreef in met een andere processor van het merk AMD. Deze inschrijving werd vervolgens afgewezen, omdat deze niet zou voldoen aan de technische specificaties. De aanbestedende dienst kwam tot die conclusie nadat hij bij raadpleging van de website van het merk Intel had geconstateerd dat deze fabrikant de processoren van het type Core i5 met een kloksnelheid van 3,2 GHz van de eerste en de tweede generatie niet meer produceerde en er geen ondersteuning meer voor verleende, hoewel zij in de handel nog wel verkrijgbaar waren, en dat de inmiddels door die fabrikant geproduceerde processor van hetzelfde type met een kloksnelheid van ten minste 3,2 GHz de processor van de derde generatie was. Op basis van een vergelijking met deze processor van de derde generatie, die betere prestaties leverde dan de door EFS aangeboden processor, trok de aanbestedende dienst de conclusie dat laatstgenoemde processor niet beantwoordde aan de technische specificaties van de opdracht. Binnen deze context werd de prejudiciële vraag aan het HvJ EU gesteld of een aanbestedende dienst die een technische specificatie heeft vastgesteld door verwijzing naar een product van een bepaald merk (Intel), deze specificatie bij beëindiging van productie daarvan mag wijzigen door verwijzing naar het inmiddels in productie zijnde vergelijkbare product van hetzelfde merk, dat over andere kenmerken beschikt. Gelet op het gelijkheids- en transparantiebeginsel komt het HvJ EU tot de conclusie dat het wijzigen van de technische specificaties na bekendmaking van de aankondiging van de opdracht, niet is toegestaan. Hierbij maakt het geen verschil of het onderdeel waarnaar in de specificatie wordt verwezen nog wordt geproduceerd of op de markt beschikbaar is. Dit heeft tot gevolg dat de aanbestedende dienst de door een inschrijver aangeboden inschrijving met

AMD-processoren niet had mogen afwijzen, omdat die inschrijver dan wordt afgewezen op gronden die niet in de aankondiging staan. [247](#)

HvJ EU 16 april 2015, C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228.

In een uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam kwam de aanbestedende dienst ermee weg de technische specificaties bij nota van Inlichtingen te wijzigen. De eis aangaande ‘volledig CO2-neutraal geproduceerd toilet papier’ werd in de nota van inlichtingen door de aanbestedende dienst verlaten, juist om te voorkomen dat de opdracht werd toegeschreven naar één bepaalde leverancier. Omdat deze wijziging in de technische specificaties tijdig aan alle potentiële inschrijvers bekend was gemaakt, stranden de klachten van de volledig CO2-neutraal toilet papier producerende leverancier. Van een wezenlijke wijziging van de technische specificaties, die zou moeten leiden tot een nieuwe aanbestedingsprocedure, kan evenmin worden gesproken, omdat de leverancier niet aannemelijk wist te maken dat het ging om een wijziging die, indien deze in het oorspronkelijke aanbestedingsdocument was vastgesteld, had geleid tot andere inschrijvers. De stelling dat niet-CO2 neutrale productie 20% à 30% goedkoper is, zegt in dat verband onvoldoende. [248](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 26 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:641.

Een aanbestedende dienst die in het kader van een opdracht voor het ontwerp en de realisatie van een voet-/fiets-/ruiterbrug – mogelijk onbedoeld – in de aanbestedingsstukken zijn voorkeur voor een ‘[Y]bridge Systeem’ gebaseerde entreebrug tussen de regels door heeft laten blijken (als gevolg van een bepaalde woordkeuze), wordt niet bestraft door de CvAE, omdat de aanbestedende dienst noch expliciet noch impliciet een entreebrug van een bepaald fabricaat of merk had gespecificeerd, laat staan een brug op basis van het [Y]bridge-systeem. [249](#)

CvAE 27 januari 2015, advies 190.

Doorgaans worden inschrijvingen die niet voldoen aan een of meer technische specificaties als ongeldig terzijde gelegd. Desalniettemin lijkt het HvJ EU aanbestedende diensten de mogelijkheid te bieden om ‘de mate waarin de door de inschrijvers voor een overheidsopdracht ingediende inschrijvingen voldoen aan de in de aanbestedingsstukken neergelegde vereisten’ (bedoeld worden de technische specificaties), als gunningscriterium te hanteren. Hoe dit arrest precies geïnterpreteerd dient te worden is ons niet duidelijk, nu het niet voldoen aan vereisten in principe in onze optiek dient te leiden tot een ongeldigverklaring van de inschrijving. [250](#)

HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166.

Regelmatig schrijven aanbestedende diensten in de aanbestedingsdocumentatie voor dat inschrijvers bij inschrijving akkoord dienen te gaan met de technische specificaties (vaak geduid in een programma van eisen). Indien een inschrijver hier niet mee akkoord

gaat, wordt een inschrijving normaliter ongeldig verklaard of wordt de inschrijver uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure. Gaat een inschrijver wel akkoord met de technische specificaties, dan dient die inschrijver normaal gesproken pas bij de uitvoering van de overeenkomst te voldoen aan de gestelde technische specificaties. Instemming met de technische specificaties, betekent dus niet dat de inschrijver reeds op het moment van inschrijven producten/diensten moet (kunnen) leveren die voldoen aan de eisen, tenzij dat expliciet is bepaald. Technische specificaties zijn in die zin dus uitvoeringseisen, waarop een inschrijver, indien hij akkoord gaat met de eisen, op het moment van inschrijven nog niet kan worden afgerekend, tenzij er op voorhand gegronde aanwijzingen zijn dat een inschrijver, ondanks ondertekening van de akkoordverklaring, te zijner tijd niet zal kunnen nakomen.²⁵¹

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 11 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7003.

Vermeldingswaard tot slot is een arrest van het HvJ EU waarin een vestigingseis aan de orde was. Uit dit arrest blijkt dat aanbestedende diensten in beginsel niet mogen voorschrijven dat de dienstverlener in een bepaald gebied (gemeente) gevestigd moet zijn. Artikel 23 lid 2 Richtlijn verzet zich tegen een dergelijke vestigingseis.²⁵²

HvJ EU 22 oktober 2015, C-552/13, ECLI:EU:C:2015:713.

14. Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden

In 2015 zijn er weinig zaken verschenen waarin bijzondere uitvoeringsvoorwaarden (als bedoeld in artikel 2.80 Aanbestedingswet 2012) centraal staan. In twee arresten komen dit soort bijzondere voorwaarden aan de orde. Een eerste arrest is afkomstig van het HvJ EU en betreft de vraag of in het kader van een aanbestedingsprocedure een eis kan worden gesteld met betrekking tot het aan het uitvoerend personeel te betalen minimumloon. Het HvJ EU bepaalt in dat verband dat artikel 26 Richtlijn (artikel 2.80 Aanbestedingswet 2012 is het nationale equivalent) zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een regionale entiteit van een lidstaat, waarbij inschrijvers en hun onderaannemers worden verplicht zich in een bij hun inschrijving te voegen verklaring ertoe te verbinden om een bij die wettelijke regeling vastgesteld minimumloon te betalen aan het uitvoerend personeel. Ook verzet dit artikel zich niet tegen een regeling die bepaalt dat inschrijvers en hun onderaannemers worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure, wanneer zij weigeren om een dergelijke verklaring in te dienen.²⁵³

HvJ EU 17 november 2015, C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760.

In een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden draait het om een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de inhuur van nautisch personeel. Deze zaak biedt helaas geen nieuwe inzichten ten aanzien van het begrip bijzondere uitvoeringsvoorwaarden als zodanig, maar betreft veeleer de vraag of de inschrijving van inschrijver Tempo-Team geldig is, gelet op het door haar aangeboden percentage voor social return.²⁵⁴

Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 14 juli 2015, 200.169.250, n.n.g.

15. Toetsing overig handelen aanbestedende dienst

a. Marktconsultatie

Er is geen regel in het aanbestedingsrecht waaruit een plicht voor een aanbestedende dienst voortvloeit om alle potentiële inschrijvers voor een marktconsultatie uit te nodigen. Dat twee inschrijvers in de daaropvolgende aanbestedingsprocedure in een voordeliger positie hebben verkeerend en er dus vervalsing van de mededinging heeft plaatsgevonden vanwege het enkele feit dat de aanbestedende dienst met die twee inschrijvers informatie heeft uitgewisseld in het kader van de marktconsultatie, is niet aan de orde op het moment dat die informatie ook in de aanbestedingsstukken is opgenomen.²⁵⁵

Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943.

b. Belangenverstrengeling/voorkennis/level playing field

Als een verliezend inschrijver objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan de onpartijdigheid van een deskundige van de aanbestedende dienst kan worden betwijfeld – in casu met name de omstandigheid dat specialisten van de winnende inschrijver en drie van de zes deskundigen die het bestek hadden opgesteld en de inschrijvingen hadden beoordeeld samen aan dezelfde universiteit werken – waardoor belangenverstrengeling aan de orde zou kunnen zijn, dan is het aan de aanbestedende dienst om nader onderzoek te verrichten.²⁵⁶

Vzr. Rb. Den Haag 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11785; Vzr. Rb. Den Haag 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1178; CvAE 26 maart 2015, advies 197.

Bijvoorbeeld door de winnende inschrijver te verzoeken om informatie en bewijsmateriaal te verstrekken.²⁵⁷
HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166.

Anders is het als een lid van de beoordelingscommissie in het verleden met een van de inschrijvers heeft samengewerkt. Hoewel dat niet per definitie partijdigheid hoeft op te leveren, dienen alleen al het risico en de schijn van partijdigheid te worden vermeden. Het is om die reden terecht dat het lid van de beoordelingscommissie zich terugtrekt uit de procedure, aldus de voorzieningenrechter. [258](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 1 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1477; anders CvAE 7 april 2015, advies 111.

Er bestaat geen absolute verplichting voor aanbestedende diensten om inschrijvers die in een belangenconflict verkeren systematisch uit te sluiten, omdat een dergelijke uitsluiting niet gerechtvaardigd is in gevallen waarin kan worden aangetoond dat die situatie geen gevolgen heeft gehad voor hun handelwijze in het kader van de aanbestedingsprocedure en geen reëel gevaar oplevert voor praktijken die de mededinging tussen de inschrijvers kunnen vervalsen. Als een inschrijver dan ook betrokken is geweest bij het opstellen van documenten in een andere aanbestedingsprocedure en deze documenten nadien worden benut in een volgende aanbestedingsprocedure, terwijl dat voor die inschrijver geen voordeel oplevert, staat niets aan gunning in de weg. [259](#)

Gerecht 13 oktober 2015, T-403/12, ECLI:EU:T:2015:774.

Dat is eveneens het geval als een inschrijver eerder een op onderdelen vergelijkbare opdracht voor de aanbestedende dienst heeft uitgevoerd. Dat betekent namelijk nog niet dat in dat geval sprake is van voorkennis ten aanzien van een nieuwe opdracht. De voorzieningenrechter oordeelt dat ervan uit moet worden gegaan dat met de aanbestedingsleidraad en de nota van inlichtingen alle inschrijvers over dezelfde informatie beschikken. [260](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9316; Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1689; dit vonnis is bekrachtigd in hoger beroep: Hof Arnhem-Leeuwarden 13 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7792.

Mocht een inschrijver, die de betreffende opdracht nog niet eerder heeft uitgevoerd, nadere informatie over die opdracht nodig hebben, dan is het aan die partij om via de nota van inlichtingen informatie in te winnen die voor het doen van een inschrijving van belang wordt geacht. Op de zittende opdrachtnemer rust in ieder geval volgens het hof geen spontane plicht om aan alle afzonderlijke inschrijvers buiten de aanbestedende dienst om inlichtingen over de betreffende opdracht te verstrekken. [261](#)
Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7950.

Het feit dat sommige inschrijvers in geval van heraanbesteding een kennisvoorsprong hebben, omdat zij van de aanbestedende dienst een schriftelijke motivering hebben ontvangen en de redenen kennen waarom zij op bepaalde onderdelen hoger dan wel lager hebben gescoord dan de winnende inschrijvers, betekent nog niet dat heraanbesteding zonder meer onrechtmatig zou zijn. Omdat het gunningsdocument tegenstrijdigheden bevat, waardoor de beginselen van het aanbestedingsrecht niet voldoende gewaarborgd kunnen worden, dient volgens de Arnhemse Voorzieningenrechter het belang bij heraanbesteding vanwege de inconsistentie in het document zwaarder te wegen dan het belang van die winnende inschrijvers om vanwege een mogelijke informatie-/kennisvoorsprong bij andere inschrijvers hiervan af te zien. [262](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3676; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3991.

De Haagse Voorzieningenrechter overweegt in een andere situatie dat een inschrijver een ongeoorloofde kennisvoorsprong op de overige inschrijvers zou krijgen als de rechter een oordeel zou geven over de ongeldigheid van diens inschrijving op die onderdelen die in de heraanbesteding ongewijzigd blijven. Alle inschrijvers waren namelijk ongeldig verklaard, omdat zij verschillende producten niet besteksconform hadden aangeboden. Als de rechter zou oordelen over de besteksconformiteit van de betreffende producten van die inschrijver, dan wordt daarmee in de heraanbesteding een voorsprong op de andere inschrijvers gecreëerd. [263](#)

Vzr. Rb. Den Haag 11 juni 2015, C/09/486180/KG ZA 15-450, n.n.g.

c. Beoordelings- en beleidsvrijheid aanbestedende dienst en beoordelingscommissie

Uit de jurisprudentie volgt dat aanbestedende diensten niet alleen bij vaststelling van emvi-criteria, maar ook bij beoordeling en waardering van de inschrijvingen op de gunningscriteria, een ruime discretionaire bevoegdheid toekomt. [264](#)

HvJ EU 26 maart 2015, C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204; Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413; Vzr. Rb. Amsterdam 15 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3965; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2586; Vzr. Rb. Den Haag 1 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6991; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 30 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2952; Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1689; Vzr. Rb. Amsterdam 26 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3654; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 23 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2500; Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 13 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7792.

Daarbij hoort een marginale toetsing van de rechter. Hetzelfde is van toepassing ten aanzien van de toetsing van geschiktheidseisen

(in casu een referentie-eis).²⁶⁵

Vzr. Rb. Rotterdam 10 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7708.

De discretionaire bevoegdheid van aanbestedende diensten brengt, zoals gezegd, een zekere mate van subjectiviteit bij de beoordeling mee, met name voor wat betreft de beoordeling op kwaliteitscriteria. Deze subjectiviteit staat weliswaar enigszins op gespannen voet met de objectieve beoordelingsystematiek van het aanbestedingsrecht en de daarop toepasselijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling, maar het hoeft op zichzelf nog niet met zich te brengen dat ook daadwerkelijk sprake is van strijd met dat recht c.q. die beginselen.

Uit de jurisprudentie volgt dat voorzieningenrechters in verband met de discretionaire bevoegdheid van aanbestedende diensten slechts ruimte zien voor ingrijpen wanneer sprake is van aperte – procedurele dan wel inhoudelijke – onjuistheden c.q. onduidelijkheden die zouden kunnen meebrengen dat de (voorlopige) gunningsbeslissing niet deugt.²⁶⁶

Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5830; Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1689; Vzr. Rb. Den Haag 15 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5561; Vzr. Rb. Amsterdam 15 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3965; Vzr. Rb. Den Haag 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10016; Vzr. Rb. Amsterdam 18 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3966; Vzr. Rb. Amsterdam 4 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:739; Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 12 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1375; Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 18 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8087.

Het Hof Den Haag stelt voorop dat de rechter bij de toetsing van een gunningsbeslissing, die in belangrijke mate is gebaseerd op een beoordeling door een onafhankelijke commissie van de antwoorden op open vragen, de beoordelingsvrijheid van een dergelijke commissie moet respecteren en alleen behoort in te grijpen wanneer de procedure- en beoordelingsvoorschriften niet in acht zijn genomen, de feiten niet juist zijn vastgesteld of er sprake is van een kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid. Bij dit uitgangspunt past volgens het hof een terughoudende opstelling bij de beoordeling van de uitgevoerde beoordeling.²⁶⁷

Hof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:823; Vzr. Rb. Den Haag 1 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3655. De rechter kan de beoordeling door de aanbestedende dienst, waaronder de puntenscoring en motivering, dus slechts marginaal toetsen.²⁶⁸

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 10 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2586; Hof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:823; Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 5 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3941; Vzr. Rb. Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:620; Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 28 januari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:271; Vzr. Rb. Den Haag 27 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2063; Vzr. Rb. Den Haag 9 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2523; Vzr. Rb. Den Haag 6 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1124; Vzr. Rb. Den Haag 15 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5561.

De marginale toetsing houdt volgens de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant in dat wordt beoordeeld of de door de aanbesteder uitgevoerde beoordeling genoegzaam is gemotiveerd, in het licht van de motivering en de aanbestedingsstukken. Het is aan partijen om de nodige informatie te overleggen om de rechter in staat te stellen tot een andersluidend oordeel te kunnen komen.²⁶⁹

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028.

Met andere woorden, de rechter mag niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten.²⁷⁰

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 29 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5736; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 16 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:279.

De gedachte bij dit beoordelingskader is dat van de rechter niet kan worden verlangd dat hij specifieke deskundigheid bezit op het gebied van het onderwerp van de opdracht. Dit beoordelingskader kan onder omstandigheden ook van toepassing zijn ten aanzien van private aanbesteders die niet zijn aan te merken als publiekrechtelijke instellingen in de zin van de Aanbestedingswet 2012.²⁷¹ Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 27 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1327.

Het Hof Den Haag oordeelt dat een terughoudende opstelling bij de toetsing van een uitgevoerde beoordeling des te meer op zijn plaats is wanneer een goed cijfer is toegekend (8/10) en het verschil met de hoogst haalbare score subtiel is. Het hof ziet in dat geval slechts ruimte voor ingrijpen indien het onbegrijpelijk moet worden geacht dat er geen hogere score is toegekend.²⁷²

Hof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:823.

Uit het voorgaande volgt wel dat de lat voor het bewijzen van onrechtmatig handelen door en aansprakelijkheid van de aanbestedende dienst jegens de lager scorende inschrijver over het algemeen hoog ligt. Toepassing van het hiervoor beschreven toetsingskader leidt in een zaak over een aanbesteding voor openbaar vervoer op afroep tot het volgende oordeel. De beoordelingscommissie heeft zich weliswaar te houden aan de aangekondigde gestaffelde puntentelling, waarbij het maximum aantal punten alleen wordt toegekend ingeval alle punten volledig zijn beantwoord en relevante voorstellen worden geboden voor het extra waarborgen van de kwaliteit, maar dit betekent nog niet dat de beoordelingscommissie niet zou mogen besluiten om dat

maximum aantal punten toe te kennen aan een plan dat alle punten volledig beantwoordt en op al die punten relevante voorstellen biedt voor de extra waarborging van de kwaliteit, terwijl zij daarnaast ook minder of niet positieve factoren signaleert. [273](#)

Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 18 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7721; Vzr. Rb. Den Haag 27 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2063.

De beoordeling van de beoordelingscommissie dat op trajectcontrole foto's, de contouren van de auto's en de letters op de nummerplaten onvoldoende duidelijk naar voren komen, is volgens de Haagse Voorzieningenrechter bij uitstek een beoordeling die is voorbehouden aan de beoordelingscommissie. Dat de inschrijver het met de beoordeling van de beoordelingscommissie niet eens is, omdat sprake zou zijn van een feitelijk onjuiste en misplaatste beoordeling, doet daar niet aan af. [274](#)

Vzr. Rb. Den Haag 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10016.

De voorzieningenrechter zal zich in beginsel niet uitspreken over de samenstelling van de beoordelingscommissie omdat aanbesteders, ook ingeval van private aanbestedingen, in beginsel vrij zijn om hun beoordelingsteam naar eigen verkiezing samen te stellen. Dat zou alleen anders zijn indien sprake zou zijn van bijzondere redenen. [275](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 27 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1327.

Indien de stelling dat de beoordeelaars geen materiedeskundigen zijn louter op een vermoeden berust en niet voldoende is onderbouwd, terwijl de deskundigheid wel door de aanbestedende dienst gemotiveerd is onderbouwd, zal aan die stelling voorbij worden gegaan. [276](#)

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 3 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5473.

Het aanbestedingsrecht staat er niet aan in de weg dat de door de inschrijvers ingediende inschrijvingen ongeldig worden verklaard op de enkele grond dat de gekozen inschrijver nauwe banden had met door de aanbestedende dienst aangewezen deskundigen die de inschrijving hebben beoordeeld. Naar het oordeel van het HvJ EU rust op aanbestedende diensten de verplichting om na te gaan of er eventueel sprake is van een belangenconflict en dient de aanbestedende dienst passende maatregelen te nemen om dergelijke conflicten te voorkomen, te onderkennen en, in voorkomend geval, te beëindigen. [277](#)

HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166.

Een beoordelingsmethodiek met als onderdeel een praktijktest waarbij de beoordeling plaatsvindt door personeel van de aanbestedende dienst in plaats van los van partijen staande deskundige derden noemt de Voorzieningenrechter te Den Bosch vanuit het perspectief van het aanbestedingsrecht 'minder gelukkig' omdat daarmee twijfel kan rijzen over de objectiviteit van de beoordeling. Uiteindelijk loopt het in die zaak met een sisser af, omdat geoordeeld wordt dat de beoordelingsmethodiek op grond van rechtsverwerking niet meer ter discussie kan worden gesteld. [278](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 11 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1378.

Bij behandeling van de zaak in hoger beroep oordeelt het hof anders. Het hof oordeelt dat de aanbestedende dienst voldoende maatregelen heeft getroffen om ervoor te zorgen dat het eigen personeel zou komen tot een objectieve beoordeling en ook daartoe is gekomen, en dat het daarbij de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht heeft genomen. Genoemde maatregelen bestaan kort gezegd uit het geven van de nodige instructies ten aanzien van de scoretoekenning op de verschillende relevante punten. Bevestigd wordt in ieder geval dat het hanteren van eigen personeel als beoordelingscommissie niet per definitie ongeoorloofd is. [279](#)

Hof Den Bosch 29 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3801.

Indien ondanks de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende dienst wordt geoordeeld dat de aanbestedende dienst ten aanzien van een gunningscriterium apert onjuist heeft geoordeeld, of een partij ten onrechte is uitgesloten, zal de betreffende inschrijver belang hebben bij herbeoordeling. Deze herbeoordeling zal moeten worden uitgevoerd door een nieuwe beoordelingscommissie (waarvan de leden niet betrokken zijn geweest bij de eerdere beoordeling) ten aanzien van het betreffende gunningscriterium en voor alle inschrijvingen. [280](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 6 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3380; Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 18 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7308.

