

JAAAN 2014/43

JAAAN 2014/43, Rechtbank Den Haag, 06-12-2013, ECLI:NL:RBDHA:2013: 18500, C-09-452660 KG ZA 13-1174 (annotatie)

Private vrijwillige aanbesteding, Toepasselijkheid algemene beginselen aanbestedingsrecht, Eisen van redelijkheid en billijkheid in precontractuele fase, Verwachting (potentiële) aanbieders, Toepasselijkheid beginselen niet expliciet uitgesloten

GEGEVENS

Instantie	Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak	06-12-2013
Publicatie	JAAAN 2014/43 (Sdu Jurisprudentie Aanbestedingsrecht), aflevering 2, 2014
Annotator	mr. M.M. Fimerius
ECLI	ECLI:NL:RBDHA:2013:18500
Zaaknummer	C-09-452660 KG ZA 13-1174
Overige publicaties	ECLI:NL:RBDHA:2013:18500 NJF 2014/106
Rechtsgebied	Aanbestedingsrecht
Rechters	mr. Van Ham
Partijen	De besloten vennootschap Mammoet Schoonmaakservice BV te De Lier, gemeente Westland, advocaat mr. A.L. Appelman te Zwolle, tegen de stichting Stichting Middin te Rijswijk, advocaat mr. J.C. Verlinden-Bijlsma te Rotterdam.
Regelgeving	

SAMENVATTING

Middin is een stichting die begeleiding, behandeling en diensten aanbiedt aan mensen met een beperking. In april 2013 heeft Middin aan een aantal marktpartijen gevraagd om hun interesse kenbaar te maken voor deelname aan een inkoopprocedure voor schoonmaakdienstverlening voor haar locaties. Mammoet, het schoonmaakbedrijf dat op basis van een aantal overeenkomsten de huidige schoonmaakwerkzaamheden voor Middin verricht, is één van de aangezochte marktpartijen, en heeft haar interesse tijdig kenbaar gemaakt. Begin juni 2013 bericht Middin aan Mammoet dat zij is geselecteerd voor deelname aan de procedure. In de Uitnodiging tot Inschrijving staat onder paragraaf 2 dat de aard van de inkoopprocedure een meervoudig onderhandse aanbesteding is. In dezelfde paragraaf staat dat opdrachtgever zich op het standpunt stelt dat zij niet kan worden gekwalificeerd als een aanbestedende dienst in de zin van Richtlijn 2004/18/EG en het Bao, zodat zij geen (Europese) aanbestedingsprocedure hoeft te voeren. Opdrachtgever zal ten aanzien van haar opdrachten conform haar eigen inkoopbeleid handelen, aldus paragraaf 2. Onder paragraaf 3.6 staat dat opdrachtgever zich uitdrukkelijk het recht voorbehoudt om zonder opgave van redenen onderdelen van de opdracht te wijzigen. Middin heeft de overeenkomsten met Mammoet voor schoonmaak, glasbewassing en eventueel overige aanverwante dienstverlening opgezegd per de datum waarop de nieuwe overeenkomst in zal gaan. Mammoet schrijft in. In augustus 2013 bericht Middin aan Mammoet dat zij niet zal worden uitgenodigd voor de presentatie. Iets later bericht Middin aan Mammoet dat zij voornemens is de opdracht te gunnen aan CSU en Zorgsupport. Middin sluit tijdelijke overeenkomsten met CSU en Zorgsupport om, in afwachting van de uitkomst van het onderhavige kort geding, vanaf 1 november 2013 schoonmaakwerkzaamheden op (een aantal van) haar locaties te verrichten. In kort geding vordert Mammoet Middin te verbieden om op basis van de door haar gevoerde inkoopprocedure overeenkomsten te sluiten met CSU en Gom Zorgsupport. Mammoet stelt daartoe dat de precontractuele goede trouw en de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat op de door Middin gevoerde inkoopprocedure de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing zijn. Hierbij is met name van belang dat de inkoopprocedure sterke gelijkenis vertoont met een aanbestedingsprocedure en dat Middin deze beginselen niet heeft uitgesloten. De procedure moet dus voldoen aan de eisen die onder meer voortvloeien uit het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, die tot doel hebben om een 'level playing field' te creëren. De procedure voldoet echter niet aan die beginselen vanwege een aantal feiten en omstandigheden. Zo heeft Middin diverse e-mailvragen van deelnemende partijen één op één beantwoord. Daarnaast heeft Middin in afwijking van haar eigen voorschriften aan deelnemers de mogelijkheid gegeven telefonisch vragen te