Er is alleen plaats voor een herbeoordeling als het te beoordelen object aan de invloed van partijen onttrokken en statisch is. Is bijvoorbeeld sprake van een papieren plan dat bij de aanbesteding is ingeleverd en (op onderdelen) door deskundigen dient te worden beoordeeld, dan is een herbeoordeling mogelijk. Indien echter de te beoordelen voertuigen niet bij de aanbestedende dienst staan maar deze door inschrijvers na afloop van een praktijktest weer zijn meegenomen, dan kan een vordering tot herbeoordeling niet worden toegewezen. Immers, zou dat anders zijn, dan zouden inschrijvers invloed op de nieuwe praktijktest kunnen uitoefenen door bijvoorbeeld wijzigingen aan te brengen in het te testen voertuig, hetgeen zich niet verdraagt met de

beginselen van het aanbestedingsrecht. Het oorspronkelijk object van de praktijktest is er dan niet meer en van een herbeoordeling (in eigenlijke zin) kan dan ook geen sprake zijn. [281](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 11 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1378.

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

a. (Niet-)besteksconform

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 de aanbestedingsrechtelijke beginselen. [282](#)

Vzr. Rb. Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4806; Vzr. Rb. Den Haag 10 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4824.

Ongeldigverklaring kan echter pas aan de orde zijn als de eisen transparant (en proportioneel) zijn dan wel er een duidelijke sanctie staat op het niet (volledig) voldoen aan die eisen. [283](#)

Vzr. Rb. Den Haag 18 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5996; Vzr. Rb. Noord-Holland 2 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4407; Hof Den Bosch 14 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2666.

In het kader van deze transparantiebeoordeling wordt doorgaans de zogenaamde CAO-norm gehanteerd:

“Volgens vaste jurisprudentie dient bij de uitleg van een aanbestedingsdocument acht te worden geslagen op de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van, in beginsel, alle aanbestedingsstukken. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld. De bedoelingen van de aanbestedende dienst zijn daarbij dus niet van belang, tenzij deze bedoelingen uit de aanbestedingsdocumenten en de toelichting kenbaar zijn.” [284](#)

Vzr. Rb. Den Haag 18 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3794. Zie ook: Vzr. Rb. Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4806; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 9 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2032; Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Assen 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4061; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 8 september 2015, C/05/287446/KG ZA 15-391, n.n.g.; Vzr. Rb. Rotterdam 10 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7708; Vzr. Rb. Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12830; Rb. Amsterdam 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9752; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7717.

De Amsterdamse Voorzieningenrechter overweegt in dit verband dat de tekst in de aanbestedingsdocumentatie duidelijk moet zijn, waarbij geldt dat een gegadigde (bedoeld zal zijn: inschrijver) de eisen bij een aanbesteding mag en dient te lezen in onderling verband en op een wijze zoals een behoorlijk geïnformeerde en normaal handelende inschrijver dat zou doen. [285](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 4 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:739. Vgl. ook: Vzr. Rb. Den Haag 25 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11606.

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. [286](#)

Vzr. Rb. Den Haag 18 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5996; Vzr. Rb. Den Haag 22 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5915.

De fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht brengen mee dat geen acht mag worden geslagen op (bewijs)stukken waarvan objectief kan worden vastgesteld dat deze dateren van na de uiterste aanmeldings- of inschrijvingstermijn. [287](#)

Vzr. Rb. Den Haag 23 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15583.

Bovendien moet elke aanbestedingsprocedure, vanwege voornoemde beginselen, op haar eigen merites worden beoordeeld. Andere aspecten, zoals de omstandigheid dat andere ziekenhuizen kennelijk naar tevredenheid gebruik maken van de producten van een inschrijver, kunnen en mogen géén rol spelen bij de beoordeling. [288](#)

Vzr. Rb. Den Haag 25 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11606.

Het voorgaande betekent ook dat het tijdstip waarnaar de geldigheid van een referentie moet worden beoordeeld, het tijdstip van inschrijving is; met nadien gerealiseerde omzet kan en mag geen rekening worden gehouden. [289](#)

Hof Den Haag 10 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:147.

Behoudens voldoende aanwijzingen voor het tegendeel gaat de rechter ervan uit dat de aanbestedende dienst de inschrijving zorgvuldig op geldigheid heeft beoordeeld. [290](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:620. Vgl. ook: Vzr. Rb. Den Haag 17 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8315.

Het uiten van (ernstige) twijfels en/of vermoedens door een concurrent is niet voldoende om tot de conclusie te komen dat de winnende inschrijver niet aan de (geschiktheids)eisen voldoet.²⁹¹

Vzr. Rb. Den Haag 17 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8315; Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 18 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9066.

De aanbestedende dienst mag in beginsel vertrouwen op (de juistheid van) hetgeen door de inschrijver schriftelijk is ingediend (verklaard). Dat neemt echter niet weg dat op de aanbestedende dienst ook een eigen (zelfstandige) verificatieplicht kan rusten, met name wanneer er gereede twijfel is ten aanzien van een onderdeel van de inschrijving.²⁹²

Vzr. Rb. Noord-Holland 2 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4407. Vgl. ook: Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 11 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7003.

Uit een arrest van het HvJ EU blijkt dat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting de aanbestedende dienst (vanzelfsprekend) verbieden om een inschrijving die aan de in de aankondiging gestelde eisen voldoet, af te wijzen op gronden die niet in die aankondiging staan.²⁹³

HvJ EU 16 april 2015, C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228.

In 2013 signaleerden wij dat sinds de arresten van de Hoge Raad 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. 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 wel.

Deze rechtsregel werd in 2013 en 2014 al vrij consequent toegepast en deze lijn wordt in 2015 doorgezet. Wil (moet)²⁹⁴

Het beginsel van gelijke behandeling dient te prevaleren boven eventueel opgewekt vertrouwen. Vgl. Vzr. Rb. Den Haag 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12824.

een aanbestedende dienst zich na de communicatie van de voorlopige gunningsbeslissing alsnog beroepen op de ongeldigheid van een inschrijving, dan zal hij die beslissing in principe eerst moeten intrekken en een nieuwe beslissing moeten communiceren, met daarbij een nieuwe standstill-termijn.²⁹⁵

Vzr. Rb. Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4806.

Hoewel een dergelijke gang van zaken de nodige vragen kan oproepen over de bij de eerste beoordeling toegepaste zorgvuldigheid, volgt daaruit niet dat de (gestelde) schending van het zorgvuldigheidsbeginsel alsnog zou moeten leiden tot (definitieve) gunning aan een inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan. Dat zou immers in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel, hetgeen temeer klemt als een andere inschrijver in de procedure is tussengekomen, zo overweegt de Haagse Voorzieningenrechter.²⁹⁶

Vzr. Rb. Den Haag 10 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4824.

Uit een arrest van het Hof Den Bosch lijkt overigens te moeten worden afgeleid dat de partij die zich aan de kant van de aanbestedende dienst heeft gevoegd, zich er niet met succes op kan beroepen dat de inschrijving van een concurrent alsnog ongeldig moet worden verklaard:

*“Dit betoog verwerpt het hof. Wat Hala (en de Gemeenten) in dit geding op dat punt hebben aangevoerd is onvoldoende voor de (voorlopige) conclusie dat er sprake is geweest van een ongeldige inschrijving, nu gesteld noch gebleken is dat de beweerde gebreken zijn te herleiden tot uitsluitingsgronden, die ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de Offerteaanvraag zijn opgenomen (HR 7 december 2012, «JAAN» 2013/6), nog daar gelaten dat de rechter in beginsel een vordering niet kan toewijzen op gronden die door een gevoegde partij zijn aangevoerd, maar door de partij aan wiens zijde de voeging plaatsvond, zelf niet konden worden ingeroepen (HR 6 november 2015, ECLI 2015:3241).”*²⁹⁷

Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943.

In geval van tussenkomst ligt dat (kennelijk) anders.²⁹⁸

Vzr. Rb. Den Haag 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12824.

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. De inschrijver van wie de inschrijving terecht terzijde is gelegd, heeft volgens de Haagse Voorzieningenrechter géén belang bij een vordering strekkende tot ongeldigverklaring van de inschrijving van zijn concurrent, aangezien toewijzing van die vordering niet kan leiden tot gunning van de opdracht aan hem. [299](#)

Vzr. Rb. Den Haag 7 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10546.

Daarbij was overigens van belang dat de aanbestedende dienst had aangegeven alsnog tot ongeldigverklaring van de inschrijving van die concurrent te zullen overgaan, omdat zij haar inschrijving niet gestand kon doen.

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 (nadat een herstelmogelijkheid is geboden nog steeds) [300](#)

Vzr. Rb. Den Haag 23 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15583.

niet voldoen aan de gestelde ervaringseisen; [301](#)

Vzr. Rb. Den Haag 1 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3660; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 8 september 2015, C/05/287446/KG ZA 15-391, n.n.g.

het niet voldoen aan een minimum-omzetsis; [302](#)

Hof Den Haag 10 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:147.

het niet voldoen aan het knock-out-(gunnings)criterium inhoudende dat in het CV twee referenties moeten worden toegevoegd; [303](#)
CvAE 10 augustus 2015, advies 89.

het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie (namelijk: het als eigen referentie opvoeren van een werk dat is uitgevoerd door een gefailliede vennootschap, waarvan het onderhanden werk uit de boedel is overgenomen, de goodwill is gekocht en een aantal werknemers in dienst is genomen, zonder daarover iets op te merken); [304](#)

Vzr. Rb. Den Haag 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12824.

het ontbreken van de geëiste VOGGrp (in het kader van een inkoopprocedure van het Achmea Zorgkantoor); [305](#)

Vzr. Rb. Den Haag 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12472.

het in het kader van een meervoudig onderhandse procedure niet beschikken over het geëiste VCA**-certificaat of een vergelijkbaar certificaat (het accepteren van andere bewijzen inzake gelijkwaardige maatregelen is volgens de rechter gezien de toepasselijke procedure en de gestelde eisen niet toegestaan); [306](#)

Vzr. Rb. Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15466.

het niet beschikken over de geëiste solvabiliteitsratio's; [307](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 17 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4427.

Onder andere de volgende ‘gebreken’ die verband houden met materiële/inhoudelijke eisen hadden ongeldigheid, terzijdelegging of uitsluiting van verdere deelname tot gevolg: het doen van een niet besteksconforme inschrijving; [308](#)

Vzr. Rb. Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4806; Vzr. Rb. Den Haag 10 april 2015,

ECLI:NL:RBDHA:2015:4824; Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 2 september 2015,

ECLI:NL:RBNNE:2015:4135; Vzr. Rb. Den Haag 25 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11606; Hof Den Haag 6

oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2610; Vzr. Rb. Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12830; Rb.

Amsterdam 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9752; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 20 oktober 2015,

ECLI:NL:RBGEL:2015:7717.

het doen van een voorwaardelijke inschrijving (omdat daaraan als voorwaarde de door X gegeven uitleg aan de bestekspost is verbonden); [309](#)

Hof Den Haag 24 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3202.

het niet voldoen aan bepaalde randvoorwaarden; [310](#)

Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 22 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2973.

het opgeven van onjuiste (niet met de geoffreerde kortingspercentages corresponderende) scoringspercentages; [311](#)

Vzr. Rb. Den Haag 20 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15459.

het doen van een niet kostendekkende aanbieding (handelen in strijd met artikel 01.01.03 Standaard RAW 2010 doordat in de inschrijfstaat in de prijs per eenheid niet alle kosten zijn begrepen die voor het tot stand brengen van de resultaatsverplichting moeten worden gemaakt); [312](#)

Vzr. Rb. Den Haag 12 februari 2015, C/09/479579/KG ZA 14-1548, n.n.g., bevestigd in hoger beroep: Hof Den Haag 24

november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3202; Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4135.

het in strijd met artikel 01.01.03 Standaard RAW 2010 opnemen van uitvoeringskosten in de eenheidsprijzen; [313](#)

Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5753.

het aanbieden van deelprijzen die niet reëel zijn, terwijl het bestek dat wel voorschrijft; [314](#)

Vzr. Rb. Den Haag 18 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3794.

het bij de inschrijving ontbreken van het geëiste plan van aanpak; [315](#)

Vzr. Rb. Den Haag 22 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5915.

het behalen van een onvoldoende op een van de (sub)gunningscriteria; [316](#)

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 5 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3941; Vzr. Rb. Den Haag 7 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10546; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 25 september 2015,

ECLI:NL:2015:5567; Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 21 oktober 2015, C/16/398098/KG ZA 15-598, n.n.g. het wijzigen van twee stelposten naar een lager bedrag, terwijl de aanbestedende dienst die posten voor alle inschrijvers op een bepaald (hoger) bedrag heeft vastgesteld; [317](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4570.

het (onbedoeld) wijzigen van het prijzenblad, ook al heeft dat slechts geringe gevolgen; [318](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7293.

het niet voldoen aan een knock-out-criterium in verband met de betrouwbaarheid van de aangeboden psychologische tests; [319](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 13 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5279.

het indienen van een aanbiedingsontwerp dat afwijkt van de eisen in de vraagspecificatie; [320](#)

Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Assen 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4061.

het indienen van een plan van aanpak waarin zodanige verkeersmaatregelen worden voorgesteld dat niet wordt voldaan aan de vraagspecificatie. [321](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 15 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6551.

Het aanbieden van een boring in het plan van aanpak als onderdeel van de inschrijving, terwijl het bestek uitgaat van het ingraven van duikers als uitvoeringsmethode, leidt in een specifieke situatie overigens niet tot ongeldigheid, maar tot het toekennen van nul punten (géén meerwaarde) op het desbetreffende subonderdeel. [322](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 17 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1379.

Tot slot enkele zaken waarin een min of meer formeel gebrek tot ongeldigheid, terzijdelegging of uitsluiting van verdere deelname leidde: het indienen van de inschrijving via TenderNed, terwijl in de Nota van Inlichtingen – in afwijking van het Kerndocument – uitdrukkelijk is bepaald dat de inschrijving bij de receptie van de aanbestedende dienst moet worden afgegeven; [323](#)

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 8 april 2015, ECLI:NL:2015:2610.

het niet tijdig via TenderNed (of een ander aanbestedingsplatform) indienen van de inschrijving. [324](#)

CvAE 9 april 2015, advies 57; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 14 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2162;

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 23 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2603; Vzr. Rb. Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3342.

b. Toelichting, verduidelijking, aanvulling en fouterstel

Uitgangspunt is, zoals wij hierboven al opmerkten, dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling moet uitgaan van de inschrijving zoals deze bij het sluiten van de inschrijvingstermijn is ontvangen. [325](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 14 juli 2015, 200.169.250, n.n.g.; Vzr. Rb. Rotterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2483.

De inschrijver is zelf verantwoordelijk voor de volledigheid van zijn inschrijving. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog wijzigt of aanvult. Volgens vaste rechtspraak kan daarop slechts in uitzonderlijke gevallen een uitzondering worden gemaakt. Namelijk, indien een inschrijving klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeft, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits de wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld, en er geen ongeldigheids sanctie op het gebrek is gesteld. [326](#)

Vzr. Rb. Den Haag 22 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5915; Vzr. Rb. Den Haag 25 april 2015,

ECLI:NL:RBDHA:2013:19683; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4570;

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 18 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7308.

Daarbij gaat het om een bevoegdheid van de aanbestedende dienst, niet om een verplichting. Volgens de Rotterdamse rechter is het niet snel denkbaar dat het misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW) kan opleveren als een aanbestedende dienst weigert een bevoegdheid uit te oefenen. [327](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3342.

Het Hof Den Haag oordeelt dat de aanbestedende dienst het fundamentele beginsel van gelijke behandeling miskent als hij een inschrijver in de gelegenheid stelt zijn inschrijving na de indiening te wijzigen. Daarop is slechts onder zeer specifieke

omstandigheden een uitzondering toegestaan, namelijk als buiten kijf staat dat sprake is van een kennelijke vergissing.³²⁸

Hof Den Haag 7 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1863. Het hof bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter: Vzr. Rb. Den Haag 10 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4824.

Echter, omdat partijen juist daarover twisten, was géén sprake van een kennelijke vergissing en had de aanbestedende dienst appellante dus ook niet in staat behoeven te stellen om haar inschrijving aan te passen.

Het Hof Den Bosch overweegt dat uit het SAG-arrest³²⁹

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

blijkt dat een aanbestedende dienst gegadigden in beginsel (ook) niet kan vragen om een nadere precisering van hun inschrijving en dat van dat uitgangspunt slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden afgeweken.³³⁰

Hof Den Bosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:618.

Voor afwijking was in deze zaak geen plaats. In de aanbestedingsstukken was namelijk uitdrukkelijk bepaald dat de inschrijver een percentage voor social return moet bepalen. Het is dan niet aan de aanbestedende dienst om, wanneer er geen percentage is opgegeven, uit de door de desbetreffende inschrijver wel verstrekte gegevens af te leiden welk percentage hij opgegeven wenst te zien. Uit de door hem verstrekte gegevens kon bovendien niet met voldoende helderheid worden afgeleid met welk percentage hij bedoelde in te schrijven. Vanwege de kennelijk mogelijke uiteenlopende interpretaties van de verstrekte gegevens, die leiden tot verschillende te hanteren percentages (en dus tot een uiteenlopend puntenaantal), kan volgens het hof voorshands niet worden gezegd dat sprake is van een eenvoudige precisering als in het SAG-arrest bedoeld. De aanbestedende dienst was onder deze omstandigheden dus niet gehouden opheldering te vragen. Overigens wordt in deze zaak terecht overwogen dat het in het SAG-arrest neergelegde oordeel niet alleen gelding heeft voor de niet-openbare aanbesteding (zoals aan de orde in SAG), maar ook voor de openbare. Immers, ook voor een openbare aanbesteding geldt dat na de inschrijving deze in beginsel niet meer mag worden aangepast.

De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verplichten ertoe dat de aanbestedende dienst de door henzelf vastgestelde regels nauwgezet in acht neemt. Dit betekent dat hij gehouden is om een marktdeelnemer uit te sluiten die een stuk of gegeven, dat volgens de aanbestedingsdocumenten op straffe van uitsluiting moet worden overgelegd, niet heeft verstrekt. Dit volgt uit het Manova-arrest.³³¹

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

Een van de andere algemene beginselen van aanbestedingsrecht is het evenredigheidsbeginsel. Volgens het Hof Den Haag geldt dit beginsel voor alle fasen van de aanbestedingsprocedure en brengt dit onder meer mee dat de reactie van de aanbestedende dienst op een verzuim van een inschrijver in verhouding moet staan tot dat verzuim.³³²

Hof Den Haag 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1588. Het hof bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter: Vzr. Rb. Den Haag 18 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5996.

Het gaat daarbij niet om de disproportionaliteit van een gestelde eis als zodanig, maar om de toepassing van die eis in een concreet geval. Vervolgens wordt geoordeeld dat het terzijde leggen van de inschrijving van geïntimeerde disproportioneel is. Hoewel zij niet via TenderNed had ingeschreven, had zij haar inschrijving wel (tijdig) op twee van de drie voorgeschreven wijzen (hard-copy en USB-stick) ingediend. Voor het oordeel van het hof is overigens relevant dat vaststond dat de documenten die tijdig in TenderNed waren geüpload i) na de inschrijvingstermijn niet meer konden worden gewijzigd, ii) in zoverre uit de macht van de inschrijver waren en iii) identiek bleken te zijn aan de inschrijving als hard-copy en op USB-stick. Volgens het hof komen de beginselen van gelijke behandeling en transparantie dan niet in het geding door de inschrijving van geïntimeerde alsnog in de beoordeling te betrekken. Aan de inschrijving verandert immers niets.

Ook in andere zaken komt de vraag aan bod of uitsluiting, dan wel ongeldigverklaring van de inschrijving, proportioneel is. Althans, of de weigering van de aanbestedende dienst om de inschrijver tot herstel toe te laten proportioneel is.

In de eerste zaak wordt deze vraag bevestigend beantwoord.³³³

Vzr. Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7293.

Volgens de rechter moet de aanleiding voor de uitsluiting namelijk geheel aan de inschrijver zelf worden toegerekend, hoe ongunstig dat ook voor hem is. Dat het waarschuwingssysteem niet werkte, was veroorzaakt doordat de eigenschappen van het prijzenblad (de formules) waren overgeschreven door de eigenschappen van het door de inschrijver ingekopieerde bestand. Voor de normaal oplettende en redelijk geïnformeerde inschrijver moet het duidelijk zijn geweest dat de aanbestedende dienst onregelmatigheden in het prijzenblad streng zou sanctioneren. Het was voor de aanbestedende dienst kennelijk van groot belang dat de tarieven daadwerkelijk met slechts twee cijfers achter de komma worden ingevuld en dat is in de aanbestedingsstukken duidelijk kenbaar gemaakt.

In de tweede zaak daarentegen, wordt geoordeeld dat de weigering van de gemeente om eiseres tot herstel van haar fout toe te

laten en de beslissing om de inschrijving ongeldig te verklaren, niet in verhouding staan tot de ernst van de vormfout: de geëiste Model K-verklaring was abusievelijk in de verkeerde (inschrijvings)enveloppe terechtgekomen. De gemeente wordt daarom geboden om de inschrijving van eiseres alsnog in beoordeling te nemen. Dit vonnis wordt nader besproken in paragraaf 16c van deze kroniek. [334](#)

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 18 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7308.

Hoewel dit niet met zoveel woorden uit het SAG-arrest blijkt, acht de Haagse Voorzieningenrechter voor het al dan niet mogen bieden van een herstelmogelijkheid relevant of de fout/vergissing door toedoen van de aanbestedende dienst is veroorzaakt en in zoverre in diens risicosfeer ligt. [335](#)

Vzr. Rb. Den Haag 25 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2013:19683.

Nu vaststond dat de omissies in de inschrijving van de combinatie een gevolg waren van omstandigheden die te wijten waren aan de gemeente, is naar het oordeel van de rechter sprake van een uitzonderlijk geval zoals bedoeld in het SAG-arrest. De gemeente was daarom niet alleen gerechtigd, maar ook gehouden om de eenheidsprijzen van de combinatie door te rekenen met inachtneming van de gewijzigde fictieve hoeveelheden. Met die handelwijze heeft de gemeente immers een level playing field gecreëerd en de schending van het gelijkheidsbeginsel hersteld die was ontstaan doordat niet alle inschrijvers op gelijke wijze waren geïnformeerd (enkel de bestekcopers ontvingen van de gemeente een RSX-bestand waarin werd afgeweken van fictieve hoeveelheden met betrekking tot een aantal besteksposten).