stellen en heeft zij deze vragen ook beantwoord, aldus Mammoet.

De voorzieningenrechter overweegt allereerst dat de vraag of Middin gehouden was bij de onderhavige inkoopprocedure de algemene aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht te nemen partijen verdeeld houdt. De voorzieningenrechter stelt bij de beantwoording van deze vraag voorop dat die beginselen niet bij iedere vrijwillige aanbesteding in acht behoeven te worden genomen. De eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, kunnen echter meebrengen dat een aanbestedende private partij gehouden is om deze beginselen toe te passen. De toepasselijkheid in een concreet geval is onder meer afhankelijk van de aanbestedingsvoorwaarden en de verwachting die de (potentiële) aanbieders (hierna: de deelnemers) op basis daarvan redelijkerwijs mochten hebben en van de overige omstandigheden van het geval.

In de onderhavige aanbestedingsdocumenten wordt de toepasselijkheid van de beginselen nergens expliciet uitgesloten. Middin heeft ter toelichting van haar standpunt dat zij de toepasselijkheid van de beginselen uitsluit – de voorzieningenrechter begrijpt gezien het vorenstaande: impliciet uitsluit – verwezen naar paragraaf 2.2 van het inkoopdocument. Van een (impliciete) uitsluiting van de beginselen in die paragraaf is echter geen sprake. De in die paragraaf opgenomen tekst verschaft informatie over het standpunt van Middin dat er sprake is van een vrijwillige aanbesteding, dat de Europese en nationale regelgeving niet op de procedure van toepassing is en dat de regeling van het inkoopdocument leidend is. Ook indien die uitgangspunten worden gevolgd, kunnen echter voormelde beginselen in acht worden genomen. Uit de aanbestedingsvoorwaarden blijkt voorts niet dat Middin zich alle vrijheid van handelen voorbehoudt op een zodanige manier dat dit zich niet met het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel verenigt. Zo is het voorbehoud om onderdelen van de opdracht te wijzigen, waarnaar Middin verwijst, niet als zodanig te kwalificeren. Uit diverse andere teksten en voorwaarden kan juist worden afgeleid dat Middin beoogt verifieerbaar en transparant te handelen. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter konden potentiële aanbieders dan ook, op grond van de (inhoud van de) aanbestedingsvoorwaarden, redelijkerwijs verwachten dat Middin de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zou nemen. Andere omstandigheden op grond waarvan die verwachting niet gerechtvaardigd was, zijn gesteld noch gebleken, zodat Middin gehouden was die beginselen ook toe te passen.

De voorzieningenrechter bespreekt vervolgens de verschillende omstandigheden die door Mammoet zijn aangevoerd ter onderbouwing van haar standpunt dat deze beginselen door de stichting zijn geschonden, maar geen van die omstandigheden kan tot dat oordeel leiden. De voorzieningenrechter overweegt daarbij dat Mammoet ook bij geen van de door haar genoemde omstandigheden aannemelijk heeft gemaakt dat zij door de handelwijze van de stichting is geschaad en dat haar

inschrijving mogelijk de economisch meest voordelige inschrijving zou zijn geweest als de stichting op de door haar voorgestane wijze had gehandeld. Voor toewijzing van de vorderingen betreffende de inkoopprocedure is daarom geen plaats.