De Voorzieningenrechter te Den Bosch oordeelt terecht dat de rechtsregels voortvloeiende uit de arresten SAG en Manova op gelijke voet gelden voor aanbestedingen waarop Richtlijn 2004/17/EG van toepassing is. Het betoog van eiseres dat zij (ook) op grond van de redelijkheid en billijkheid in de gelegenheid moet worden gesteld om haar inschrijving aan te vullen, kan haar volgens deze rechter niet baten. Dit omdat de redelijkheid en billijkheid geen rol spelen in het aanbestedingsrecht. Ook een afweging tussen het belang van het speciale-sectorbedrijf bij de instandhouding van zijn besluit tot uitsluiting van eiseres en het belang van eiseres bij deelname aan de aanbestedingsprocedure, is in dit geschil niet aan de orde. In het aanbestedingsrecht gaat het, aldus nog steeds de rechter, om de vraag of de aanbestedende dienst heeft gehandeld conform de algemene beginselen in het aanbestedingsrecht, hetgeen in casu het geval is. [336](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 16 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6560.

Hoewel Afdeling 1.2.4 Aanbestedingswet 2012 geen regeling kent met betrekking tot de voorwaarden waaronder gebreken in een inschrijving, die in het kader van een meervoudig onderhandse procedure is ingediend, mogen worden hersteld, sluit de CvAE, mede vanwege het bepaalde in artikel 1.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012, aan bij de uitleg die het HvJ EU en de nationale rechters hebben gegeven aan het gelijkheidsbeginsel van artikel 2 Richtlijn. [337](#)

CvAE 10 augustus 2015, advies 89.

Vervolgens wordt geoordeeld dat de mogelijkheid is afgesneden om klager haar inschrijving te laten herstellen door haar de gelegenheid te bieden de ontbrekende gegevens aan te vullen. Die moesten namelijk aanwezig zijn in het kader van het knock-out-criterium waar het hier om ging.

Uit de hierboven aangehaalde rechtsnorm, zoals die uit het SAG-arrest en ook artikel 3.26 ARW 2012 (verduidelijking inschrijving) voortvloeit, volgt dat grote terughoudendheid is geboden bij het benaderen van een inschrijver in de periode tussen inschrijving en gunning, aldus de Rotterdamse Voorzieningenrechter. [338](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2483.

Vervolgens wordt geoordeeld dat het door de aanbestedende dienst met de winnende inschrijver gevoerde bilaterale gesprek niet door de beugel kan. Gelet hierop wordt de aanbestedende dienst verboden om tot gunning aan die inschrijver over te gaan.

Tot zo ver de wat meer algemene lijnen.

Dan volgt nu een voorbeeld van een (andere) zaak waarin de rechter, gegeven de specifieke feiten en omstandigheden van het geval, tot de conclusie komt dat een toelichting/verduidelijking, althans aanvulling, wel geoorloofd is: het accepteren van een na het verstrijken van de uiterste inschrijffermijn nagezonden verklaring van de RDW leidt niet tot een wijziging van de aanbidding, omdat die verklaring slechts bevestigt dat de aangeboden tractor besteksconform is. [339](#)

Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 28 april 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2170.

Tot slot enkele voorbeelden van (andere) 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 niet geoorloofd/aangewezen is: het vragen van een verduidelijking over de ingediende planning, omdat die vraag zou hebben geleid tot een aanpassing van de planning in het plan van aanpak, hetgeen (ook) niet in overeenstemming zou zijn met het recht van de aanbestedende dienst, zoals verwoord in de

stukken, om na de opening nog vragen te stellen; [340](#)

Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5830.

het aanvullen van de door eiseres opgegeven werkervaring van X in het ingediende CV, omdat dit zou betekenen dat zij een essentieel deel van haar inschrijving aanvult, terwijl duidelijk uit de aanbestedingsstukken blijkt dat het CV compleet en op de voorgeschreven wijze ingevuld bij de inschrijving moet worden ingediend; [341](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 17 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:866.

het doen van een niet-besteksconforme aanbidding is niet een (kennelijke materiële) fout die zich leent voor herstel (ter zake komt eiseres ook geen beroep toe op artikel 2.12.7 ARW 2012, omdat dit artikel ziet op het herstel van gebreken in de Eigen Verklaring en de bewijsmiddelen en niet op herstel van gebreken in de inschrijving zelf); [342](#)

Vzr. Rb. Den Haag 10 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4824. Dit vonnis is in hoger beroep bekrachtigd door: Hof Den Haag 7 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1863.

het alsnog laten aanleveren van het ontbrekende plan van aanpak betreft géén eenvoudige precisering of herstel van een kennelijke materiële fout; [343](#)

Vzr. Rb. Den Haag 22 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5915.

wanneer de aanbestedende dienst de inschrijving niet, zoals voorgeschreven, tijdig en daadwerkelijk via het elektronisch inschrijvingssysteem (aanbestedingsplatform) ontvangt, dan levert dit – uitzonderingen daargelaten, zie immers de eerder besproken zaak waarin de inschrijving wél (tijdig) op twee van de drie voorgeschreven wijzen was ingediend – geen omissie op die kan/mag/moet worden hersteld; [344](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3342.

het wijzigen van twee stelposten naar een lager bedrag dan dat door de aanbestedende dienst voor alle inschrijvers is vastgesteld, terwijl wijziging van de bedragen bij de stelposten niet is toegestaan, is geen kennelijke fout die voor eenvoudig herstel vatbaar is; [345](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4570.

de aanbestedende dienst is niet gehouden en zelfs niet bevoegd om een gegadigde in de gelegenheid te stellen om de informatie in zijn aanmelding aan te vullen, als hij een referentiewerk als zijn eigen referentiewerk heeft opgevoerd, zonder daarbij te vermelden dat het gaat om een referentiewerk van een failliete vennootschap (alsdan is geen sprake van een kennelijk materieel gebrek en wordt niet voldaan aan de voorwaarden uit het SAG-arrest); [346](#)

Vzr. Rb. Den Haag 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12824.

het in strijd met het Inkoopdocument in de inschrijving vermelden dat voor meer dan 5% zal worden doorgecontracteerd, levert geen vergissing op die kan/mag/moet worden hersteld; [347](#)

Vzr. Rb. Den Haag 22 oktober 2015, C/09/495566/KG ZA 15/1353, n.n.g.

het ontbreken van de in het Inkoopdocument geëiste VOG_{Grp} levert evenmin een reden op om een herstelkans te bieden; [348](#)

Vzr. Rb. Den Haag 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12472.

het niet voldoen aan de geschiktheidseisen staat eraan in de weg dat de betreffende inschrijver in de gelegenheid wordt gesteld haar inschrijving aan te vullen, temeer daar zij haar Eigen Verklaring onjuist heeft ingevuld en er ook op andere punten sprake is van een gebrekkige inschrijving; [349](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 16 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6560.

het opgeven van onjuiste (niet met de geoffreerde kortingspercentages corresponderende) scoringspercentages is een fout die zich niet leent voor herstel; [350](#)

Vzr. Rb. Den Haag 20 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15459.

het in strijd met artikel 01.01.03 Standaard RAW 2010 opnemen van uitvoeringskosten in de eenheidsprijzen levert een inschrijving op, waarvan de ongeldigheid niet kan worden hersteld door een rectificatie of herroeping (het herstellen van een ten gevolge van een eerdere toelichting evident ongeldige inschrijving moet volgens de rechter geacht worden in strijd te zijn met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht); [351](#)

Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5753.

Kortom, het bieden van een herstelkans wordt in de meeste gevallen niet toelaatbaar geacht.

c. Model K/Eigen Verklaring

In een zaak die werd voorgelegd aan de Amsterdamse Voorzieningenrechter, draait het om de vraag of de opdracht terecht aan een inschrijver is gegund, die een Model K-verklaring had ingediend waarop een verkeerd nummer stond en waarin abusievelijk stond vermeld dat het om een aanbesteding ter zake ‘onderhoud bomen’ gaat, terwijl de aanbesteding betrekking had op het ‘herstel van opbrekingen op straat’. [352](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 11 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:878.

De rechter beantwoordt deze vraag bevestigend. Klaarblijkelijk was deze fout ontstaan doordat de aanbestedende dienst, waar

dat van toepassing was, passages uit stukken uit een eerdere (reeds afgeronde) aanbesteding had gekopieerd, maar had verzuimd om overal het onderwerp aan te passen. De winnende inschrijver had de K-verklaring ingediend op het door de aanbestedende dienst meegezonden formulier, waaronder stond vermeld dat 'deze verklaring' dient te worden meegezonden. Behalve wellicht eiseres heeft geen van de betrokkenen, noch de aanbesteder, noch de gegunde inschrijver en de andere inschrijvers, deze vergissing tijdig opgemerkt, aldus de rechter. Opmerkelijk is dat in dat verband wordt overwogen dat niet valt uit te sluiten dat eiseres de vergissing, voordat zij tot inschrijving overging, al is opgevallen. Het nalaten van een dergelijke attendering kan volgens de rechter strijd opleveren met eisen van redelijkheid en billijkheid die partijen ook in de precontractuele fase jegens elkaar in acht moeten nemen. In dat geval kan eiseres in redelijkheid op de gevolgen van haar nalaten geen beroep doen.

In de eerder aangestipte zaak waarin de geëiste Model K-verklaring abusievelijk in de verkeerde (inschrijvings-) enveloppe terecht was gekomen, blijkt dat gebrek evenmin fataal. Maar ook daar was sprake van bijzondere omstandigheden. [353](#)

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 18 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7308.

Zo stond vast dat de gemeente bij het sluiten van de inschrijvingstermijn over de door eiseres overgelegde Model K-verklaring beschikte. Bovendien was niet in geschil dat de gemeente in de Gunningleidraad het niet op juiste wijze inrichten van de enveloppen 1 en 2 niet expliciet had gesanctioneerd met uitsluiting. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is hier sprake van een vormfout van geringe inportantie. Er is geen sprake van een onjuiste invulling of het ontbreken van enig inschrijvingsstuk. Deze fout leent zich voor eenvoudig herstel, zoals dat ook door eiseres was aangeboden. Een notaris had op kosten van eiseres de Model K-verklaring uit enveloppe 2 kunnen halen en in enveloppe 1 kunnen plaatsen. Dat had tijdig vóór de beoordelingsdata kunnen plaatsvinden. De beginselen van aanbestedingsrecht, in het bijzonder het gelijkheids- en transparantiebeginsel, zouden door deze handelwijze niet worden geschonden, aldus de rechter. De tijdig ingediende stukken worden als het ware op de juiste volgorde gelegd, de inhoud van de stukken wordt niet gewijzigd en de beoordeling door de gemeente wordt op geen enkele wijze beïnvloed. Naast het oordeel dat de gemeente eiseres tot herstel van haar fout had moeten toelaten, geldt volgens de rechter dat de weigering van de gemeente om eiseres tot herstel van haar fout toe te laten en haar beslissing om de inschrijving ongeldig te verklaren, niet in verhouding staan tot de aard en ernst van de vormfout. Nu de gemeente ten onrechte is voortgegaan met de beoordeling van de inschrijvingen, zonder die van eiseres daarbij te betrekken, dient een nieuwe beoordeling plaats te vinden door een nieuwe beoordelingscommissie.

In de laatste zaak wordt in het midden gelaten, in hoeverre de aanbestedende dienst gehouden is om te verifiëren of de inhoud van de Eigen Verklaring van de beoogde winnende inschrijver juist is. [354](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 17 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4427.

Vaststond namelijk dat de aanbestedende dienst inmiddels een dergelijke verificatie had verricht. Ook indien die verificatie onverplicht zou zijn verricht, zoals de aanbestedende dienst stelde, heeft volgens de rechter te gelden dat deze moet voldoen aan de regels van het aanbestedingsrecht. De door de aanbestedende dienst uitgevoerde verificatie kan de toets der kritiek echter niet doorstaan: ten onrechte is bij het berekenen van de solvabiliteitsratio's het eigen vermogen van de inschrijver verhoogd met een geldlening van de moedermaatschappij, terwijl onvoldoende is gebleken dat het gaat om een achtergestelde lening. Omdat de aanbestedende dienst de solvabiliteitsratio's onjuist (want te hoog) heeft berekend en de voorlopige winnaar bij een juiste berekening niet volledig aan de geschiktheidseisen voldoet, volgt een gebod tot intrekking van het gunningsvoornemen en tot terzijdelegging van de bewuste inschrijving.

d. Abnormaal lage inschrijving

In een zaak die aan de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag werd voorgelegd, draait het onder meer om de vraag of de winnende inschrijver abnormaal laag heeft ingeschreven. [355](#)

Vzr. Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4825.

De vordering tot ongeldigverklaring van die inschrijving wordt afgewezen, omdat eiseres niet aannemelijk weet te maken dat deze abnormaal laag is. In verband daarmee wordt overwogen dat de mogelijkheid om abnormaal lage inschrijvingen uit te sluiten een discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst is. [356](#)

Idem: Vzr. Rb. Den Haag 23 december 2015, C/09/498376/KG ZA 15-1600, n.n.g.

Verder acht de voorzieningenrechter het onvoldoende aannemelijk dat de door de beoogde winnaar aangeboden prijs als abnormaal laag zou moeten worden aangemerkt: weliswaar was het verschil tussen diens inschrijvingsprijs van € 1.200.000 ten opzichte van de gemiddelde (kale) inschrijvingsprijs van de andere inschrijvers (€ 1.500.000 à € 1.600.000) aanzienlijk, maar daaruit volgt nog niet dat de door de beoogde winnaar aangeboden prijs onrealistisch of abnormaal laag is. In de eerste plaats kon het verschil deels worden verklaard door de meerwaarde (en meerprijs) die de andere inschrijvers hadden aangeboden, welke meerwaarde volgens de beoordeling van de aanbestedende dienst in de inschrijving van de beoogde winnaar nu juist ontbrak. Ook de door eiseres toegelichte begroting bood onvoldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat de inschrijvingsprijs van de beoogde winnaar als onrealistisch zou moeten worden aangemerkt. Volgens haar toelichting bedragen de vaste kosten voor iedere inschrijver ten minste € 1.355.454. Daartegen afgezet is de prijs van de beoogde winnaar volgens de rechter niet dermate laag dat dit vragen zou moeten oproepen. De beoogde winnaar had in dit verband betwist dat er voor de meeste materialen alleen vaste

leveranciers zijn die vaste prijzen hanteren en de aanbestedende dienst had verklaard dat het productieproces en het logistieke proces van de beoogde winnaar geautomatiseerd zijn, zodat zij daardoor mogelijk efficiënter werkt dan, bijvoorbeeld, eiseres.

De Arnhemse Voorzieningenrechter laat in het midden of eiseres een beroep kan doen op een bepaling in het aanbestedingsdocument waarin is vermeld dat het – kort gezegd – is verboden om een strategische inschrijving te doen. Daaronder werd kennelijk ook een abnormaal lage aanbidding verstaan. [357](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 26 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1374.

De aanbestedende dienst wist namelijk voldoende aannemelijk te maken dat hij nadere informatie bij de beoogde winnaar had ingewonnen en ook met haar in gesprek was gegaan over de hoogte van haar inschrijving (op grond van zijn bevoegdheid daartoe ex artikel 2.116 Aanbestedingswet 2012), althans om verduidelijking te kunnen krijgen over de samenstelling van haar aanbidding, en dat het uitgevoerde onderzoek toereikend was geweest. De rechter concludeert dat voldoende aannemelijk is dat er verschillende synergievoordelen zijn voor de beoogde winnaar, waardoor de aanbestedende dienst op juiste gronden en in alle redelijkheid heeft kunnen beslissen dat géén sprake is van een strategische inschrijving, althans abnormaal lage inschrijvingsprijs zoals bedoeld in artikel 3.24 van het aanbestedingsdocument.

In een andere zaak wordt het betoog van eiseres gehonoreerd dat de winnende inschrijving terzijde had moeten worden gelegd. [358](#)

Vzr. Rb. Den Haag 18 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3794.

De aangeboden prijzen voldeden namelijk niet aan de eis dat alle deelprijzen op zichzelf reëel dienen te zijn, aangezien de wachttijd tarieven vanuit kostenperspectief niet te verantwoorden waren. Voor wat betreft de uitleg van het begrip ‘reëel’ sluit de rechter aan bij de in het normale taalgebruik gangbare betekenis:

“Het begrip ‘reëel’ betekent in de gangbare betekenis op de werkelijkheid gegrond. Dat brengt naar het oordeel van de voorzieningenrechter mee dat een verband moet bestaan tussen de opgegeven deelprijzen en de kosten van de achterliggende dienstverlening, met andere woorden: de opgegeven prijzen moeten vanuit kostenperspectief te verantwoorden zijn.”

Omdat niet werd voldaan aan de eis dat alle deelprijzen op zichzelf reëel moeten zijn, laat de rechter de eveneens opgeworpen vraag of de prijzen van de beoogde winnaar ‘marktconform’ zijn buiten beschouwing.

In de laatste zaak had de aanbestedende dienst eveneens in de stukken bepaald dat de aangeboden (catalogus-)prijzen ‘marktconform’ dienen te zijn en ook hij had dat begrip niet nader gedefinieerd. [359](#)

Vzr. Rb. Den Haag 23 december 2015, C/09/498376/KG ZA 15-1600, n.n.g.

Om die reden zoekt de voorzieningenrechter weer aansluiting bij de in het normale taalgebruik gangbare betekenis. Blijkens het Van Dale-woordenboek betekent marktconformiteit:

“overeenstemming van de prijzen van de producten en diensten van een aanbieder met die van andere marktpartijen”.

Deze betekenis is volgens de rechter als zodanig en mede bezien in de context van de verdere inhoud van de aanbestedingsstukken voldoende helder en niet voor meerdere uitleg vatbaar. Alle partijen bleken ook van die betekenis te zijn uitgegaan. Vervolgens wordt op basis van diens gemotiveerde verweer geoordeeld dat de aanbestedende dienst op goede gronden tot de conclusie is gekomen dat van een abnormaal lage, niet-marktconforme prijs, die tot uitsluiting zou kunnen leiden, geen sprake is.

e. Strategisch en manipulatief inschrijven

Algemeen uitgangspunt is dat strategisch inschrijven, waarbij handig gebruik wordt gemaakt van de aangekondigde gunnings- en beoordelingssystematiek, in principe is toegestaan. Manipulatief inschrijven is echter niet toegestaan. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer, als gevolg van miskennis door de inschrijver van bepaalde aannames van de aanbestedende dienst, de beoordelingssystematiek zo wordt gemanipuleerd dat het daarmee beoogde doel wordt verstoord.

In de hiervoor genoemde Arnhemse zaak wordt, zoals besproken, het beroep van eiseres op uitsluiting van de winnende inschrijving wegens strategisch inschrijven verworpen. [360](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 26 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1374.

In een zaak die aan de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag werd voorgelegd, draait het onder andere om de vraag of de winnende inschrijver een manipulatieve inschrijving heeft gedaan. [361](#)

Vzr. Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4825.

De vordering tot ongeldigverklaring van die inschrijving wordt afgewezen, omdat eiseres niet aannemelijk wist te maken dat deze manipulatief is.

f. Onaanvaardbare inschrijving

In een andere zaak komt de vraag aan bod of de aanbestedende dienst al dan niet terecht toepassing heeft gegeven aan artikel 3.29.3 ARW 2012:

“Indien de prijs van de meest gerede inschrijving hoger is dan de zorgvuldige raming van de aanbesteder, kan de aanbesteder deze inschrijving als onaanvaardbaar aanmerken en de procedure vervolgen met een onderhandelingsprocedure met aankondiging.” [362](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 13 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7592.

Die vraag wordt bevestigend beantwoord, aangezien eiseressen niet aanmerkelijk wisten te maken dat de raming van de aanbestedende dienst onzorgvuldig was. Bovendien was hun inschrijving zo veel hoger dan die raming, dat de aanbestedende dienst hun inschrijving als onaanvaardbaar kon en mocht aanmerken.

In verband met dit laatste wordt als volgt overwogen:

“In artikel 3.29.3 ligt niet een bepaalde minimale marge van overschrijding besloten om het oordeel van de aanbesteder te kunnen wettigen dat de inschrijving onaanvaardbaar is. Indien sprake is van overschrijding van een zorgvuldige raming zal het in beginsel aan de aanbesteder moeten worden overgelaten of hij de inschrijving daarom als onaanvaardbaar aanmerkt. De grens ligt daar waar, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gezegd moet worden dat de aanbesteder in redelijkheid niet tot die slotsom heeft kunnen komen. Dat kan in dit geval niet worden gezegd. Een overschrijding met 10% op een bedrag van circa € 1.400.000 is aanmerkelijk, in aanmerking genomen, zoals de stichting ook onbetwist heeft gesteld, dat haar budget niet meer bedraagt dan de raming. Daarbij komt dat de stichting in 3.2 van de gunningsleidraad ook expliciet heeft opgenomen dat zij zal toetsen of de financiële bieding valt binnen het vastgestelde budget.”

17. Rechtsbescherming

a. Algemeen

Een bevoegdheidskwestie speelde in een kort geding waarin een Belgische onderneming als partij was tussengekomen. De voorzieningenrechter acht zich bevoegd om van de vorderingen kennis te nemen, omdat als forum in de aankondiging de Rechtbank Oost-Brabant was gekozen en geen van partijen zich op de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter had beroepen. Omdat in de aanbestedingsstukken het ARW 2012 van toepassing was verklaard en partijen enkel hadden verwezen naar Nederlands recht, ging de rechter ervan uit dat partijen voor de toepassing van Nederlands recht hadden gekozen, hetgeen in de feitelijke constellatie van de aanbesteding ook wel zeer voor de hand lag, aldus het vonnis. [363](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 9 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2032.

In een situatie waarin eiseres met betrekking tot een bepaalde aanbesteding al eens eerder een kort geding procedure aanhangig had gemaakt tegen de aanbestedende dienst en daarbij dezelfde stellingen zijn beoordeeld, er arrest was gewezen in hoger beroep, er niet in cassatie was gegaan van dat arrest, brengt het gesloten stelsel van rechtsmiddelen met zich dat van dat arrest moet worden uitgegaan, omdat dat gezag van gewijsde heeft. De stelling van eiseres dat in dat arrest onjuistheden staan, kan dan niet slagen. Een herbeoordeling van de opnieuw opgeworpen bezwaren is in strijd met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en de goede procesorde. [364](#)

Vzr. Rb. Den Haag 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11785.

In hoger beroep geldt met betrekking tot het formuleren van grieven het volgende. Het is niet nodig om duidelijke, behoorlijk geformuleerde grieven in de appeldagvaarding op te nemen omdat grieven niet aan bepaalde vormvereisten behoeven te voldoen. Voldoende is dat uit de memorie van grieven duidelijk blijkt op welke gronden appellant meent dat de bestreden uitspraak onjuist is. [365](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 13 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7792.

b. Eiswijziging

(i) Eiswijziging in eerste aanleg

Uit de hierna te bespreken vonnissen is veelal niet af te leiden in welke mate de eis wordt gewijzigd ten opzichte van de eerder geformuleerde vorderingen. Wat wel uit de uitspraken kan worden afgeleid is dat een eiswijziging in eerste aanleg relatief snel wordt toegestaan. Daarbij is de maatstaf op basis van artikel 11.1 van het Procesreglement kort gedingen rechtbanken handel/familie dat een partij die een eis wenst te veranderen of te vermeerderen de inhoud van deze verandering of vermeerdering zo spoedig mogelijk en bij voorkeur voor de zitting schriftelijk meedeelt aan de wederpartij, eventuele overige partijen en de

voorzieningenrechter en voorts dat deze verandering of wijziging op schrift wordt gesteld en ter terechtzitting wordt ingediend. Daarbij wordt tevens bezien of de eiswaiziging in strijd is met de goede procesorde. [366](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2483, Vzr. Rb. Den Haag 1 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3663, Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 22 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2973.

Hieruit volgt dat het ook mogelijk is om ter zitting een eis te wijzigen/aan te vullen, mits dat schriftelijk, bijvoorbeeld in de pleitnota, gebeurt. [367](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 21 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5998.

De rechter staat een eisvermeerdering niet toe wegens strijd met de eisen van een goede procesorde omdat de vordering werd gegrond op een stelling en feiten die in de dagvaarding helemaal niet aan de orde waren gesteld. De wederpartijen hadden dus geen verweer op dit onderdeel kunnen voorbereiden. [368](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9316.

Datzelfde gold in een kort geding waarin ter zitting een akte vermeerdering van eis werd ingediend en de rechter deze niet toestaat omdat de vordering op een belangenverstremgeling was gegrond terwijl de dagvaarding geen aanwijzing bevatte dat deze kwestie in kort geding ter beoordeling zou worden voorgelegd. Gedaagden hadden dan ook hun verweer op dat onderdeel niet kunnen voorbereiden. [369](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 22 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7292.

Dat de eiswaiziging schriftelijk geschiedt is niet nodig indien het gaat om een eisvermindering. Het woord ‘verandering’ in artikel 130 Rv is dus echt een wijziging en niet een vermindering van eis. [370](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802.

(ii) Eiswaiziging in hoger beroep

De vraag of een eiswaiziging in hoger beroep nog na indiening van de memorie van grieven is toegestaan wordt niet beantwoord in een arrest van het Hof Den Haag omdat het, gegeven het feit dat de grieven geen doel troffen, in het midden gelaten kon worden. [371](#)

Hof Den Haag 10 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:147.

Beantwoording van voornoemde vraag komt wel aan de orde in een arrest van het Hof in Den Bosch. [372](#)

Hof Den Bosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:479.

Daarin was namelijk na lezing van de memorie van antwoord aan appellanten gebleken dat de aanbestedende dienst was overgegaan tot sluiting van de overeenkomsten. Aldus was er, zo overweegt het hof, sprake van een eerst na het indienen van de memorie van grieven gebleken feit. Dat bracht met zich dat de oorspronkelijke vordering haar zin verloor. Daarin ziet het hof voldoende rechtvaardiging om een uitzondering toelaatbaar te achten op de in artikel 347 Rv besloten liggende tweeconclusieregel. Het hof weegt daarbij mee dat de inhoud van de gewijzigde eis geen verdere strekking heeft dan het nieuwe feit met zich brengt. Karakter en inhoud van de onderhavige procedure werden niet wezenlijk veranderd door de wijziging van de eis, aldus het hof. Verder werd de aanbestedende dienst door de wijziging niet serieus bemoeilijkt in zijn verdediging.

Een bijzondere situatie deed zich voor in een hoger beroep van een kort geding waarin het hof partijen in een tussenarrest in de gelegenheid had gesteld zich uit te laten over de vraag of op het geschil al dan niet de nieuwe Aanbestedingswet van toepassing was. [373](#)

Hof Den Bosch 1 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3427.

Na dat tussenarrest had appellante een akte genomen waarin zij haar eis had vermeerderd. De aanbestedende dienst en de tussenkomende partij, geïntimeerden, kregen vervolgens de gelegenheid zich over de vermeerdering van eis uit te laten. Omdat het een kort geding was, en de zaak dus zo spoedig mogelijk tot een eind moest komen, dienden geïntimeerden zich in de akte uit te laten of de vermeerdering van eis toelaatbaar was en dienden zij zich tevens inhoudelijk over die eis uit te laten. De tweeconclusieregel, aldus het hof, bracht met zich dat appellante in beginsel geen recht had op het nemen van een antwoordakte.

Een eiswaiziging in hoger beroep wordt niet toegestaan in een procedure waarbij appellante met de eiswaiziging – gelet op de feiten in die zaak – kennelijk in de ogen van het Hof Den Haag te lang had gewacht. [374](#)

Hof Den Haag 3 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2946.

Het hof staat de eiswaiziging niet toe, omdat er in het onderhavige geval geen reden was om van de (in beginsel strakke) tweeconclusieregel af te wijken. Daartoe acht het hof de volgende factoren van belang: het voornemen van de Staat om de opdracht

aan Thales c.s. te verlenen was Sagem al vóór het vonnis van de voorzieningenrechter bekend en is in dat vonnis uitdrukkelijk vermeld. Zo al van Sagem niet had mogen worden verwacht dat zij daarop in haar memorie van grieven zou anticiperen, dan had toch van haar als actieve en oplettende deelneemster aan de onderhavige aanbestedingsprocedure mogen worden verwacht dat zij alert zou zijn op nieuwe bekendgemaakte feiten die de onderhavige aanbesteding betreffen, zoals het op 4 juni 2015 bekendgemaakte voornemen tot opdrachtverlening en de op 2 juli 2015 bekendgemaakte opdrachtverlening, en dat zij daarop onmiddellijk zou reageren. Zij had dat pas op 22 september 2015 gedaan. Naar het oordeel van het hof is dat in elk geval te laat. Bovendien verlegde Sagem met de beoogde eiswijziging in een zeer laat stadium van de kortgedingprocedure de koers van het debat. Zelfs al zou in dit geval een uitzondering op de twee-conclusieregel geïndiceerd zijn, dan nog kon de wijziging van eis niet worden aanvaard, omdat deze om de vermelde redenen in strijd was met de eisen van een goede procesorde.

c. Vernietiging/ingrijpen in reeds gesloten overeenkomst

Twee vonnissen in een bodemprocedure betroffen een vordering tot vernietiging van een gesloten overeenkomst. Het eerste geschil ging over een aantal in 2013 gesloten overeenkomsten die per 1 januari 2016 zouden ingaan en die waren gesloten op basis van een alleenrecht. De Rechtbank Arnhem vernietigt deze overeenkomsten, omdat naar het oordeel van de rechtbank het alleenrecht niet voldeed aan een formeel vereiste.³⁷⁵

Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 29 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5490.

Deze zaak wordt inhoudelijk besproken in paragraaf 7d van deze kroniek. Ten tweede lag in een zaak voor de Rechtbank Amsterdam een vordering tot vernietiging van overeenkomsten voor; in deze zaak worden de overeenkomsten niet vernietigd omdat de rechtbank van oordeel is dat het verleende alleenrecht op rechtmatige wijze was verleend.³⁷⁶

Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6459.

De meeste zaken gaan (nadat het kort geding in eerste aanleg in winst voor de aanbestedende dienst heeft geresulteerd) over een door de aanbestedende dienst definitief gegunde opdracht en een met de winnende inschrijver gesloten overeenkomst.

In kort geding is er in 2015 slechts éénmaal ingegrepen in een lopende overeenkomst, doordat de uitvoering van de overeenkomst werd geschorst.³⁷⁷

Hof Den Bosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:479.

Het hof ziet hiertoe aanleiding omdat het ten eerste in de tekst van artikel 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 en in de parlementaire geschiedenis van dit artikel, tevens met inachtneming van het Fastweb-arrest van het HvJ EU,³⁷⁸

HvJ EU 11 september 2014, C-19/13.

geen aanwijzingen vindt dat in artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 sprake zou zijn van een limitatieve opsomming.

Het hof overweegt:

“Dit brengt met zich dat als de bepalingen van de Aw 2012 niet uitdrukkelijk anders meebrengen, teruggegrepen kan worden op andere beschikbare middelen die het recht biedt. Dit recht verzet zich niet tegen het nemen van een ordemaatregel zoals bijvoorbeeld schorsing van de uitvoering van de overeenkomst indien sprake is van andere schendingen van beginselen en regels van aanbestedingsrecht dan de in artikel 4.15 lid 1 Aw 2012 genoemde indien een effectieve rechtsbescherming dit vereist.”

Omdat in dit geval de aanbestedende dienst niet alle potentiële inschrijvers gelijke toegang tot de opdracht had geboden en sprake was van schending van de fundamentele verplichting om ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen, is volgens het hof sprake van een overtreding van een fundamenteel beginsel, waardoor het aannemelijk was dat de aanbestedende dienst in een bodemprocedure zou worden bevolen om de gesloten overeenkomst met de winnende inschrijver op te zeggen of te beëindigen. Een dergelijk bevel kan niet in een voorlopige voorziening worden opgelegd; wat wel kan in een kort geding is dat de voorzieningenrechter een bevel oplegt tot schorsing en geschorst houden van de uitvoering van de overeenkomst.

De vervolgens nog door de rechter te maken belangenafweging valt in dit geval niet in het voordeel van de aanbestedende dienst uit omdat – voor zover er al zwaarwegende concrete belangen zijn aangevoerd – deze belangen niet of onvoldoende zijn onderbouwd.

In alle andere zaken die in 2015 door de kortgedingrechter in hoger beroep zijn behandeld wordt de gesloten overeenkomst in stand gelaten en wordt er geen verbod op verdere uitvoering opgelegd. De redenering komt er samengevat in al deze uitspraken op neer dat het niet zo is dat alleen in de in artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 genoemde gevallen kan worden ingegrepen in een lopende overeenkomst omdat de Rechtsbeschermingsrichtlijn ook in andere gevallen dan de daarin genoemde gevallen waarin Europese aanbestedingsregels worden geschonden aan de nationale rechter opdraagt om effectieve rechtsbescherming, ook in kort geding, te bieden. Ook als een overeenkomst al is gesloten kan de rechter in hoger beroep nog steeds 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, indien de in artikel 254 lid 1 Rv vereiste belangenafweging zo'n voorziening vereist.

Van een dergelijke situatie is echter vrijwel nooit sprake, zo blijkt uit de in 2015 gewezen arresten. Of omdat artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012 niet wordt geschonden aangezien er sprake is van één opdracht en dus geen opdrachten zijn samengevoegd, laat staan onnodig zijn samengevoegd. [379](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122.

Of omdat er geen sprake is van een evidente schending van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. [380](#)

Hof Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:812.

Of omdat niet aannemelijk is geworden dat de aanbestedende dienst bij het aangaan van de overeenkomst met de winnende inschrijver misbruik van recht heeft gemaakt door een klaarblijkelijke miskenning van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. [381](#)

Hof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1339.

Of omdat het hof niet toekomt aan een inhoudelijke toetsing aangezien de grieven op andere gronden niet tot enig resultaat kunnen leiden. [382](#)

Hof Den Haag 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2609 en Hof Den Haag 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2610.

Of omdat het niet voldoende motiveren van de gunningsbeslissing geen fundamentele schending van het aanbestedingsrecht inhoudt die ingrijpen in een lopende overeenkomst rechtvaardigt. [383](#)

Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:494.

Het Hof Den Haag en het Hof Den Bosch hebben de terughoudendheid om in te grijpen nog eens duidelijk verwoord in een drietal arresten. [384](#)

Hof Den Haag 7 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1863; Hof Den Haag 7 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1864; zie ook Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:494.

Het Hof Den Haag overweegt:

“Het hof zal dat [ingrijpen in een uitvoering van een lopende overeenkomst uit aanbesteding; toevoeging auteurs] echter alleen doen, indien het tot de conclusie komt dat naar redelijke verwachting in een bodemprocedure een soortgelijke uitkomst zal volgen. De kans dat dat zal gebeuren acht het hof over het algemeen gering. Het hof heeft daarbij in aanmerking genomen dat naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad de wettelijke regeling van het aanbestedingsrecht niet van openbare orde is en dat slechts onder uitzonderlijke omstandigheden een uit een aanbestedingsprocedure voortgekomen overeenkomst, bij de voorbereiding waarvan de aanbestedende dienst het aanbestedingsrecht heeft geschonden, nietig of vernietigbaar is. (...) Daarmee wordt niet zozeer de aanbestedende dienst beschermd, maar de wederpartij aan wie het werk of de levering is opgedragen. Ingeval niet in een lopende overeenkomst wordt ingegrepen, staat voor de verliezende inschrijver slechts de weg naar schadevergoeding open.”

d. Motivering selectie-, gunnings- en intrekingsbeslissing

(i) Motivering selectiebeslissing

Ook bij de afwijzing van een gegadigde op grond van selectiecriteria ligt het op grond van het transparantiebeginsel voor de hand, aldus de Haagse Voorzieningenrechter, dat wordt aangegeven wat de kenmerken en voordelen van de geselecteerde gegadigden zijn. [385](#)

Vzr. Rb. Den Haag 9 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2523.

Echter, een aanbestedende dienst is op grond van artikel 2.103 Aanbestedingswet 2012 niet gehouden reeds bij de selectiebeslissing de redenen van die beslissing te geven.

(ii) Motivering gunningsbeslissing

Private aanbestedingen

In twee zaken betrof het de motivering van de gunningsbeslissing in een private aanbesteding. Daarbij zijn de fundamentele beginselen van het (overheids)aangebestedingsrecht niet van toepassing maar dat laat onverlet dat de rechtsverhouding tussen partijen wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase meebrengen. In het eerste geval was bovendien sprake van een offerteleidraad waarin stond dat de motivering een samenvatting zou betreffen van de belangrijkste overwegingen die ten grondslag lagen aan de gunningsbeslissing en dat in het kader van efficiency en gelet op de omvang van de procedure bij de motivering niet alle kenmerken en relatieve voordelen zouden worden beschreven. [386](#)

Vzr. Rb. Den Haag 26 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:707.

De rechter overweegt dat in het midden kan blijven of de onderhavige motivering als voldoende zou zijn aangemerkt in geval van een overheidsaanbesteding, te meer omdat de private aanbestedende partij de beginselen voor de motivering toelaatbaar had uitgesloten. In een tweede private aanbesteding waren echter de beginselen van het aanbestedingsrecht wel van toepassing op de procedure,

althans dat stond tussen partijen niet ter discussie. De motivering van de gunningsbeslissing was voldoende en de nadere toelichting die was gegeven vormde geen uitbreiding van de redenen van afwijzing, week ook niet daarvan af en was derhalve volgens de rechter toelaatbaar.³⁸⁷
Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden 28 januari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:271.

Overheidsaanbestedingen

In een advies van de CvAE³⁸⁸

CvAE 21 september 2015, advies 78.

wordt uiteengezet waartoe een aanbestedende dienst op grond van artikel 2.130 lid 1 en lid 2 Aanbestedingswet 2012 verplicht is. Hij is verplicht alle relevante redenen voor de gunning in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen en hij mag die redenen niet op een later tijdstip alsnog aanvullen. Een nadere toelichting van de in de gunningsbeslissing vermelde redenen is wel toegestaan.

De CvAE gaat in dit advies in op de parlementaire geschiedenis over de motivering en overweegt dat de mededeling van de gunningsbeslissing in ieder geval de ‘kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving’ moet bevatten. In de memorie van toelichting op de Wira³⁸⁹

Kamerstukken II, 32027, nr. 3, p. 7.

wordt aangegeven welke elementen, met name betreffende de scores, de relevante redenen kunnen omvatten. Die elementen zijn:

- bekendmaking van de eindscores zowel van de afgewezen inschrijver als van de geselecteerde ondernemer;
- de scores van de afgewezen inschrijver op specifieke kenmerken, en de reden waarom op dat specifieke kenmerk eventueel niet de maximale score is toegekend;
- verduidelijking van de toepassing van de gehanteerde criteria bij gunning volgens het envi-criterium.

Verder is een samenvatting van de relevante redenen niet genoeg maar moeten alle relevante redenen worden genoemd, juist om een juridisering – in die zin dat bij twijfel over de gunningsbeslissing en de motivering een inschrijver ertoe zal overgaan een juridische procedure aanhangig te maken – te voorkomen.

Tegen deze hiervoor geschetste achtergrond beoordeelt de CvAE een klacht waarin de klager bezwaar maakt tegen het slechts verstrekken van de scores zonder dat de reden waarom bepaalde scores zijn toegekend wordt gegeven en zonder dat inzichtelijk is gemaakt waarom per kwaliteitsaspect niet het maximaal aantal punten is gescoord dan wel waarom de toebedeelde scores terecht zijn. De aanbestedende dienst had in de gegeven motiveringen hooguit een samenvatting gegeven en in sommige gevallen slechts een eindconclusie van de beoordeling, door in de afwijzingsbrief ten aanzien van de afgewezen inschrijving termen te hanteren als: ‘summier beschreven’, ‘erg vrijblijvend beschreven’, ‘wollig taalgebruik’. De CvAE acht dit geen voldoende motivering van de gunningsbeslissing en de klacht op die onderdelen gegrond.

In een ander advies heeft de CvAE zich eveneens over de motiveringsplicht uitgelaten. In een aanbesteding waarin volgens de CvAE al sprake was van zeer subjectieve beoordelingsaspecten in het kader van het gunningscriterium Presentatie (o.m. ‘het ervaren van een ‘klik’) is de CvAE bovendien van mening dat de motivering tekortschiet omdat de betreffende aspecten niet duidelijk in de motivering terug te vinden zijn.³⁹⁰

CvAE 4 maart 2015, advies 202.

In geen van de vonnissen gaan de voorzieningenrechters zo uitgebreid in op de motiveringsplicht als zodanig als de CvAE dat doet. Dat is wellicht verklaarbaar omdat het in kort geding er in zoverre minder toe doet of de eerder verstrekte motivering wel of niet toereikend was (met andere woorden: of wel of niet aan het vormvoorschrift is voldaan) aangezien partijen reeds voor de rechter staan en de rechter weinig consequenties kan verbinden aan een eerder gegeven onvoldoende motivering. Wat de rechter in kort geding wel kan doen is de gegeven motivering (en eventueel een aanvulling en toelichting daarop) inhoudelijk toetsen (offewel de deugdelijkheid van de motivering onderzoeken).

Er is slechts één vonnis over de vraag of sprake is van een wijziging van de motivering of van een nadere toelichting.³⁹¹

Vzr. Rb. Den Haag 27 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13588.

In deze zaak stelde eiseres dat de initiële motivering van de aanbestedende dienst tekortschoot en dat deze bovendien daarna op ontoelaatbare wijze was gewijzigd en aangevuld. De rechter oordeelt dat de initiële brief de door de verliezende en winnende inschrijving behaalde fictieve korting bevatte, de scores die zij op ieder onderdeel hadden behaald en een nadere motivering van de door de verliezende inschrijver behaalde scores alsmede de redenen waarom de beoordelingscommissie tot die scores was gekomen. De rechter deelt de mening van de aanbestedende dienst dat bij een complexe en uitvoerige opdracht (het betref de

aanbesteding van het hoofdcontract van de Rotterdamsebaan) als de onderhavige niet in detail op elk aspect en elke maatregel kan en behoefte te worden ingegaan. Het gaat erom of in de afwijzingsbrief het 'totaalbeeld' voldoende is geschetst. In dit geval vindt de rechter de nadere toelichtingen 'vanzelfsprekend' een uitbreiding op de eerdere toelichtingen, alleen al omdat daarin is ingegaan op vragen die de verliezende inschrijver had gesteld en kanttekeningen die de inschrijver bij de uitgevoerde beoordeling had gemaakt. Ook is het toegestaan dat in de nadere toelichtingen andere bewoordingen worden gekozen ten behoeve van de nadere uitleg. Dat maakt echter niet dat er op ontoelaatbare wijze nieuwe redenen zijn aangevoerd en andere argumenten zijn bedacht, aldus de voorzieningenrechter.

Uit de overige vonnissen valt met moeite (gelet op de summier overwegingen) af te leiden in welke concrete gevallen een gegeven motivering in het kader van een gunningsbeslissing als voldoende moet worden beschouwd.

Er lijkt een verschil in rechterlijke toets gesignaleerd te kunnen worden, tussen een motivering ten aanzien van de geschiktheidseisen enerzijds en een motivering ten aanzien van een gegeven beoordeling op de inschrijvingen ten aanzien van de gunningscriteria anderzijds. Als het gaat om niet voldoen van de referentieopdrachten aan de gestelde geschiktheidseis, daar waar de aanbestedende dienst de betreffende inschrijver tot tweemaal toe in de gelegenheid heeft gesteld om hem te voorzien van nadere informatie met betrekking tot de in geschil zijnde referenties en vervolgens uit de gunningsbeslissing niet valt af te leiden op welke specifieke onderdelen de referenties niet voldoen, is de voorzieningenrechter toch van oordeel dat sprake is van een voldoende motivering.³⁹²

Vzr. Rb. Den Haag 1 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3660.

In het kader van motiveringen ten aanzien van de inhoudelijke inschrijvingen (op kwaliteits-/gunningscriteria) wordt er in één uitspraak overwogen dat de beoordeling in de gunningsbeslissing summier is, maar dat er duidelijk uit blijkt waarom het plan van aanpak met de betreffende score is gewaardeerd en hoe de beoordeling zich verhoudt tot de beoordeling van de winnende inschrijver. Een nadere uitvoerige toelichting, gegeven daags na de gunningsbeslissing, maakt de motivering dan compleet.³⁹³

Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5830.