De vorderingen van Mammoet worden afgewezen.

UITSpraak

1 De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 25 november 2013 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

1.1. Mammoet is een bedrijf dat gespecialiseerd is in schoonmaakdienstverlening. Middin is een stichting die begeleiding, behandeling en diensten aanbiedt aan mensen met een beperking.

1.2. Partijen hebben op 5 juni 2001 een overeenkomst gesloten betreffende door Mammoet uit te voeren schoonmaakwerkzaamheden op een aantal locaties van Middin (hierna: de overeenkomst van 2001). Zij zijn deze overeenkomst aangegaan voor de duur van een jaar met ingang van 1 januari 2001, waarbij zij zijn overeengekomen dat de overeenkomst elk jaar stilzwijgend wordt verlengd, behoudens opzegging door een van beide partijen, welke opzegging dient te geschieden uiterlijk twee maanden voor de afloopdatum per aangetekende brief.

1.3. Mammoet verricht, naast de schoonmaakwerkzaamheden die zij op grond van de overeenkomst van 2001 uitvoert, ook nog andere schoonmaakwerkzaamheden voor Middin. Partijen hebben al de door Mammoet voor Middin uitgevoerde werkzaamheden in april 2011 in kaart gebracht. Deze staan vermeld in een e-mailwisseling tussen partijen.

1.4. Op 5 april 2013 heeft Middin via CSG, een adviesbureau voor facilitaire dienstverlening, aan een aantal marktpartijen gevraagd om hun interesse kenbaar te maken voor deelname aan een inkoopprocedure, die dient te leiden tot het contracteren van een partij voor schoonmaakdienstverlening. Mammoet, een van de aangezochte marktpartijen, heeft haar interesse tijdig kenbaar gemaakt. Op 3 juni 2013 heeft Mammoet vernomen dat zij was geselecteerd voor deelname aan de procedure (hierna: de inkoopprocedure). Op 19 juni 2013 heeft Middin de geselecteerde partijen, waaronder Mammoet, de “Uitnodiging tot Inschrijving Inkoopprocedure Schoonmaakdienstverlening en Glasbewassing Middin 2013 / 004072” verstrekt (hierna: het inkoopdocument). Hierin staat, voor zover thans relevant, het volgende vermeld:

“(....)

Inleiding

(....)

Het doel van deze Uitnodiging tot Inschrijving is het eenduidig vastleggen van de wijze waarop de gunning van marktpartijen plaatsvindt binnen de randvoorwaarden en uitgangspunten van het inkoopbeleid van Opdrachtgever.

(....)

Alle Inschrijvingen worden beoordeeld op basis van de vooraf bepaalde Gunningscriteria die zijn weergegeven in deze Uitnodiging tot Inschrijving. Opdrachtgever zal op basis van de Economisch Meest Voordelige Inschrijving een keuze maken.

(....)

2. Omschrijving van de opdracht

(....)

2.2. Aard van de opdracht

De inkoopprocedure betreft een meervoudig onderhandse procedure.

Opdrachtgever stelt zich, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 1 juni 2007 en het arrest van het Gerechtshof Arnhem van 18 november 2008 op het standpunt dat zij niet kan worden gekwalificeerd als een aanbestedende dienst in de zin van Richtlijn 2004/18/EG en het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna te noemen: BAO) zodat zij geen (Europese) aanbestedingsprocedure hoeft te voeren. Opdrachtgever zal ten aanzien van haar opdrachten conform haar eigen inkoopbeleid handelen. Is Opdrachtgever als gevolg van een gerechtelijke uitspraak van de (Voorzieningen)rechter gehouden om de onderhavige overeenkomst (Europees) openbaar aan te besteden, dan zal Opdrachtgever de onderhavige overeenkomst ontbinden zonder dat Opdrachtgever gehouden is om de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden.

(....)