In een ander vonnis overweegt de rechter dat de mededeling van de gunningsbeslissing de relevante redenen voor die beslissing dient te bevatten en dat een brief waarin de scores van winnende en verliezende inschrijver ten aanzien van de subcriteria van het criterium 'kwaliteit' worden vermeld met daarbij de positieve en negatieve aspecten per subcriterium van de inschrijving van de verliezende inschrijver als voldoende motivering moet worden aangemerkt. Temeer daar waar deze motivering daarna nader is toegelicht in een bespreking, aldus deze rechter.³⁹⁴

Vzr. Rb. Den Haag 28 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5527.

In een ander geschil waarin de aanbestedende dienst pas ter zitting met een nadere uitleg en uitgebreide onderbouwing van de gunningsbeslissing kwam, kan dat eiseres inhoudelijk niet baten, maar neemt de voorzieningenrechter dit aspect wel mee in het kader van de proceskostenveroordeling. Omdat de gemeente pas na dagvaarding eiseres uitnodigde voor een toelichting op de motivering van de gunningsbeslissing en eiseres wegens de reeds uitgebrachte dagvaarding en de daarvoor gemaakte kosten op die uitnodiging niet was ingegaan, ziet de rechter aanleiding om de proceskosten tussen partijen te compenseren.³⁹⁵

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 5 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3941.

Niet door de beugel echter kan een motivering van een gunningsbeslissing waarin geen enkel inzicht wordt gegeven in de kenmerken en voordelen van de winnende inschrijving.³⁹⁶

Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943.

Een aantal andere vonnissen waarin de rechter de motivering als voldoende aanmerkt noemen wij hier slechts, maar behandelen wij niet inhoudelijk omdat zij te casuïstisch zijn of te weinig op de details ingaan.³⁹⁷

Vzr. Rb. Den Haag 1 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6991; Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 3 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5473; Vzr. Rb. Den Haag 17 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8315; Vzr. Rb. Den Haag 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10016

Ook in een andere situatie waarin de aanbestedende dienst onzorgvuldig had gehandeld, krijgt de inschrijver desalniettemin ongelijk. Bij deze aanbesteding waren de scores in een veel later stadium (namelijk na verstrijking van de Alcateltermijn, toen de inschrijver al een kort geding aanhangig had gemaakt) verstrekt dan de gunningsbeslissing waarin de motivering per onderdeel stond opgenomen. Omdat de juistheid van de scores niet werd betwist, was eiseres niet in haar belangen geschaad door de late verstrekking van de scores.³⁹⁸

Vzr. Rb. Den Haag 15 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5561.

Het handelen van een aanbestedende dienst waarbij deze de motivering iets anders had aangepakt dan gebruikelijk, kon de rechterlijke toets doorstaan. Hier had de aanbestedende dienst (in een aanbesteding waar per perceel met drie partijen een raamovereenkomst zou worden gesloten) wel de scores van verliezende en winnende inschrijvers per verliezende inschrijver

verstrekt. In de bijgaande motivering was echter slechts aangegeven hoe de verliezende inschrijver op elk subgunningscriterium had gescoord ten opzichte van de inschrijvers die op dat criterium het maximale puntenaantal hadden behaald (maar niet altijd tevens de winnende inschrijver waren). De scores waren dus wel afgezet tegen de winnende inschrijvers, maar de motivering niet. De voorzieningenrechter is desalniettemin van oordeel dat de aanbestedende dienst voldoende inzichtelijk had gemaakt hoe hij tot de toekenning van punten aan verliezende inschrijver en winnaars van de aanbesteding was gekomen.³⁹⁹

Vzr. Rb. Amsterdam 14 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9549.

De motivering van de gunningsbeslissing waarbij een puntentabel met de scores van de twee andere inschrijvers werd gegeven en de enkele (aanvullende) mededeling dat de winnende inschrijver voor een prijs had ingeschreven die meer dan een euro onder de prijs lag die de verliezende inschrijver had geboden, acht het Hof Den Bosch onvoldoende. Er wordt immers geen enkel inzicht gegeven in de kenmerken en voordelen van de winnende inschrijving.⁴⁰⁰

Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943.

Het mag echter appellant niet baten, omdat er al definitief was gegund en de aanbestedingsprocedure – waarin een ordemaatregel mogelijk geboden zou zijn – niet meer liep.

Het antwoord op de vraag of sprake is van een voldoende motivering is vooral relevant voor de vraag wanneer de Alcatel-termijn is gaan lopen. In één zaak speelde deze kwestie in die zin dat gedaagde stelde dat eiseres te laat had gedagvaard en het Hof Den Bosch vervolgens bekeek wanneer de termijn eigenlijk was gaan lopen.⁴⁰¹

Hof Den Bosch 1 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3427.

Omdat de brief die op 4 november 2013 was verzonden niet een zodanige motivering bevatte dat een afgewezen inschrijver daarmee voldoende inzicht was verschaft in de redenen van afwijzing (uit het arrest blijkt niet hoe de inhoud van deze brief luidde) en dat pas bij een latere brief van 30 januari 2014 wel het geval was, oordeelt het hof dat de termijn pas na 30 januari 2014 was gaan lopen. Aangezien binnen 20 dagen na die datum was gedagvaard, was eiseres ontvankelijk.

In de Europese rechtspraak is een drietal arresten verschenen waarin de motiveringsplicht aan de orde kwam. Daarin heeft het Gerecht geoordeeld dat uit de voor Europese instanties geldende motiveringsplicht (waarbij ook kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en de naam van de winnende inschrijver moeten worden genoemd), op zichzelf niet verrassend, niet kan worden afgeleid dat een verliezende inschrijver op verzoek een volledige kopie van de evaluatierapporten en van de winnende inschrijving moet worden verstrekt. Ook kan geen ‘haarfijne vergelijkende analyse’ van de winnende offerte en die van de verliezende inschrijver worden geëist, noch een ‘minutieuze samenvatting van de wijze waarop elk detail van de offerte in aanmerking is genomen bij de evaluatie ervan’. Ook is de aanbestedende dienst niet verplicht nader aan te geven welke betere voorstellen de winnende inschrijver heeft gedaan en waarom die voorstellen beter zijn, omdat dat neerkomt op een ‘haarfijne vergelijkende analyse’ als hiervoor genoemd.⁴⁰²

Gerecht 8 juli 2015, T-536/11, ECLI:EU:C:2015:476; Gerecht 17 september 2015, T-691/13, ECLI:EU:C:2015:641 en Gerecht EU 7 oktober 2015, T-299/11, n.n.g.

De motiveringsplicht strekt niet zo ver dat vertrouwelijke en commercieel gevoelige informatie moet worden verstrekt, met name scores op het subgunningscriterium ‘prijs’ indien daar de precieze prijs uit kan worden afgeleid.⁴⁰³

Vzr. Rb. Amsterdam 22 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7292.

In een meervoudig onderhandse aanbesteding oordeelt de rechter dat aan de motiveringsvereisten was voldaan, waartoe de aanbestedende dienst zich blijkens de offerteaanvraag – waarvan de bewoordingen niet uit het vonnis blijken – had verplicht.⁴⁰⁴

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 29 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5736.

Volgens de CvAE geldt bij een meervoudig onderhandse aanbesteding – waarop artikel 7.20.5 ARW 2012 van toepassing was – dat het een aanbestedende dienst is toegestaan om in aanvulling op zijn verplichtingen uit voornoemd artikel een mondelinge of schriftelijke toelichting op de mededeling van de gunningsbeslissing te geven.⁴⁰⁵

CvAE 14 april 2015, advies 58.

Noemenswaardig is nog een arrest van het Gerecht waarin wordt overwogen dat de motiveringsverplichting een essentieel procedureel vereiste is en moet worden onderscheiden van de vraag of de redenen die in de motivering zijn opgenomen juist zijn. Anders dan in de Nederlandse situatie is bij de Europese instellingen die aanbesteden sprake van beslissingen die in het administratief recht zijn ingebed, reden waarom een niet in overeenstemming met de motiveringsplicht gegeven gunningsbeslissing vernietigd kan worden.⁴⁰⁶

Gerecht 14 januari 2015, T-667/11, ECLI:EU:T:2015:5.

(iii) Motivering beslissing tot intrekking aanbesteding

Een groeiend aantal rechtszaken (in vergelijking met voorgaande jaren) betreft de vraag of de aanbestedende dienst zijn besluit tot intrekking van een aanbesteding voldoende heeft gemotiveerd en in het verlengde daarvan of het besluit rechtmatig was. In alle door de rechter in de vonnissen van 2015 getoetste intrekkingbeslissingen is de beslissing voldoende gemotiveerd.

De meeste voorzieningenrechtshouders overwegen dat een aanbestedende dienst een grote mate van vrijheid toekomt om een lopende aanbesteding in te trekken en dat het besluit daartoe niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen hoeft te berusten. Als voldoende reden om een aanbesteding stop te zetten zijn in de rechtspraak gehonoreerd: de situatie waarin de aanbestedende dienst in zijn aanbestedingsdocumentatie een clausule heeft opgenomen dat het hem vrijstaat in ieder stadium van de procedure te besluiten van opdrachtverlening af te zien; [407](#)

Vzr. Rb. Den Haag 16 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2400; Vzr. Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4864; Vzr. Rb. Den Haag 11 juni 2015, C/09/486180/KG ZA 15-450, n.n.g. en Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5228.

een cruciale tegenstrijdigheid in de aanbestedingsstukken (tussen een eis en een gunningscriterium) waardoor gegadigden op een relevant punt op het verkeerde been kunnen worden gezet; [408](#)

Vzr. Rb. Den Haag 16 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2400.

de situatie dat er slechts één of geen geldige inschrijving resteert; [409](#)

Hof Den Haag 24 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:219 en Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 14 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2162.

de situatie in een meervoudig onderhandse aanbesteding dat er in de stukken twee met een uur van elkaar verschillende uiterste inschrijvingstermijnen waren genoemd; [410](#)

CvAE 3 april 2015, advies 210.

een inconsistentie in de beoordelingsmaatstaf van de inschrijvingen en een daaruit volgende strijdigheid met het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel, omdat het document door de behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver op meerdere manieren kon worden geïnterpreteerd; [411](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3676 en Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3991.

de situatie waarin de aanbestedende dienst in zijn aanbestedingsdocumentatie een bepaling heeft opgenomen dat hij niet verplicht is de opdracht te gunnen en een dergelijk besluit slechts bij hoge uitzondering zal nemen en een dergelijk uitzonderingsgeval doet zich voor (hier was sprake van omdat inschrijvingen van meer dan 12 MB niet door de mailservers van de aanbestedende dienst werden toegelaten, terwijl dat aan inschrijvers niet te kennen was gegeven en één inschrijving daadwerkelijk niet door de mailservers heen kwam, noch de betreffende inschrijver noch de aanbestedende dienst kreeg daarvan echter bericht op dat moment); [412](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 1 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3932.

indien er sprake is van nieuwe politieke en bestuurlijke inzichten, mede in het licht van externe ontwikkelingen op het gebied van nationale (en Europese) subsidies, waardoor er onvoldoende zekerheden zijn voor een (economisch) verantwoord beheer gedurende de tienjarige periode van het betreffende contract van rentmeesterschap; [413](#)

Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5228.

Een en ander laat onverlet dat het besluit om in te trekken niet in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht mag worden genomen; [414](#)

Vzr. Rb. Den Haag 11 juni, C/09/486180/KG ZA 15-450, n.n.g.

e. Voeging, tussenkomst en derdenverzet

Meestal wordt het verzoek tot tussenkomst gehonoreerd als er geen verweer wordt gevoerd; [415](#)

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 3 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5473 en Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Assen 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4061.

dan wel de betreffende partij een (voldoende of een eigen of een rechtstreeks en in rechte te erkennen) belang heeft om als partij in het geding te komen; [416](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 26 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1374; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 21 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5998; Vzr. Rb. Amsterdam 22 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7292; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 29 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5736; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7717 en Vzr. Rb. Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9316.

dan wel een partij benadeling van haar eigen rechten en rechtspositie wil voorkomen; [417](#)

Vzr. Rb. Noord-Holland 17 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11091.

Soms wordt daar in kort geding nog aan toegevoegd dat niet is gebleken dat de tussenkomst in de weg staat aan de vereiste spoed bij het kort geding en de goede procesorde in het algemeen.⁴¹⁸

Vzr. Rb. Den Haag 1 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3660; Vzr. Rb. Den Haag 17 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8315; Vzr. Rb. Den Haag 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10016 en Vzr. Rb. Rotterdam 10 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7708.

In een enkel vonnis wordt voorts overwogen dat “gelet op de zelfstandige vordering” de partij die verzoekt tot tussenkomst wordt toegelaten als tussenkomende partij.⁴¹⁹

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4570 en Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 15 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6551.

Zoals de Bredase Voorzieningenrechter echter – en naar onze mening terecht – overweegt.⁴²⁰

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 18 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8087.

volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 28 maart 2014.⁴²¹
ECLI:NL:HR:2014:768.

echter niet dat de derde die wil tussenkomen een vordering moet instellen, maar is de eis dat hij een zelfstandig vorderingsrecht pretendeert tegen een van de procederende partijen en dat hij voldoende belang heeft zich met dat doel te mengen in de lopende procedure in verband met de nadelige gevolgen die hij van de uitspraak in die procedure kan ondervinden. Om te kunnen beoordelen of de derde belang heeft bij tussenkomst en of tussenkomst gerechtvaardigd is, zal duidelijk moeten zijn wat de derde met de tussenkomst beoogt te bewerkstelligen. Het is om die reden dat de derde kenbaar moet maken welk vorderingsrecht hij pretendeert en tegen wie. Ook de Amsterdamse Voorzieningenrechter oordeelt terecht dat het niet vereist is voor tussenkomst dat een eigen vordering wordt ingediend, maar dat voldoende is dat sprake is van een eigen belang bij de uitkomst van de procedure.⁴²²

Vzr. Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7293.

In een zaak waarin wel verweer werd gevoerd tegen het verzoek tot tussenkomst subsidiair voeging, overweegt de voorzieningenrechter dat voor het aannemen van een belang bij tussenkomst is vereist dat blijkt van een belang van een derde om benadeling of verlies van een recht te voorkomen en dat voor het aannemen van een belang bij voeging voldoende is dat een uitkomst van de procedure die ongunstig is voor de partij aan wier zijde de derde zich voegt, de rechtspositie van die derde nadelig kan beïnvloeden.⁴²³

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3676 en Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3991.

Een andere voorzieningenrechter overweegt daarentegen wel – naar onze mening niet terecht – dat het verzoek tot tussenkomst wordt afgewezen omdat geen sprake is van een eigen vordering.⁴²⁴

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 16 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6560.

Aan een verzoek tot voeging wordt veelal gehoor gegeven, zonder dat de rechter er expliciet een inhoudelijke overweging aan wijdt.⁴²⁵

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685.

Indien de interventie, gelet op de toelichting in de incidentele conclusie, “meer het karakter heeft van een voeging aan de zijde van de aanbestedende dienst dan een zelfstandige tussenkomst in verband met een eigen recht”, kan het risico bestaan dat de rechter slechts voeging toestaat. Overigens betrof de in deze zaak aan de orde zijnde vordering de niet-ontvankelijkverklaring van de winnende inschrijving en een gebod tot het geven van uitvoering aan het gunningsvoornemen aan de tussenkomende partij, vorderingen die in andere zaken afdoende zijn om een rechtstreeks en in rechte te erkennen belang op te leveren.⁴²⁶

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028.

Soms wordt een verzoek tot voeging en voorwaardelijke tussenkomst gedaan, waarbij de voorwaarde dan luidt dat de aanbestedende dienst zijn standpunt wijzigt in die zin dat hij de opdracht aan een andere partij dan eiseres in het incident wenst te gunnen. In een vonnis overweegt de rechter dat er geen sprake van is dat de aanbestedende dienst aan een ander dan aan eiseres in het incident wenste te gunnen, dat de voorwaarde daarom niet was vervuld en de vordering dus geen bespreking behoeft. De voeging werd wel toegestaan.⁴²⁷

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 5 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3941.

Een wat merkwaardige vorm vanuit oogpunt van procesrecht levert het tussenkomen ‘onder voorwaarde’ op. Wij doelen hiermee

op de situatie dat de aanbestedende dienst geen verweer voert tegen het verzoek tot tussenkomst maar de eisende partij (veelal de verliezende inschrijver) daar wel bezwaar tegen maakt en dan niet zozeer tegen de tussenkomst zelf, maar tegen het verstrekken van bepaalde producties aan de interveniënt. Dit wordt meestal praktisch opgelost. De voorzieningenrechter overweegt dat de interveniënt heeft opgemerkt dat zij in beginsel wel recht heeft op alle stukken, maar er geen bezwaar tegen heeft gemaakt dat bepaalde producties niet aan haar worden verstrekt en evenmin bezwaar heeft gemaakt tegen het onleesbaar maken van een bepaald bedrag in de pleitnota en het niet voorlezen van dat bedrag tijdens de zitting. [428](#)

Vzr. Rb. Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12830. Zie ook: Vzr. Rb. Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:620.

Wij constateren dat het burgerlijk procesrecht, anders dan het bestuursrecht, onvoldoende handvatten biedt om dit soort situaties goed het hoofd te bieden.

Opvallend vinden wij het vonnis waarin wordt geoordeeld dat de partij die een kort geding aanhangig maakt, waarmee een eerdere beslissing in kort geding opnieuw ter discussie wordt gesteld, misbruik van procesrecht kan maken. De rechter acht het daartoe van belang dat het met het oog op een vlot verloop van de aanbesteding nodig is dat er snel en doeltreffend wordt geprocedeerd over de vraag of een gunningsbesluit rechtsgeëdig is. Dat brengt met zich, aldus deze Utrechtse Voorzieningenrechter, dat indien binnen de daarvoor gestelde korte termijn een inschrijver een kort geding tegen een gunningsbeslissing aanhangig maakt, andere inschrijvers die bij de uitkomst van dat kort geding belang hebben zoveel mogelijk gebruik zullen moeten maken van de mogelijkheid tot tussenkomst en voeging, zodat in één ronde, rekening houdend met de standpunten en belangen van alle betrokkenen bij de gunningsbeslissing, kan worden beslist. Die mogelijkheid zonder goede grond niet benutten en vervolgens in een afzonderlijke procedure een hernieuwde beoordeling van de rechter te vragen past niet bij het karakter van het aanbestedingsrecht.

Ook acht de rechter het van belang dat de partij tijdig op de hoogte was gesteld van het door een andere partij aanhangig gemaakte kort geding alsmede van de datum van de mondelinge behandeling. Zij had bewust afgezien van interventie. Volgens de rechter is het enige belang bij het afzien van interventie dat zij zich kosten en moeite zou kunnen besparen. [429](#)

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 17 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4694.

In een vonnis van de Arnhemse Voorzieningenrechter [430](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 15 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6551.

speelde een bijzondere situatie. Een (verliezende) inschrijver, Ballast Nedam, had binnen de gestelde Alcatel-termijn geen kort geding aanhangig gemaakt tegen de gunningsbeslissing. Toen echter een andere inschrijver dat wel deed, wilde Ballast Nedam zich alsnog voegen aan de zijde van deze inschrijver. De voorzieningenrechter overweegt daarover dat de in de *Inschrijvingsleidraad* opgenomen vervalttermijn er niet aan in de weg stond dat een inschrijver die binnen die termijn niet zelf een kort geding aanhangig heeft gemaakt, zich in een door een andere inschrijver tijdig aanhangig gemaakt kort geding voegt aan de zijde van die andere inschrijver.

Voor de toewijsbaarheid van het verzoek tot voeging is echter (wel) bepalend of een voor (in dit geval) de eiser ongunstige uitkomst van de procedure de rechtspositie van Ballast Nedam nadelig kan beïnvloeden. Daarbij verwijst de voorzieningenrechter naar het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad. In aanmerking genomen dat Ballast Nedam niet de partij is aan wie de provincie voornemens was te gunnen en zelf geen aanleiding had gezien met vorderingen jegens de provincie op te komen tegen de gunningsbeslissing en tegen haar eigen beoordeling, valt in de gegeven omstandigheden niet in te zien dat haar rechtspositie nadelig zou worden beïnvloed door een ongunstige uitkomst van dit kort geding voor eiseres. Een gunstige uitkomst voor eiseres zou mogelijk voordelig kunnen zijn voor Ballast Nedam, maar dat is niet het criterium voor een belang bij voeging. Om in een gunstiger positie te komen te verkeren heeft Ballast Nedam de mogelijkheid (gehad) zelf met vorderingen jegens de provincie op te komen tegen de gunningsbeslissing en tegen haar eigen beoordeling. Voeging aan de zijde van eiseres zuiver ter ondersteuning van de standpunten van eiseres is daarvoor niet het geëigende middel. Hoewel in het algemeen wenselijk is dat zoveel mogelijk in één ronde over een gunningsvoornemen wordt gedebatteerd tussen alle inschrijvers die daarbij belang hebben en de aanbestedende dienst, moet anderzijds ook vermeden worden dat het debat door onnodige deelneming daaraan door inschrijvers wier belangen door een ongunstige uitkomst niet worden geschaad onnodig uitdijt, met alle extra kosten en moeite voor de andere procesdeelnemers die daarmee zijn gemoeid. Het verzoek tot voeging wordt dan ook afgewezen.

f. Rechtsverwerking/Grossmann-verweer (i) Algemeen

Een bepaald kort geding-vonnis bespreken wij hier als eerste omdat daarin wordt verzocht dat de Nederlandse jurisprudentie uiteenloopt als het gaat om rechtsverwerking in aanbestedingszaken. [431](#)

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 29 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2954.
De Utrechtse Voorzieningenrechter overweegt – en terecht – het volgende:

“De voorzieningenrechter hecht eraan om op te merken dat er in de Nederlandse jurisprudentie op verschillende manieren tegen het rechtsverwerkingsverweer in aanbestedingszaken wordt aangekeken. Er is geen sprake van een eenduidige lijn op dit punt. Het is daarom dan ook niet per se zo dat de jurisprudentie waarnaar de gemeente verwijst ook in de onderhavige zaak dient te worden toegepast.”

Dit is precies het probleem, er is geen eenduidige lijn. Wij proberen hieronder desalniettemin enige lijnen te signaleren. De eerste lijn is dat het verweer vaker wel wordt gehonoreerd dan dat het wordt verworpen. Een tweede lijn is dat het niet stellen van vragen funest kan zijn in die zin dat als een punt door geen enkele inschrijver aan de orde is gesteld (niet als vraag, laat staan als bezwaar) een beroep op rechtsverwerking vrijwel steeds zal worden gehonoreerd. Het moet dan uiteraard wel om elementen gaan die al konden worden aangekaart zoals selectiecriteria, gunningscriteria, beoordelingsmethodiek, enzovoorts en niet om handelen of nalaten dat pas in het kader van de beoordeling of motivering kan blijken.

Een derde lijn – maar hier beginnen de vonnissen al enigszins uiteen te lopen – is dat het nalaten om bezwaar te maken tijdens de aanbestedingsprocedure tegen elementen die al kenbaar waren in de meeste gevallen leidt tot een geslaagd beroep op rechtsverwerking.

Een paar andere mooie algemene overwegingen staan in een arrest van het Hof Den Haag ⁴³²

Hof Den Haag 3 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2944.

waarin de achterliggende gedachte achter de plicht tot proactief handelen van de inschrijver wordt verwoord.

“Uit het Grossmann-arrest (...) moet worden afgeleid dat van een deelnemer aan een aanbesteding een proactieve houding mag worden verwacht. Daarmee wordt voorkomen dat aanbestedingsprocedures onnodig worden vertraagd en daarmee wordt bewerkstelligd dat eventuele omissies in de procedure zodanig tijdig aan de orde worden gesteld dat zij nog (eenvoudig) kunnen worden hersteld. Daarmee is niet alleen het belang van de aanbestedende dienst gediend, maar ook het belang van de (andere) deelnemers omdat voorkomen wordt dat kosten worden gemaakt voor een procedure die niet aan eisen voldoet. Het tijdstip waarop over een bepaald aspect van een aanbestedingsprocedure moet worden geklaagd, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In algemene zin dient van een gegadigde te worden verwacht dat hij zijn bezwaren kenbaar maakt zo spoedig mogelijk nadat hij kennis had of had behoren te hebben van de gestelde gebreken in de procedure.”

En:

“Wanneer een deelnemer niet klaagt over een door hem gesteld gebrek in de aanbestedingsprocedure op het tijdstip dat hij dit gebrek kende of behoorde te kennen, maar vervolgens wel inschrijft, kan de conclusie zijn dat hij zijn recht heeft verwerkt om alsnog te klagen over het gestelde gebrek. Bij dit alles dient de gegadigde wel een effectieve en doeltreffende rechtsbescherming te genieten.”

En ten slotte:

“Dit stelsel, waarbij van een deelnemer wordt verwacht zo spoedig mogelijk eventuele bezwaren naar voren te brengen, is in het Selectiedocument tot uitdrukking gebracht in paragraaf 4.3.4. De daarin gebruikte terminologie ‘tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden’ moet door een normaal oplettende en redelijk geïnformeerde deelnemer in ieder geval ook aldus worden begrepen dat daaronder (ook) bezwaren vallen die wegens gestelde strijdigheid met het Europese en nationale wettelijk kader leiden tot de noodzaak de aanbesteding af te breken. Voor een normaal oplettende en redelijk geïnformeerde deelnemer moet duidelijk zijn dat de aanbestedende dienst met een dergelijke passage beoogt te voorkomen dat een deelnemer in afwachting van de uitkomst van de aanbesteding ‘zijn kruut droog houdt’ en pas in een stadium waarin de gebreken niet meer (eenvoudig) kunnen worden geheeld, daartegen zijn bezwaren kenbaar maakt en kenbaar maakt dat hij tegen een gesteld gebrek in de aanbesteding in rechte zal opkomen. De gebruikte bewoordingen ‘voor eigen risico en rekening’ moeten ook in dat licht worden begrepen.”

(ii) Verweer gehonoreerd en waarom

Een niet alledaags geval waarin het beroep op rechtsverwerking werd gehonoreerd deed zich voor in een aanbesteding waarna reeds in 2011 raamcontracten waren gesloten en op basis daarvan onder meer in 2014 onder de raamcontractanten mini-competities werden gehouden. In het kader van die mini-competities stelde een raamcontractant dat een van de andere raamcontractanten niet zou voldoen aan de referentie-eis uit de selectieleidraad. De voorzieningenrechter oordeelt dat het recht om daartegen op te komen is verwerkt. ⁴³³

Vzr. Rb. Den Haag 19 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2346.

In dezelfde lijn ligt een vonnis met betrekking tot een concurrentiegerichte dialoog waarin een inschrijvende partij pas na de voorlopige gunningsbeslissing bezwaar had gemaakt tegen de deelname van twee partijen aan de aanbesteding. Zij wist echter al ten tijde van de selectiebeslissing wie de overige geselecteerde deelnemers waren want daarvan had de aanbestedende dienst haar

op de hoogte gesteld. Mede gelet op het karakter en de specifieke kenmerken van de tijdrovende en intensieve concurrentiegerichte dialoog overweegt de Haagse Voorzieningenrechter dat eiseres haar recht heeft verwerkt om te klagen over de deelname van twee andere inschrijvers.^{[434](#)}
Vzr. Rb. Den Haag 12 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7224.

Een inschrijver die heeft deelgenomen aan een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging op grond van artikel 3.36 Aanbestedingswet 2012 kan niet een jaar na gunning van de opdracht op basis van die onderhandelingsprocedure, van welke gunning zij op de hoogte is gesteld, nog klagen over de gevolgde onderhandelingsprocedure.^{[435](#)}

Vzr. Rb. Rotterdam 9 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1679.

Datzelfde geldt voor een inschrijver die mee heeft gedaan aan een fase in de aanbesteding waarin zij prototypes moest leveren, waarna de zogenaamde eerder aangekondigde optimaliseringsronde werd overgeslagen, zij daarvan weet had maar desalniettemin geen vragen over het overslaan van die ronde stelde, en pas toen zij de opdracht niet kreeg, over het overslaan van die ronde klaagde.^{[436](#)}

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 4 mei 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2648.

Klagen over onduidelijkheid of onvolledigheid van gunningscriteria moet gebeuren in het stadium waarin vragen kunnen worden gesteld. Als er drie nota's van inlichtingen zijn gepubliceerd waaruit blijkt dat inschrijvers ruimschoots de mogelijkheid is geboden eventuele onduidelijkheden weg te laten nemen door daarover vragen te stellen en een inschrijver geen reden heeft gezien om de gelegenheden daartoe te benutten, dan kan daarover in kort geding niet meer met vrucht worden geklaagd.^{[437](#)}

Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1689.

Ook het bezwaar dat criteria tussentijds zijn gewijzigd had eerder naar voren gebracht kunnen worden, reden waarom sprake is van rechtsverwerking.^{[438](#)}

Vzr. Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2526.

Dat geldt ook voor bezwaren tegen het tussentijds wijzigen van een selectie criterium, het hanteren van een loting als selectie criterium en het niet vermelden van het aantal geselecteerden. Al deze elementen waren vanaf begin af aan in de procedure kenbaar gemaakt en dan kan een inschrijver daar niet voor het eerst in kort geding – na een selectie/gunningsbeslissing te hebben ontvangen – over klagen.^{[439](#)}

Vzr. Rb. Den Haag 9 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2523.

Hetzelfde lot treft bezwaren tegen een praktijktest van afvalinzamelvoertuigen, welke test en de uitvoeringswijze daarvan vanaf het begin in de aanbestedingsdocumentatie stond omschreven. Als inschrijver geen vragen heeft gesteld, dan kan de wijze van uitvoering van die test niet meer in kort geding ter discussie worden gesteld.^{[440](#)}

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 11 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1378.

Ditzelfde oordeel werd geveld ten aanzien van een praktijktest van brandweervoertuigen. De wijze van uitvoering van deze test was beschreven in de aanbestedingsdocumentatie, daartegen was geen bezwaar gemaakt en dat bezwaar werd dus in kort geding gepasseerd.^{[441](#)}

Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5018.

Andere uitspraken waarin het beroep op rechtsverwerking werd gehonoreerd omdat er niet eerder bezwaren waren geuit, betroffen een gunningsmethodiek – niet op basis van emvi maar op basis van laagste prijs – waartegen inschrijver geen bezwaar had geuit tijdens de aanbesteding zelf.^{[442](#)}

Vzr. Rb. Den Haag 28 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5527.

het hanteren van een beoordelingsprotocol dat al in de uitnodiging tot inschrijving stond genoemd en waar geen vragen over waren gesteld.^{[443](#)}

Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5830.

klachten over onduidelijkheid in de gehanteerde beoordelingsmethodiek die op 11 mei 2015 bij de aanbestedende dienst zijn geuit, waarna op 13 mei een inschrijving is gedaan terwijl pas op 18 mei 2015 de inschrijvingstermijn sloot. In die situatie waarbij dus niet eens gewacht werd op de antwoorden van de aanbestedende dienst is het in kort geding aanvoeren van bezwaren over die beoordelingsmethodiek te laat.^{[444](#)}

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028.

de wijze van beoordeling door het beoordelingsteam, de te hanteren volgorde in te beoordelen gunningscriteria en de daarbij te hanteren beoordelingsmethodiek; [445](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 13 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7792.

een bestekseis waarvan pas in kort geding wordt aangevoerd dat deze niet had mogen worden gesteld; [446](#)

Vzr. Rb. Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12830.

een eis dat de raad van commissarissen of raad van toezicht meervoudig moet zijn samengesteld waarover pas in kort geding wordt geklaagd en waarover geen vragen zijn gesteld; [447](#)

Vzr. Rb. Den Haag 27 oktober 2015, C/09/495117/KG ZA 15-1313, n.n.g.

een selectie criterium, een lotingsmethodiek en het aantal uit te nodigen gegadigden als daar niet in een eerder stadium over is geklaagd; [448](#)

Hof Den Haag 3 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2944.

de stelling dat toegeschreven is naar een bepaalde techniek terwijl daar niet eerder over is geklaagd; [449](#)

Vzr. Rb. Den Haag 27 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13588.

een eis inzake het overleggen van bewijsmiddelen (certificaten) in het kader van een selectie-eis, waarover voor het eerst ter zitting wordt geklaagd; [450](#)

Vzr. Rb. Den Haag 23 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15583.

de stelling dat drie A4'tjes onvoldoende ruimte bieden om aan te tonen dat men aan de gunningscriteria voldoet, welke stelling pas na sluiting van de inschrijvingstermijn wordt ingenomen; [451](#)

Vzr. Rb. Den Haag 17 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8315.

pas ter zitting bezwaar maken tegen de beperkte omvang en eenzijdige samenstelling van de beoordelingscommissie terwijl wel eerder vragen zijn gesteld over de beoordelingscommissie als zodanig; [452](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 26 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3654.

het feit dat er maar twee proefvlakken met bestrating door een aantal inschrijvers moest worden aangelegd, en niet vier, zoals eiseres pas ter zitting stelde, tegen welk punt zij al in een veel eerder stadium bezwaar had kunnen maken; [453](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 16 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1359.

In sommige vonnissen gooien rechters het over de boeg van de overweging dat de litigieuze tekst in de aanbestedingsdocumentatie duidelijk is. Als er dan geen vragen over de bepaalde passage (over respectievelijk techniekkeuze, gevraagde ervaring, vermeende inconsistenties binnen de aanbestedingsdocumentatie) zijn gesteld komt dat 'voor rekening van de inschrijver' [454](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 4 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:739; Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 25 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5567 en Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 16 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6560.

In een ander vonnis wordt slechts overwogen dat de gunningsmethodiek vaststaat omdat gesteld noch gebleken is dat eiseres voorafgaande aan de inschrijvingsdatum bezwaar heeft gemaakt tegen de te hanteren gunningsmethodiek; [455](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 29 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5736.

Voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking is overigens niet vereist dat daaromtrent een passage is opgenomen in de aanbestedingsdocumentatie; [456](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9316.

Ook in een (private) aanbesteding van een zorgverzekeraar waarop, aldus de voorzieningenrechter, het Europees en Nederlands aanbestedingsrecht niet van toepassing is geldt dat een proactieve houding – indien dit in de aanbestedingsdocumentatie is aangegeven – van inschrijvers wordt verwacht en dat indien de stukken dat vereisen, bezwaren nadrukkelijk als zodanig moeten worden gepresenteerd. Als dan pas in kort geding wordt betoogd dat de vragen eigenlijk bezwaren waren, dan is het geldend maken van het vorderingsrecht van eiseres naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar; [457](#)

Vzr. Rb. Den Haag 6 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12963.

In een andere aanbesteding van een zorgverzekeraar werd de stelling van meerdere eiseressen dat sprake zou zijn van discriminatoire eisen/guningscriteria dan wel anderszins van een ondeugdelijke aanbestedingsprocedure verworpen, omdat er geen vragen waren gesteld binnen de daartoe gestelde termijn. Daarna is het als het ware 'een gepasseerd station' [458](#)

Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15388; Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15467; Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15479; Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15480; Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15481.

(iii) Verweer niet gehonoreerd en waarom niet

Het verweer wordt verworpen indien er bezwaren tegen het handelen van de aanbestedende dienst worden geformuleerd die er op neer komen dat de aanbestedende dienst in strijd met gelijkheid en transparantie zou hebben gehandeld omdat hij zich niet aan zijn eigen beoordelingsmethodiek zou hebben gehouden. Dat bezwaar heeft dus niets te maken met eisen/criteria die van te voren al bekend waren en dus is geen sprake van rechtsverwerking.⁴⁵⁹

Vzr. Rb. Rotterdam 6 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:45.

Bij tijdig – voor inschrijvingstermijn – kenbaar gemaakte bezwaren over in de aanbestedingsdocumentatie opgenomen gunningscriteria, zowel bij de aanbestedende dienst als bij het Klachtenmeldpunt van de aanbestedende dienst) slaagt het beroep op rechtsverwerking evenmin.⁴⁶⁰

Vzr. Rb. Den Haag 16 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14662.

Vragen die tijdens de nota's van inlichtingen worden gesteld en die gelet op de bewoordingen ervan moeten worden opgevat als bezwaren, staan aan een geslaagd beroep op rechtsverwerking in de weg. Het feit dat inschrijver met het indienen van een inschrijving wordt geacht te hebben ingestemd met de toepasselijkheid en inhoud van de offerteaanvraag maakt dat niet anders, omdat inschrijver in feite met zijn rug tegen de muur staat. Als hij immers een voorbehoud maakt ten aanzien van het element waartegen hij bezwaar heeft, dan was zijn inschrijving ongeldig verklaard wegens het verbinden van voorwaarden aan zijn inschrijving.⁴⁶¹

Deze overweging staat weer haaks op een overweging in een vonnis van de Bredase Voorzieningenrechter, die juist in het kader van een Grossmann-verweer het aan de inschrijver verwijt de inschrijving niet onder protest en/of voorbehoud te hebben gedaan; zie Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028.

De aanbestedende dienst in kwestie had niet in de aanbestedingsstukken opgenomen dat inschrijvers nog voor inschrijving een kort geding aanhangig moesten maken of een klacht bij de CvAE moesten indienen, dus een verdergaande proactieve houding werd niet van inschrijvers verwacht. Onder die omstandigheden en omdat ook anderszins niet was gebleken dat de aanbestedende dienst haast had (immers, de Alcateltermijn was een keer verlengd en de continuïteit van de betreffende concessie voor diensten was niet in het geding), werd het beroep op rechtsverwerking verworpen.⁴⁶²

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 29 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2954.

Ook het Hof Den Bosch is van oordeel dat de enkele omstandigheid dat eiseres geen voorbehoud heeft gemaakt bij haar inschrijving, onvoldoende is voor rechtsverwerking. Maar indien eiseres bezwaren heeft tegen de gehanteerde gunningssystematiek, moet zij de aanbestedende dienst dat melden om de aanbestedende dienst de mogelijkheid te geven daar nog wat mee te doen.⁴⁶³ Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943.

Bij een onduidelijkheid die door aanbestedende dienst in het leven is geroepen door een beoordelingssystematiek op te nemen die voor meerderlei uitleg vatbaar, maar ook weer niet voor eenieder objectief kenbaar was, slaagt een beroep op rechtsverwerking evenmin.

“Indien het voor een inschrijver duidelijk is dat zijn of haar interpretatie de juiste is en hij of zij zich niet realiseert of behoeft te realiseren dat ook een andere interpretatie mogelijk is, zal hij of zij immers geen aanleiding zien voor het stellen van een vraag. Bovendien ligt het in de eerste plaats op de weg van gedaagde om te zorgen voor een beschrijving die niet voor meerderlei uitleg vatbaar is,”

aldus de Voorzieningenrechter in Den Haag.⁴⁶⁴

Vzr. Rb. Den Haag 1 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6454.

Als er door andere inschrijvers vragen zijn gesteld of bezwaren zijn gemaakt is het in het kader van de behandeling van een rechtsverwerkingsverweer – tenzij de aanbestedingsstukken daar iets specifiek over bepalen – niet relevant of de vragen/bezwaren al dan niet door eiseres zelf zijn opgeworpen.⁴⁶⁵

Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943.

Een beroep op rechtsverwerking faalt ook in het volgende geval: tien ondernemingen waren geselecteerd om een inschrijving in te dienen, waaronder eisende partij en de partij aan wie uiteindelijk het voornemen tot gunning uitging. Alle ondernemingen die waren geselecteerd waren op de hoogte van elkaars namen. Eiseres maakte tegen de voorgenomen gunningsbeslissing bezwaar met de stelling dat de voorlopige winnaar niet voldeed aan een referentie-eis. In het kader van het rechtsverwerkingsverweer van de aanbestedende dienst overweegt de rechter dat van inschrijvende partijen in dit geval niet verwacht kon worden dat zij reeds in de selectiefase, nog voordat bekend was aan welke partij de aanbestedende dienst voornemens was te gunnen, van alle tien

ondernemingen die geschikt waren bevonden, zouden nagaan of zij met hun aanmelding aan alle geschiktheidscriteria voldeden. [466](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 29 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3931.

Een verschil in oordeel dus ten opzichte van het hiervoor genoemde vonnis [467](#)

Vzr. Rb. Den Haag 12 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7224.

inzake een concurrentiegerichte dialoog, waar juist een bezwaar ten tijde van de voorlopige gunningsbeslissing als tardief werd aangemerkt om nog op te komen tegen de selectie van deelnemers aan de dialoog.

Ook bij de CvAE wordt kennelijk door beklagden, zijnde meestal aanbestedende diensten, aangevoerd dat de klager te laat is met zijn klacht. De CvAE concludeert in een geval waarin klager, die vervolgens niet inschreef op de opdracht, zich voldoende proactief had opgesteld en bezwaren tegen de procedure bij de aanbestedende dienst had kenbaar gemaakt, dat klager dus niet te laat was bij de CvAE met zijn daar ingediende klacht. [468](#)

CvAE 22 januari 2015, advies 153.

Ten aanzien van een andere klacht oordeelt de CvAE dat klager wel te laat is, omdat zijn handelwijze er aan in de weg staat dat hij in het stadium na ontvangst van de gunningsbeslissing nog tegen de vermeende schending van het transparantiebeginsel (wijziging van de samenstelling van de beoordelingscommissie) kon opkomen, daar waar zij er noch bij ontvangst van een e-mail waarin stond dat de commissie van samenstelling zou worden gewijzigd, noch bij aanvang van de presentatie over heeft geklaagd. [469](#)
CvAE 17 augustus 2015, advies 109.

In een aanbesteding waar de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging was gevolgd en waar in hoger beroep de vraag rees of niet eigenlijk ten onrechte een meervoudig onderhandse aanbesteding was gevolgd, gaat het Hof Den Bosch aan het rechtsverwerkingsverweer voorbij, omdat partijen het erover eens waren dat de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mocht worden gevolgd. [470](#)

Hof Den Bosch 1 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3427.

g. (Niet-)ontvankelijkheid op andere gronden

Indien drie aanbestedende diensten tezamen een aanbesteding voeren en eiseres dagvaardt er slechts een (die als penvoerder is aangewezen en die de aanbesteding uitvoert mede namens de andere twee), dan kan sprake zijn van een rechtsverhouding tussen de drie aanbestedende diensten, zowel onderling als in relatie tot de inschrijvers, die processueel ondeelbaar moet worden geacht, in die zin dat het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van (alle drie) de aanbesteders gezamenlijk in dezelfde zin luidt. [471](#)

Vzr. Rb. Noord-Holland 4 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4561.

Een beroep op de *exceptio plurium litis consortium* door de aanbestedende dienst slaagt, als gevolg waarvan eiseres niet-ontvankelijk wordt verklaard.

Indien een contractuele vervaltermijn is overeengekomen op grond van de aanbestedingsstukken waarin staat dat de dagvaarding – waarbij wordt opgekomen tegen de gunningsbeslissing – tijdig en correct moet worden uitgebracht, is een partij die de verkeerde rechtspersoon dagvaardt binnen de gestelde termijn niet-ontvankelijk, omdat pas sprake is van een correcte dagvaarding als deze aan de juiste rechtspersoon is uitgebracht. [472](#)

Vzr. Rb. Den Haag 7 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6080.

Dagvaarden tegen een dag waarop het gerechtshof geen zitting houdt, geldt niet als een gebrek in de dagvaarding dat leidt tot nietigheid ervan. Geïntimeerden hadden geen rechtens te respecteren belang bij een hersteexploot, omdat zij in het geding waren verschenen en bovendien niet (onredelijk) in hun verdedigingsbelang waren geschaad. [473](#)

Hof Den Bosch 22 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3686.

Ook bij de CvAE kan sprake zijn van niet-ontvankelijkheid, namelijk als de klacht betrekking heeft op handelen of nalaten dat niet binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt. Dat kan het geval zijn als de klacht zich richt op de wijze waarop een intern klachtenmeldpunt van de aanbestedende dienst omgaat met een klacht die bij dat meldpunt is ingediend tegen de aanbestedende dienst. [474](#)

CvAE 26 maart 2015, advies 197.

h. Schadevergoeding/verlies van een kans

In een kort geding over een verleende opdracht voor zogenaamd VIP-vervoer van de Provincie Zuid-Holland, vorderde eiseres

voortzetting van een buitengerechtelijk ontbonden raamovereenkomst en veroordeling van de provincie tot betaling van een bedrag vanwege gedeelde winst en een voorschot op schadevergoeding. De voorzieningenrechter overweegt dat ten aanzien van geldvorderingen in kort geding terughoudendheid is geboden.⁴⁷⁵

Vzr. Rb. Den Haag 22 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4548.

Ten aanzien van het voorschot op schadevergoeding geldt dat daarvan enkel sprake kan zijn als voldoende aannemelijk is dat de provincie de overeenkomst ten onrechte heeft ontbonden. Dat was niet het geval.

Voor het toekennen van schadevergoeding voor de kosten die door een inschrijver zijn gemaakt vanaf start en tot intrekking van een aanbestedingsprocedure, is geen grond omdat die worden geacht te vallen onder het ondernemersrisico, zeker als de aanbestedende dienst gegadigden daar ook nog eens op heeft gewezen in de aanbestedingsdocumentatie.⁴⁷⁶

Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5228.