2.9. Nota van Inlichtingen

Indien een Inschrijver een toelichting wenst op een onderdeel van de Offerteaanvraag dan kan hierom worden gevraagd per e-mail.

(....)

Op 18 juli zullen geanonimiseerd de vragen en antwoorden, alsmede eventuele aanvullingen op of wijzigingen van de Inkoopdocumenten in de Nota van Inlichtingen naar de Inschrijvers worden verzonden.

(....)

3 Algemene instructies met betrekking tot de inkoopprocedure

(....)

3.6

Voorbehouden

De Opdrachtgever behoudt zich uitdrukkelijk het recht voor om, zonder opgave van reden:

(....)

- onderdelen van de Opdracht te wijzigen

(....)

3.13.

Gunning van de opdracht

(....)

Nadat de beslissing is genomen aan welke Inschrijver de opdracht wordt gegund, wordt met deze Inschrijver een Overeenkomst gesloten. Gelijktijdig met het bekendmaken van de gunningsbeslissing aan Opdrachtnemer worden de afgewezen Inschrijvers van deze beslissing in kennis gesteld. Zij ontvangen daarover een brief met een uitgebreide toelichting op de afwijzing, alsmede de naam van de begunstigde(n).

4 Beoordeling van de Inschrijving

(....)

4.3. Beoordelingsmethodiek

Naast de in de diverse bijgeleverde formulieren gestelde eisen en voorwaarden zal de inhoud van de Offerte worden beoordeeld op basis van het principe van de Economisch Meest Voordelige Inschrijving.

Beoordeling van niet uitgesloten Inschrijvingen geschiedt aan de hand van Gunningscriteria, die voortkomen uit wensen van de Opdrachtgever. De onderdelen van de Inschrijving ontvangen een score volgens de gegeven Gunningscriteria en puntenverdelingen.

(....)

4.4. Totalscore en gunningsbeslissing

(....)

De Inschrijver met de hoogste totalscore heeft voor de Opdrachtgever in beginsel de Economisch Meest Voordelige Inschrijving ingediend.

(....)"

1.5. Bij brief van 17 juni 2013 heeft Middin de overeenkomsten met Mammoet inzake schoonmaak, glasbewassing en eventueel overige aanverwante dienstverlening opgezegd per de datum waarop de nieuwe overeenkomst in zal gaan. Hierbij heeft zij verwezen naar de planning van de inkoopprocedure, te weten afronding in het derde kwartaal 2013, waarbij na definitieve gunning het nieuwe schoonmaakcontract start conform voorgenomen planning per 1 november 2013 en de huidige overeenkomst wordt geacht te zijn ontbonden. Daarbij

heeft zij Mammoet verzocht om, mocht Mammoet van mening zijn dat de overeenkomst(en) niet rechtsgeldig ontbonden kunnen worden dan wel opgezegd kunnen worden tegen die datum (voorgenomen 1 november 2013), dat te melden, waarna een standpunt hierover zal worden bepaald. Verzocht wordt om een reactie binnen veertien dagen na dagtekening van de brief.

1.6. Middin heeft in de inkoopprocedure twee Nota's van Inlichtingen aan de geselecteerde partijen verstrekt. De Tweede Nota van Inlichtingen is verstrekt op 1 augustus 2013 waarbij is meegedeeld dat de inleverdatum is verplaatst van 8 naar 13 augustus 2013.

1.7. Op 8 augustus 2013 heeft Middin aan de geselecteerde partijen bericht:

"In de afronding is er nog een vraag gesteld over de ondergrens die wij gesteld hebben aan het minimum aantal gecalculerde productie-uren schoonmaak in perceel 2. Die ondergrens staat thans op 10.000 (excl. afrondingsuren) en wordt als zeer hoog beschouwd in relatie tot de bandbreedte van de aanneemsom.