In een vonnis van de Rechtbank Gelderland wordt ten aanzien van de vordering tot schadevergoeding overwogen dat de lat voor het aannemen van onrechtmatig handelen en aansprakelijkheid jegens de lager scorende inschrijver hoog ligt. Zeker als het, zoals in dat geschil, niet om harde en objectief en eenduidig vast te stellen parameters zoals een vaste eenheidsprijs gaat, maar om de waardering van kwaliteitsaspecten, implementatieplannen en plannen van aanpak.⁴⁷⁷

Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 18 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7721.

De rechtbank komt vervolgens tot het oordeel dat de (deskundige) beoordelingscommissie in redelijkheid de winnende inschrijving beter heeft gewaardeerd dan die van de eisende partij.

Als vaststaat dat de opdracht ten onrechte is gegund aan een bepaalde onderneming, terwijl dit in strijd is met de eisen in het bestek en haar inschrijving terzijde gelegd had moeten worden, dan is dat in strijd met de wet en daarom ongeoorloofd. De gestelde schade zou niet zijn ingetreden indien de opdracht niet in strijd met de eisen aan de betreffende partij zou zijn gegund, omdat eiseres dan 'in het rijtje zou opschuiven' en voor een perceel in aanmerking zou komen indien de inschrijving van de betreffende inschrijver terzijde zou zijn gelegd. Kortom, dan is aan alle vereisten voor een onrechtmatige daad voldaan en wordt de zaak naar de schadestaat verwezen.⁴⁷⁸

Rb. Amsterdam 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9752.

In een andere belangrijke uitspraak stond de vordering tot schadevergoeding centraal, waarbij de schade zou bestaan uit de winst die appellante had geleden door 'het mislopen van de aanbestedingsovereenkomst'. In deze zaak stelde appellante dat de inhoud van de opdracht wezenlijk was gewijzigd. Hoewel dat op zichzelf onrechtmatig jegens de afgewezen inschrijvers kan zijn, aldus het Hof Den Haag, kan de vordering tot vergoeding van gedeelde winst wegens het mislopen van de gewijzigde opdracht slechts slagen als voldoende aannemelijk is dat appellante de opdracht gegund zou hebben gekregen wanneer zij op de gewijzigde opdracht had kunnen inschrijven. Daartoe had appellante onvoldoende feiten aangedragen.⁴⁷⁹

Hof Den Haag 22 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2466.

Voor zover de stellingen van appellante aldus moesten worden begrepen dat zij door de handelwijze van de aanbestedende dienst de kans op de opdracht had gemist en dat er in zoverre schade voor haar en causaal verband met het gestelde onrechtmatig handelen van de aanbestedende dienst bestond, zou die schade volgens het hof moeten worden geschat. Tenzij de kans op die schade nihil of zeer klein is. Omdat appellante als laatste was gerangschikt doet die tenzij-situatie, aldus het hof, zich voor. Voor schatting van schade als gevolg van het missen van een kans op de gewijzigde opdracht is dus geen ruimte.

In een geschil tussen een raamcontractant en het Bureau voor Harmonisatie binnen de Interne Markt (BHIM) werd een aanbesteding ter discussie gesteld waarbij raamovereenkomsten met drie dienstverrichters werden gesloten die volgens het cascadesysteem werden ingeschakeld. Dat systeem houdt in dat, indien de als eerste gerangschikte inschrijver de vereiste diensten niet kan verrichten, het BHIM zich tot de tweede zal wenden, enzovoorts. De raamcontractant stelde dat zij ten onrechte als derde was geëindigd en vorderde geen vergoeding voor het verlies van de betrokken opdracht, maar enkel voor het verlies van een kans om deze opdracht binnen te halen, alsook voor de morele schade die zij hebben geleden door de aantasting van hun reputatie en geloofwaardigheid. Er waren volgens het Gerecht door het BHIM materiële onrechtmatigheden begaan, namelijk schending van het gelijkheids- en het transparantiebeginsel en zij had kennelijke beoordelingsfouten gemaakt. Het Gerecht oordeelt dat de materiële onrechtmatigheden die de aanbestedende dienst had begaan in het kader van de beoordeling van de offertes de kansen van de betreffende inschrijver om als eerste of als tweede in het cascadesysteem te worden gerangschikt konden ondermijnen. Het Gerecht oordeelt dan ook dat deze inschrijver voor het verlies van een kans moet worden vergoed aangezien het gunningsbesluit het voor haar in de praktijk definitief volkomen onmogelijk maakte om hoger te worden gerangschikt en dus de kans volledig uitsloot dat aan haar specifieke overeenkomsten zouden worden gegund. De begroting van de schade wordt tot een later stadium aangehouden.⁴⁸⁰

Gerecht 7 oktober 2015, T-299/11, n.n.g.

Het HvJ EU heeft in een prejudiciële Oostenrijkse procedure bepaald dat het Europees recht zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling die voor het instellen van een vordering tot schadevergoeding wegens inbreuk op het aanbestedingsrecht een bepaalde eis stelt wanneer deze eis vooral in strijd is met het (Europese) rechtsbeschermings-beginsel van doeltreffendheid. Die (Oostenrijkse) eis luidde dat pas schadevergoeding kon worden gevorderd als was vastgesteld dat sprake was van een onrechtmatige procedure – in dit geval door de opdracht niet van te voren te hebben aangekondigd –, waarbij voor die vordering tot vaststelling van onrechtmatigheid een vervaltermijn van zes maanden gold, ongeacht of eiser wel of niet kennis kon hebben van het genomen besluit en de onrechtmatigheid van het besluit van de aanbestedende dienst. Het HvJ EU komt tot dit oordeel omdat bij het ontbreken van een voorafgaande bekendmaking een persoon die schade heeft geleden door de vervaltermijn van zes maanden mogelijk niet de vereiste informatie kan verzamelen voor een eventueel beroep. [481](#)

HvJ EU 26 november 2015, C-166/14, ECLI:EU:C:2015:779.

i. Belangenafweging

Is er in hoger beroep, als de overeenkomst na het vonnis in eerste aanleg is gesloten en ook reeds wordt uitgevoerd, plaats voor een belangenafweging? Indien de in artikel 254 lid 1 Rv genoemde belangenafweging een voorziening vereist, die er in bestaat dat een verbod wordt opgelegd de overeenkomst verder uit te voeren, dan kan het hof een dergelijke ordemaatregel opleggen. [482](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122.

Bij de belangenafweging spelen zowel de belangen van de verliezende inschrijver, als die van de aanbestedende dienst en de opdrachtnemer een rol.

Ook indien in hoger beroep wordt geoordeeld dat de aanbestedende dienst een fundamenteel beginsel als het non-discriminatiebeginsel heeft geschonden, dan kan een belangenafweging toch met zich brengen dat een vordering tot schorsing van een reeds lopende overeenkomst wordt afgewezen, omdat de belangen van de aanbestedende dienst zo groot zijn dat toewijzing van de vordering tot schorsing van de uitvoering niet aanvaardbaar is. Die belangen dienen dan voldoende concreet te zijn benoemd en voldoende aannemelijk te zijn gemaakt. De stelling van de veiligheidsregio dat haar communicatieapparatuur verouderd was, dat daarmee grote risico's werden gelopen en dat deze om die reden snel vervangen moest worden, kan een voldoende zwaarwegend belang zijn maar dan moet dit wel voldoende worden onderbouwd. Als dat niet gebeurt, leidt de belangenafweging niet tot afwijzing van de schorsing van de uitvoering van de overeenkomst. [483](#)

Hof Den Bosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:479.

In een kort geding bij de Rotterdamse Voorzieningenrechter werd een belangenafweging gemaakt bij de beantwoording van de vraag of Eneco (een speciale-sectorbedrijf) al dan niet terecht was overgegaan tot de procedure van gunning via onderhandelingen en de daaraan gestelde voorwaarden. [484](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 9 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1679.

De voorzieningenrechter oordeelt dat aan de voorwaarden om een procedure van gunning via onderhandelingen te volgen was voldaan en dat een belangenafweging niet tot een ander oordeel leidde en dat eiseres in een (reeds door haar aanhangig gemaakte) bodemprocedure de door haar gestelde fouten in de gevolgde aanbestedingsprocedure aan de orde kon stellen en haar schade daarin kon vorderen.

In een ander geschil wordt geoordeeld dat een belangenafweging tussen het belang van de aanbestedende dienst bij instandhouding van een ongeldigverklaring van een inschrijving en het belang van de inschrijver bij deelname aan de aanbestedingsprocedure niet aan de orde is, omdat in het aanbestedingsrecht het slechts gaat om de vraag of de aanbestedende dienst heeft gehandeld conform de van toepassing zijnde aanbestedingswetgeving. [485](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 16 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6560.

Voor een belangenafweging in de 'bilaterale' verhouding tussen aanbestedende dienst/inschrijver is anders gezegd in deze zaak geen plaats als gelijkheids- en transparantiebeginsel de aanbestedende dienst dwingen om op een bepaalde manier jegens alle inschrijvers (in de 'multilaterale' verhouding) te handelen.

j. 843a Rv./inzage/openbaarmaking/Wob

Artikel 843 a Rv bepaalt dat hij die daarbij rechtmatig belang heeft, op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel kan vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft.

Daar waar eiseres in kort geding tevens een bodemprocedure aanhangig heeft gemaakt en daarbij een incident ex artikel 223 Rv heeft geëntameerd (waarbij een incidentele vordering tot het treffen van een voorlopige voorziening in een bodemprocedure wordt

ingesteld) moet de vordering op grond van artikel 843a Rv in kort geding al wegens gebrek aan spoedeisend belang worden afgewezen.⁴⁸⁶

Vzr. Rb. Rotterdam 9 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1679.

In een bijzonder geschil tussen een architect en de Staat (RGD)⁴⁸⁷

Vzr. Rb. Den Haag 9 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3979.

stelde de architect – die eind jaren tachtig van de vorige eeuw een ontwerp had gemaakt voor hergebruik van het zogenaamde B30-gebouw in Den Haag – dat de Staat hem bij de in 2010 gerezen plannen voor de verbouwing van het B30-gebouw had gepasseerd. Hij maakte bezwaar tegen de keuze van de Staat om de architect bij deze grote verbouwing te delegeren aan de consortia die op het project zouden inschrijven en dus een eigen architect zouden mogen kiezen. De architect vorderde een verbod op sloop- en bouwwerkzaamheden en een gebod op te leggen aan de Staat om hem schriftelijk te informeren over de volledige details van het bouwplan. De gevorderde bouwstop werd afgewezen maar de vordering waarmee eiser beoogde een kopie van alle bouwtekeningen te verkrijgen zodat hij – mede ten behoeve van een eventuele bodenprocedure – kon vaststellen in hoeverre zijn rechten werden geschonden werd deels toegewezen. De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden van deze vordering aan en oordeelt dat deze kon worden gebaseerd op artikel 843a Rv, waarbij het onbepaalde begrip ‘volledige details’ in de vordering door de rechter werd gepreciseerd tot ‘een kopie van alle bouwtekeningen’.

Een ander bijzonder geschil waarin inzage in stukken met een beroep op artikel 843a Rv werd gevorderd, betrof de ex-medewerker van Veolia Transport Limburg die aan medewerkers van dochtermaatschappij Qbuzz vertrouwelijke informatie over Veolia zou hebben doorspeeld. De openbaar- vervoersconcessie van de provincie Limburg werd uiteindelijk gegund aan Abellio, onder welk concern Qbuzz ook valt. De betreffende ex-medewerker vorderde inzage in een aantal stukken, waaronder verklaringen van sleutelfiguren, notulen van vergaderingen, e-mailwisseling en andere (interne) correspondentie binnen het concern van Qbuzz. De rechtbank wijst zijn vorderingen gemotiveerd af, omdat geoordeeld wordt dat eiser onvoldoende had onderbouwd dat hij op het moment van het geschil een rechtmatig belang had bij het verschaffen van een afschrift van genoemde stukken. Dat dit mogelijk in de toekomst anders zou kunnen uitpakken, omdat dan duidelijk is welke verwijten jegens eiser geuit zullen worden en welke vorderingen jegens hem zullen worden ingesteld, maakt niet dat hij op dit moment op basis van artikel 843a Rv aanspraak kan maken op het verschaffen van afschrift van de stukken.⁴⁸⁸

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 9 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8783.

Een aanbestedende dienst hoeft de prijzen van inschrijvers niet bekend te maken. Gelet op artikel 2.138 Aanbestedingswet 2012 behoeft een aanbestedende dienst gegevens betreffende de gunning niet te openbaren indien daarmee de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zouden kunnen worden geschaad en/of afbreuk zou kunnen worden gedaan aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers.⁴⁸⁹

Vzr. Rb. Den Haag 17 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8315.

In een geschil waarop de vordering tot openbaring van informatie kennelijk werd gebaseerd op het *Varec*-arrest van het HvJ EU,⁴⁹⁰

HvJ EU 14 februari 2008, C-450/06, ECLI:EU:C:2008:91.

oordeelt het hof in hoger beroep dat de verzekering van de bescherming van de rechtmatige belangen van appellante bij een eerlijk proces en behoud van een eerlijke mededinging in het onderhavige geval niet tot verdergaande openbaring van informatie nopen.⁴⁹¹

Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem 14 juli 2015, 200.169.250, n.n.g.

Er is geen verplichting voor de aanbestedende dienst om een ingediende offerte – als door een andere inschrijver getwijfeld wordt of onderdelen daarvan wel uit de betreffende offerte afkomstig zijn – geheel in het geding te brengen, mede in aanmerking genomen dat het vertrouwelijk karakter van die offerte daaraan in beginsel in de weg zou staan.⁴⁹²

Rb. Rotterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8658.

Indien op de aanbestedingsprocedure de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is omdat de procedure voor 1 april 2013 is gestart, dan geldt dat een openbaarmakingsverzoek op grond van de Wob in behandeling moet worden genomen (immers, Raamwet EEG-voorschriften en Bao bevatten geen bijzondere openbaarheidsregeling met een uitputtend karakter) aangezien de bijzondere openbaarheidsregeling van de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is.⁴⁹³

Rb. Overijssel, zittingsplaats Zwolle 19 mei 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2326.

k. Dwangsom

In de meeste vonnissen waarbij een dwangsom is gevorderd, wordt deze niet toegewezen indien de aanbestedende dienst een

publiekrechtelijke rechtspersoon is. [494](#)

Vzr. Rb. Den Haag 6 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1124; Vzr. Rb. Rotterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2483; Vzr. Rb. Rotterdam 6 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3380; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 21 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5998; Vzr. Rb. Den Haag 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10438; Vzr. Rb. Den Haag 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10440.

Een dwangsom wordt evenmin opgelegd als gedaagde uitdrukkelijk verklaart dat zij rechterlijke uitspraken pleegt na te komen en eiser niet heeft gesteld dat en waarom dat in deze zaak niet het geval zou zijn. [495](#)

Vzr. Rb. Den Haag 1 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6454; zie ook Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 8 september 2015, C/05/287446/KG ZA 15-391, n.n.g.

Een aantal scholengemeenschappen die een advies van de CVAE naast zich neer hadden gelegd, kregen desondanks geen dwangsom opgelegd, omdat de rechter vooralsnog aanneemt dat de scholen vrijwillig aan het vonnis zouden voldoen. [496](#)

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 1 mei 2015, ECLI:NL:2015:2951.

Bij private aanbesteders ligt dat anders. Dan worden dwangsommen, als stimulans tot nakoming van de gegeven beslissing, aangewezen geacht. [497](#)

Vzr. Rb. Den Haag 30 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:929.

In een vonnis van de Rechtbank Gelderland werd de aanbestedende diensten een bevel opgelegd een aanbestedingsprocedure te organiseren binnen een termijn van twee maanden na het onherroepelijk worden van het vonnis, op straffe van een aan eiseres te verbeuren dwangsom. [498](#)

Rb. Gelderland 29 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5490.

I. (Geen) (spoedeisend) belang

Een bijzondere situatie deed zich voor in een aanbesteding waar eiseres – die niet was geselecteerd – vorderde dat zij werd toegelaten tot de gunningsfase. De behandeling van dat kort geding stond gepland op 23 februari 2015. Vervolgens maakte eiseres een ander kort geding aanhangig, waarin zij vorderde dat de aanbestedende dienst niet over ging tot de gunningsfase en het bekendmaken van de gunningsleidraad voordat in het kort geding dat op 23 februari diende vonnis was geweest. De aanbestedende dienst, RWS, verweerde zich met het argument dat eiseres geen belang had bij haar vorderingen in het tweede kort geding. Dit verweer werd gehonoreerd. RWS zou met de gunningsfase beginnen half januari 2015 en de datum voor indiening van de inschrijvingen was bepaald op 11 maart 2015. Het vonnis in het kort geding dat op 23 februari gepland stond zou geweest worden op 9 maart 2015. Er zou dus geen onomkeerbare situatie ontstaan door met de gunningsfase te beginnen, die immers altijd kon worden opgeschort indien dat als gevolg van het vonnis van 9 maart nodig zou zijn. De voorzieningenrechter acht het daarbij van belang dat eiseres in deze zaak zelf voor vertraging van de behandeling had gezorgd, door zeer veel verhinderdata op te geven en slechts twee data in januari en één datum in februari beschikbaar te hebben. Dit viel niet goed te rijmen met het door haar gestelde spoedeisende belang. Wegens gebrek aan belang wordt haar vordering afgewezen. [499](#)

Vzr. Rb. Den Haag 9 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:289.

RWS stelde ook in het kort geding waarvan de behandeling op 23 februari 2015 plaatsvond dat eiseres geen spoedeisend belang zou hebben. Daar ging de voorzieningenrechter aan voorbij. Als de stelling van eiseres juist zou zijn dat zij ten onrechte niet was uitgenodigd tot het doen van een inschrijving, dan had zij er ook een paar weken voor de in schrijvingstermijn nog alle belang bij dat aan die situatie zo snel mogelijk een einde werd gemaakt. De vorderingen waren dus naar hun aard reeds spoedeisend. [500](#)

Vzr. Rb. Den Haag 9 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2523.

De vordering van een tussenkomende partij wordt afgewezen wegens gebrek aan belang indien er geen enkele aanleiding bestaat te veronderstellen dat de aanbestedende dienst – na afwijzing van de vorderingen van eiseres in de hoofdzaak – zal afwijken van haar gunningsvoornemen en de opdracht aan een ander dan aan de tussenkomende partij zal gunnen. [501](#)

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 11 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7003.

Overigens behoeft het afwijzen van de vordering van de tussenkomende partij wegens gebrek aan belang niet te beteken dat haar tussenkomst onnodig is geweest. Daar kan zij, gelet op de door eiseres in de hoofdzaak ingestelde vorderingen, voldoende belang bij hebben. [502](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 22 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:312.

De Haagse Voorzieningenrechter overweegt dat van gebrek aan belang ook sprake is bij een inschrijver – van wie de inschrijving

terecht ongeldig is verklaard – die vordert dat de inschrijving van de winnende inschrijver ongeldig wordt verklaard. De redenering is dan dat de inschrijving van eiseres terecht ongeldig is verklaard, zodat toewijzing van haar vordering dat de inschrijving van de andere inschrijver ongeldig wordt verklaard, toch niet kan leiden tot gunning aan haar. Daarbij kwam dat de aanbestedende dienst ter zitting had verklaard de inschrijving van de betreffende partij alsnog ongeldig te gaan verklaren omdat zij haar inschrijving niet gestand kon doen.[503](#)

Vzr. Rb. Den Haag 7 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:105456.

Een eisende partij heeft onvoldoende belang bij een vordering tot herbeoordeling als die tot geen andere uitkomst kan leiden dan ongeldigverklaring van haar inschrijving.[504](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 15 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6551.

Als er een kans bestaat dat de eisende partij (de als nummer 3 geëindigde) alsnog voor gunning in aanmerking zou kunnen komen, ook al is die kans miniem, dan heeft eiseres een rechtens te respecteren belang bij haar vorderingen. Ook al zien die vorderingen onder meer op een gebod een proefopstelling van de als tweede geëindigde partij te testen en te bepalen of zij voldoet. De minieme kans dat zij voor gunning in aanmerking komt, zou immers ontstaan op het moment dat de voorgenomen gunning aan de nummer 1 moet worden ingetrokken, de nummer 2 niet blijkt te voldoen in de test, en de aanbestedende dienst dan dus bij eiseres (nummer 3) moet aankloppen.[505](#)

Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 13 november 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5167.

Er is (in hoger beroep) eveneens sprake van gebrek aan belang bij appellant in het geval de aanbestedende dienst, geïntimeerde, heeft aangegeven de aanbestedingsprocedure hoe dan ook te zullen beëindigen, ook indien de inschrijving van appellant niet op goede gronden terzijde zou zijn gelegd. Hiertoe is van belang dat het een bevoegdheid is van de aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure te beëindigen; daardoor kan het slagen van de grieven nimmer leiden tot gunning van de opdracht. Dat betekent dat er geen belang is bij beoordeling van de grieven.[506](#)

Hof Den Haag 24 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:219.

Vermeldenswaard is ten slotte een arrest.[507](#)

Hof Den Bosch 22 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3686.

in een geschil, waarin de aanbestedende diensten, geïntimeerden, bezwaar maakten tegen de behandeling van het kort geding in hoger beroep als een spoedappell. Zij voerden aan dat appellant lang had gewacht met het uitbrengen van de appeldagvaarding (drie weken en twee dagen na het vonnis), dat zij de opdracht inmiddels definitief hadden gegund en dat appellant haar aanspraak op behandeling van de zaak als spoedappell daarom had verwerkt. Het hof overweegt dat gelet op de aard van de zaak, een geschil over de gunning in een Europese aanbestedingsprocedure, en gelet op het feit dat gunning van de opdracht voorziet in het sluiten van een overeenkomst per 1 november 2015 (de appeldagvaarding dateerde van 21 augustus 2015) appellant belang had bij een spoedige uitspraak, in ieder geval voor 1 november 2015. Daarmee was naar het oordeel van het hof het belang van appellant bij een behandeling als spoedappell voldoende aannemelijk.

m. Alcatel- en vervaltermijn

Interessant is een overweging in een advies van de CvAE, waarin zij van oordeel is dat de bezwaartermijn die aanbestedende diensten in gunningsbeslissingen opnemen niet alleen dient om de rechtsbescherming van de afgewezen inschrijvers veilig te stellen, maar evenzeer aan de winnende inschrijver rechtsbescherming biedt.[508](#)

CvAE 14 april 2015, advies 58.

Volgens de CvAE moet een aanbestedende dienst dan ook terughoudendheid betrachten ten aanzien van het verlengen van een bezwaartermijn voor slechts een van de afgewezen inschrijvers. Als hij al van de mogelijkheid tot verlenging gebruik maakt, dient hij die verlenging in ieder geval aan alle andere inschrijvers – waaronder de winnende inschrijver – schriftelijk mede te delen, opdat ook zij gebruik kunnen maken van de mogelijkheid om gedurende de verlenging hun bezwaren tegen de in de aanbestedingsprocedure genomen beslissingen kenbaar te maken en eventueel een kort geding aanhangig te maken.

Voor relatieve nieuwkomers in aanbestedingsland (bijvoorbeeld in geval van inkoopprocedures door zorgkantoren) is het oppassen geblazen, nu zij vaak nog moeten wennen aan het feit dat de termijn – die veelal in inkoopdocumenten staat waarbinnen moet worden gedagvaard – is geformuleerd als een (contractuele) vervaltermijn. Als de dagvaarding dan een dag te laat wordt uitgebracht, namelijk op een maandag daar waar de termijn op een zondag verliep, is dat te laat.[509](#)

Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15482.

Als de aanbestedende dienst echter geen (contractuele) vervalt termijn opneemt in de aanbestedingsdocumentatie en in de correspondentie met een inschrijver geen verplichting schept om tegen de daarin aangekondigde stappen tijdig te interveniëren, dan wordt slechts bekeken of de inschrijver de nodige voortvarendheid heeft betracht bij het aanhangig maken van een kort geding. [510](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 6 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:45.

Het is wel zaak dat de aanbestedende dienst contractuele vervalt termijnen en andere verplichtingen om proactief te zijn duidelijk, precies en ondubbelzinnig verwoordt in de aanbestedingsdocumentatie. Als in de aanbestedingsstukken voor gegadigden/inschrijvers uitsluitend de plicht is opgenomen om tijdig bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure te uiten, kan daaruit niet worden afgeleid dat een inschrijver voor inschrijving een kort geding aanhangig moeten maken of een klacht moet indienen bij de CvAE, als dat er niet staat. [511](#)

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 29 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2954.

In een concurrentiegerichte dialoog stond in de selectieleidraad een termijn van twintig dagen opgenomen na verzending van de bekendmaking aan een deelnemer, om op te komen tegen 'enige' beslissing van de Staat in het kader van de aanbesteding, op straffe van verval van recht. Tegen de brief waarin het besluit was opgenomen dat bepaalde deelnemers (met naam genoemd) waren geselecteerd, zonder dat in die brief de termijn waarbinnen een kort geding aanhangig moest worden gemaakt werd genoemd, had eiseres in rechte moeten ageren. Zij wachtte daar zes maanden mee, nadat de dialoog was afgerond, de inschrijvingen waren ingediend en de voorlopige gunningsbeslissing bekend was gemaakt. Dat vindt de Haagse Voorzieningenrechter te laat. [512](#)

Vzr. Rb. Den Haag 12 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7224.

De Alcateltermijn, ofwel de opschortende termijn, neemt geen aanvang indien geen sprake is van een voldoende motivering in de mededeling van de gunningsbeslissing. [513](#)

Hof Den Bosch 1 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3427 en CvAE 21 september 2015, advies 78.

Onjuist lijkt ons de overweging van de Rotterdamse Rechtbank waar deze overweegt dat de ARW 2005 twee vervalt termijnen kent, te weten de zogenaamde Alcateltermijn van vijftien dagen (artikel 2.30.3 ARW 2005) en de termijn van 90 dagen (artikel 2.33.2 ARW 2005). [514](#)

Rb. Rotterdam 15 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2702.

Volgens de rechtbank bestaat hieromtrent in de rechtspraak en de doctrine algemene consensus. Wij menen echter dat zolang een termijn als een standstill-termijn is geformuleerd, zoals bij artikel 2.30.2 ARW 2005 het geval was, geen sprake is van een vervalt termijn.

De Alcateltermijn waarbinnen een kort geding moet worden aangespannen om de bezwaren tegen besluitvorming over de gunning beoordeeld te krijgen moet onderscheiden worden van een vordering tot vergoeding van schade. Die vordering kan later ingesteld worden. Een andere opvatting zou leiden tot de ongerijmde uitkomst dat een partij pro forma tot behoud van recht, en zonder enig ander belang, een vordering in kort geding aanhangig zou moeten maken in een scenario waarin die vordering zinloos en kansloos zou zijn, bijvoorbeeld omdat onderzoek naar de feiten vereist is, waarvoor een kort geding zich niet leent. Een kort geding heeft in dit scenario geen functie. [515](#)

Rb. Amsterdam 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9752.

n. Proces- en nakostenveroordeling

Onder de proceskosten zijn volgens vaste jurisprudentie van de Haagse Voorzieningenrechtters begrepen de (nog te maken) nakosten, waarvoor de rechterlijke veroordeling een executoriale titel geeft (arrest van de HR 19 maart 2010, LJN:BL1116). [516](#)

Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413.

Dat betekent dat aparte veroordeling in de nakosten niet nodig is, nu de kostenveroordeling als zodanig voor deze nakosten een executoriale titel oplevert. [517](#)

Vzr. Rb. Den Haag 20 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4804; Vzr. Rb. Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4806; Vzr. Rb. Den Haag 25 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3420; Vzr. Rb. Den Haag 25 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3422; Vzr. Rb. Den Haag 1 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3663; Vzr. Rb. Den Haag 24 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4864; Hof Den Haag 7 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1863; Hof Den Haag 7 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1864; Vzr. Rb. Den Haag 17 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8315; Vzr. Rb. Den Haag 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10016; Vzr. Rb. Den Haag 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10439; Vzr. Rb. Den Haag 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10440; Vzr. Rb. Den Haag 7 september 2015,

ECLI:NL:RBDHA:2015:10546; Vzr. Rb. Den Haag 20 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15459; Vzr. Rb. Den Haag 28 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15388; zie ook: Rb. Rotterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8658.

Andere (niet-Haagse) voorzieningenrechtters overwegen [518](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 1 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1477; Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 21 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5998; Vzr. Rb. Amsterdam 24 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5226 en Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 29 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5736.

dat de verzochte veroordeling in de nakosten slechts toewijsbaar is voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. Vervolgens worden de nakosten in de vorm van ‘kosten van het betekeningsexploit ingeval betekening van het vonnis plaatsvindt’ in de veroordeling meegenomen.

Aanbestedende diensten die te lang wachten met kleur bekennen, moeten er rekening mee houden dat zij in de nodeloos gemaakte proceskosten van de eisende partij worden veroordeeld. Als meteen duidelijk wordt gemaakt wat er in een inschrijving niet deugt en door toedoen van aanbestedende dienst tal van vragen over de door hem uitgevoerde beoordeling bij inschrijver blijven bestaan, vervolgens pas bij de (vierenhalf uur durende) mondelinge behandeling inzichtelijk wordt gemaakt wat de aanbestedende dienst precies heeft gedaan, terwijl hij die duidelijkheid veel eerder had kunnen verschaffen, dan is er aanleiding om het salaris advocaat aan de zijde van eiseres te bepalen op € 3.500, als tegemoetkoming aan eiseres in de onnodig gemaakte kosten van rechtsbijstand. [519](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 15 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6551.

In een ander kort geding ziet de rechter juist geen aanleiding om een ‘dubbele proceskostenveroordeling’ uit te spreken en af te wijken van het gebruikelijke liquidatietarief, omdat pas met een verklaring van een externe onafhankelijke partij, die werd afgegeven na de datum van aanhangig maken van het kort geding, duidelijk werd dat de inschrijving van eiseres al ten tijde van de inschrijving besteksconform was. [520](#)

Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 28 april 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2170.

De aanbestedende dienst had daar dan ook niet eerder rekening mee kunnen houden.

Een andere reden om de gedaagde aanbestedende dienst in de proceskosten te veroordelen, ook al werd de vordering van eiseres afgewezen, deed zich voor in de volgende zaak. De aanbestedende dienst, de Kamer van Koophandel, had in kort geding een gebod opgelegd gekregen niet te gunnen aan een ander dan Vodafone. De voorgenomen winnaar had in dat kort geding niet geïntervenieerd en werd door de KvK geconfronteerd met het vonnis. De KvK trok daarop de voorgenomen gunning in en had in deze brief – zij het wat halfslachtig geformuleerd – een 20-dagentermijn aan eiseres gegeven om in kort geding alsnog tegen de intrekking van het gunningsvoornemen op te komen. Dat deed eiseres dan ook. Omdat de voorzieningenrechter echter geen reden zag om op het eerste kortgedingvonnis terug te komen en er geen nieuwe omstandigheden waren aangevoerd die eiseres ook niet in het eerste kort geding naar voren had kunnen brengen, was er geen plaats voor een nieuwe inhoudelijke beoordeling. Omdat eiseres zich echter door de brief van KvK genoodzaakt had gezien het onderhavige kort geding aanhangig te maken ten einde haar recht op schadevergoeding in een bodemprocedure veilig te stellen, ziet de voorzieningenrechter aanleiding om KvK in de proceskosten te veroordelen. [521](#)

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 17 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4694.

o. (Geen) misbruik van procesrecht/strijd met de goede procesorde

Misbruik van procesrecht kan aan de orde zijn als een partij een kort geding aanhangig maakt waarmee een eerdere beslissing in kort geding opnieuw ter discussie wordt gesteld. Dat is het geval als een inschrijver aan wie voorlopig is gegund en die belang heeft bij de uitkomst in het kort geding, dat de verliezende inschrijver aanhangig maakt, zonder goede grond niet intervenueert in dat kort geding en vervolgens in een afzonderlijke procedure een hernieuwde beoordeling van de rechter vraagt. [522](#)

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 17 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4694.

Daarbij is wel relevant of de betreffende inschrijver tijdig door de aanbestedende dienst op de hoogte is gesteld van het aanhangig gemaakte kort geding en van de datum van de mondelinge behandeling.

Er is geen sprake van misbruik van procesrecht indien door toedoen van eiseres door het opgeven van veel verhinderdata het kort geding pas op een zeer lange termijn ter zitting kan worden behandeld (dagvaarding van 3 december, zitting op 23 februari, vonnis op 9 maart). Het spoedeisend belang van eiseres blijft bestaan en het opgeven van vele verhinderdata is geen misbruik van procesrecht dat moet worden bestraft met weigering van de gevraagde voorzieningen. [523](#)

Vzr. Rb. Den Haag 9 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2523.

Het levert in een kort geding strijd met de goede procesorde op, als een grondslag van de vordering eerst ter zitting naar voren wordt gebracht, omdat de gedaagde aanbestedende dienst hierdoor ernstig in zijn verdedigingsbelangen wordt geschaad. Zeker als het stellingen betreft die niet van eenvoudige aard zijn en die niet naar aanleiding van de reeds eerder ingenomen stellingen voorzienbaar waren. Ook als er wel voorafgaand aan de zitting stukken zijn overgelegd waar ter onderbouwing van de stellingen naar wordt verwezen, kan nog steeds sprake zijn van strijd met de goede procesorde, indien de desbetreffende stukken zonder enige nadere toelichting zijn overgelegd en niet uit de stukken is af te leiden welke stellingen naar aanleiding daarvan ter zitting zouden worden ingenomen. De voorzieningenrechter betreft deze stellingen dan ook niet bij zijn beoordeling. [524](#)

Vzr. Rb. Den Haag 19 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2346.

Hetzelfde geldt voor een pas ter zitting ingenomen nieuwe stelling ten aanzien van de door de aanbestedende dienst uitgevoerde beoordeling. Gedaagde heeft zijn verweer daarop niet kunnen voorbereiden en de stelling wordt dan ook buiten beschouwing gelaten. [525](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 22 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7292.

Dat zelfde lot treft een punt dat pas ter zitting aan de vorderingen ten grondslag wordt gelegd en te laat ingediende producties. [526](#)

Vzr. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5018.

Ook een pas in de tweede termijn van een zitting ingenomen standpunt wordt als tardief aangemerkt en in strijd met de goede procesorde geacht. [527](#)

Vzr. Rb. Den Haag 3 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15544.

In hoger beroep wordt het tijdens pleidooi aanvoeren van een nieuwe grondslag voor een vordering eveneens in strijd met een goede procesorde geacht. [528](#)

Hof Den Haag 10 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:147.

Het indienen van stukken per e-mail bij de griffie – weliswaar net binnen de termijn van 24 uur voor de zitting (welke termijn in het procesreglement staat opgenomen) – is in strijd met het procesreglement. [529](#)

Vzr. Rb. Oost-Brabant, zittingsplaats Den Bosch 16 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6560.

Er is geen sprake van strijd met de goede procesorde als eiseres – in reactie op de stellingen van gedaagde verwoord in een conclusie van antwoord – ter zitting (in kort geding) vraagt welke bewijzen de winnende inschrijver heeft overgelegd om aan te tonen dat hij voldoet aan een bepaalde geschiktheidseis. Het was immers voorzienbaar dat deze vraag gesteld zou worden en zij lag in lijn van de primaire stelling van eiseres. [530](#)

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda 30 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2952.

18. Varia

a. Raakvlakken met mededingingsrecht

In een zaak over mogelijke ontoelaatbare concurrentievervalsing oordeelt de Arnhemse Voorzieningenrechter dat er aanbestedings- of mededingingsrechtelijk geen grondslag bestaat voor het standpunt dat een aanbestedende dienst een tarief moet bepalen waartegen alle potentiële aanbieders de desbetreffende dienst kunnen leveren. Het gelijkheidsbeginsel brengt dat niet met zich. Dat zou volgens de rechter afbreuk doen aan de vrije marktwerking waarvan de instandhouding en bevordering mede door het aanbestedings- en mededingingsrecht worden beoogd. Het ligt in beginsel dan ook op de weg van de aanbieder om zijn bedrijfsvoering zo te organiseren dat hij evenals concurrenten in staat is diensten te leveren tegen een tarief dat op een reële kostprijs is gebaseerd. [531](#)

Vzr. Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem 27 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2136.

In een andere zaak over mogelijke ontoelaatbare concurrentievervalsing oordeelt de Utrechtse Voorzieningenrechter dat afstemming tussen ondernemingen ten aanzien van ingediende inschrijvingen niet zomaar kan worden aangenomen. Dat tussen bepaalde inschrijvers een vergaande juridische verwevenheid bestaat doet aan voorgaande niet af. Bij de stellingname dat sprake is van afstemming zal de afstemming moet worden aangetoond en aannemelijk moeten worden gemaakt. De Utrechtse Voorzieningenrechter oordeelt in casu dat het enkele feit dat een tweetal inschrijvers volgens het Handelsregister op hetzelfde adres zijn gevestigd en zij deel uitmaken van hetzelfde concern, voor vaststelling van afstemming volgens de vaste jurisprudentie onvoldoende is. [532](#)

Vzr. Rb. Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht 21 oktober 2015, C/16/398098/KG ZA 15-598, n.n.g.

b. 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.

Vooropgesteld moet worden dat de aanbestedende dienst de door hemzelf vastgestelde criteria in acht dient te nemen, niet alleen tijdens de inschrijvingsprocedure als zodanig, waarin de offertes worden beoordeeld en de opdrachtnemer wordt gekozen, maar meer in het algemeen tot aan het einde van de fase van uitvoering van de betrokken aanbesteding. Een aanbestedende dienst die, nadat de opdrachtnemer is aangewezen, bepaalde inschrijvingsvoorwaarden wenst te kunnen wijzigen, dient het inschrijvingsbericht uitdrukkelijk van deze aanpassingsmogelijkheid, evenals de wijze van toepassing ervan, te voorzien, zodat alle ondernemingen die belangstelling hebben om aan de aanbesteding deel te nemen van meet af aan kennis ervan hebben en zich bijgevolg op voet van gelijkheid bevinden bij het opstellen van hun offerte. [533](#)

Hof Den Haag 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1588; Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3399.

Het uitgangspunt dat na gunning een overeenkomst tot stand is gekomen leidt ertoe dat de voorwaarden van de overeenkomst niet na gunning kunnen worden gewijzigd door ondertekening door de aanbestedende dienst van de algemene voorwaarden van de gegunde inschrijver. In de bewoordingen van het hof: na definitieve gunning is een perfecte overeenkomst ontstaan waardoor de later door de aanbestedende dienst ondertekende algemene voorwaarden van inschrijver geen deugdelijk wijzigingsvoorstel inhoudt. [534](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden 21 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2881.

De aanbestedingsrechtelijke beginselen werken door bij de uitleg van de overeenkomst die uit een aanbestedingsprocedure is voortgevloeid. Als uitgangspunt geldt dan ook dat bij de uitleg van genoemde overeenkomsten de cao-norm wordt toegepast, waarbij de bewoordingen gelezen in de context van de gehele overeenkomst in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Bij de beoordeling of een contractpartij de andere contractpartij al dan niet aan de beëindiging van een overeenkomst (op basis van een Europese aanbesteding) kan houden is volgens de Maastrichtse Voorzieningenrechter ook relevant of dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. [535](#)

Vzr. Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht 19 februari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1392.

terwijl de Almeloze Voorzieningenrechter in een andere zaak oordeelt dat overeenkomsten die hun basis vinden in een Europese aanbesteding zich naar hun aard niet lenen voor een succesvol beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid en dat het honoreren van een dergelijk beroep zou indruisen tegen de beginselen van het aanbestedingsrecht. [536](#)

Vzr. Rb. Overijssel, zittingsplaats Almelo 8 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5364.

Tot de geschillen in de uitvoeringsfase behoren ook de ontbindingsgeschillen op grond van niet-nakoming. In een geschil over de ontbinding van een raamovereenkomst inzake vervoerdiensten op grond van een aantal niet te herstellen tekortkomingen in de uitvoering, oordeelt de Haagse Voorzieningenrechter dat als verweer niet opgaat dat de contractant voor een deel van de door hem gemaakte fouten niet kan worden afgerekend, omdat hij veel meer ritten heeft verzorgd dan gemeld in de aanbestedingsstukken. De rechter stelt vast dat het Beschrijvend Document melding maakt van een geschat aantal uren, met anderen woorden een indicatie waaraan geen rechten kunnen worden ontleend. Op grond daarvan oordeelt de voorzieningenrechter in het voorliggende geschil dat de (kwaliteits)eisen ook van toepassing zijn in geval van meerwerk. [537](#)

Vzr. Rb. Den Haag 22 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4548.

In een andere vervoerszaak waarin gevorderd wordt de aanbestedende dienst te bevelen de overeenkomst met eiseressen voor een periode van één jaar te verlengen, wordt geoordeeld dat niet voldoende aannemelijk is geworden dat de aanbestedende dienst bij eiseres het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat de overeenkomst zou worden verlengd. De aanbestedende dienst heeft naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende duidelijk gemaakt dat in verband met de contractovername, die met de verlenging van de overeenkomst gepaard ging, aan een aantal voorwaarden moest worden voldaan. [538](#)

Vzr. Rb. Amsterdam 24 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5226.

In weer een andere vervoerszaak, die betrekking had op de vraag of de aanbestedende dienst de contractant diende te compenseren voor de daling van het aantal regiotaaxiriten, oordeelt de rechter dat de aanbestedingsstukken onvoldoende grond bieden voor het standpunt dat een minimumafname van het aantal ritten is gegarandeerd. Dat leidt tot het oordeel dat de vordering tot compensatie voor de daling in regiotaaxiriten wordt afgewezen.

Een terugkomende kwestie in de sfeer van de uitvoeringsfase is de vraag of inschrijver in de uitvoeringsfase kan voldoen aan een gestelde eis. Op grond van vaste jurisprudentie moet gunning van een opdracht aan een partij waarbij op voorhand vaststaat dat zij haar inschrijving niet kan waarmaken, in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen worden geacht. De maatstaf is of de inschrijving dermate irreëel is dat de inschrijver zijn inschrijving niet gestand kan doen. [539](#)

Vzr. Rb. Den Haag 20 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4804.

Door de Haagse Voorzieningenrechter wordt vooropgesteld dat de inschrijver door middel van zijn aanbod aangeeft c.q. garandeert dat hij voldoet aan een bepaalde door de aanbestedende dienst gestelde eis. De aanbestedende dienst mag er dus in beginsel van uitgaan dat die inschrijver ook daadwerkelijk voldoet aan die eis. Alleen wanneer er gegronde aanwijzingen zijn dat de inschrijver niet voldoet of kan voldoen aan die eisen, rust op de aanbestedende dienst een nadere onderzoekplicht. De enkele stelling dat een inschrijver in de uitvoeringsfase niet kan voldoen in verband met schending van een octrooirecht, is onvoldoende om van de aanbestedende dienst in kort geding nader onderzoek te vergen. [540](#)

Vzr. Rb. Den Haag 19 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2346.

Hetzelfde wordt geoordeeld ten aanzien van de veronderstelde onmogelijkheid van inschrijver om in verband met een exclusief distributiestelsel bepaalde fitnessapparatuur te leveren. [541](#)

Vzr. Rb. Den Haag 20 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4804.

Een andere categorie uitvoeringsgeschillen – die in de jurisprudentie minder vaak langskomt – betreffen geschillen over de nabetaaling van facturen. Dat was aan de orde in een zaak waarin de curator naar aanleiding van faillissement betaling vroeg aan de aanbestedende diensten van facturen in verband met de door die aanbestede diensten aan de failliet gegunde opdracht. [542](#)

Rb. Overijssel, zittingsplaats Zwolle 15 april 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3328.

In verband met uitvoeringsgeschillen kan ook kort worden aangestipt de mogelijkheid van de rechter om in te grijpen in de uitvoering van de overeenkomst. Gelet op uitgebreidere behandeling van dit onderwerp elders in deze kroniek (zie paragraaf 17c) volstaat het om hier op te merken dat indien op grond van een overeenkomst voortvloeiende uit een Europese aanbesteding in samenhang bezien met de aanbestedingsstukken onvoldoende duidelijk is of bepaalde diensten b

innen het bereik van de overeenkomst vallen, de voorzieningenrechter niet zal ingrijpen in de uitvoering van de overeenkomst. De maatstaf voor ingrijpen in de uitvoering van de overeenkomst is, kort gezegd, of aannemelijk is dat een rechter, oordelend in een bodemgeschil, zal ingrijpen. [543](#)

Vzr. Rb. Rotterdam 25 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1283.

Over de auteurs

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

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