Om te voorkomen dat u als inschrijver onnodig moet gaan 'manipuleren' in de calculatie, wordt de ondergrens van het minimum aantal gecalculerde productie-uren schoonmaak perceel 2 verlaagd naar 9.750 per jaar (op basis van maximum aantal dagen en exclusief afrondingsuren)

De bandbreedte aanneemsom blijft ongewijzigd."

Het verzoek van Mammoet om meer tijd te krijgen om de offerte aan te passen, is door Middin niet gehonoreerd, waarbij Middin heeft opgemerkt dat Mammoet de offerte niet hoeft aan te passen omdat deze aan de eis voldoet.

1.8. Mammoet heeft tijdig een inschrijving ingediend in de inkoopprocedure.

1.9. Bij e-mail van 18 augustus 2013 heeft Middin aan Mammoet bericht dat zij niet zal worden uitgenodigd voor de presentatie.

1.10. Per brief en e-mail van 20 augustus 2013 heeft Middin de afwijzing van de inschrijving van Mammoet nader toegelicht. In dit bericht staat onder meer vermeld:

"(....)

De beoordelingscommissie waardeerde uw antwoorden als gemiddeld onvoldoende. Daarbij viel op dat de antwoorden op dat meerdere vragen geen concreet antwoord op de vraag gaven en enkele vragen niet volledig waren beantwoordt. (...) In de bijlage bij deze brief treft u de specificatie van uw eigen puntenscores (per perceel) aan. Ten aanzien van de beoordeling van de door u gegeven antwoorden op de open vragen en casussen hebben wij enkele bevindingen van het beoordelingsteam hieronder weergegeven:

(....)

Mocht u er behoefte aan hebben om de gevolgde procedure en de beoordeling van uw offerte nader met ons te bespreken, dan nodigen wij u uit om hiervoor een afspraak te maken.

(....)"

1.11. In augustus dan wel september 2013 heeft Middin bekend gemaakt dat zij voornemens is om een overeenkomst te sluiten met de partijen CSU en Gom Zorgsupport.

1.12. Bij brief van 2 oktober 2013 heeft Middin, desgevraagd door de advocaat van Mammoet, aan Mammoet inzicht gegeven in de scores van de deelnemende partijen, onder verdere verwijzing naar de motivering van de brief van 20 augustus 2013.

1.13. Eind oktober 2013 heeft Middin tijdelijke overeenkomsten gesloten met CSU en Zorgsupport om, in afwachting van de uitkomst van dit kort geding, vanaf 1 november 2013 schoonmaakwerkzaamheden op (een aantal van) haar locaties te verrichten.

1.14. Mammoet heeft haar werkzaamheden per 1 november 2013 beëindigd.

2 Het geschil

2.1.

Mammoet vordert, na eisvermeerdering, zakelijk weergegeven:

primair:

1. Middin te verbieden om op basis van de door haar gevoerde inkoopprocedure overeenkomsten te sluiten met CSU en Gom Zorgsupport, op straffe van verbeurte van een dwangsom;

2. Middin te gebieden een voorschot van € 14.000,- vermeerderd met wettelijke rente per 31 oktober 2013, aan Mammoet te betalen;

subsidiar:

1. Middin te verbieden om na zeven dagen na dit vonnis verdere uitvoering te geven aan de op basis van de door haar gevoerde inkoopprocedure met CSU en GOM Zorgsupport gesloten overeenkomsten, op straffe van verbeurte van een dwangsom;

2. Middin te gebieden een voorschot van € 7.000,- vermeerderd met wettelijke rente per 31 oktober 2013, aan Mammoet te betalen;

met veroordeling van Middin in de kosten van dit geding en de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

2.2. Daartoe voert Mammoet onder meer het volgende aan.

Wat betreft de primaire en subsidiaire vordering onder 1

De precontractuele goede trouw en de redelijkheid en billijkheid brengen mee dat op de door Middin gevoerde inkoopprocedure

de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing zijn. Hierbij is met name van belang dat de inkoopprocedure sterke gelijkenis vertoont met een aanbestedingsprocedure en dat Middin deze beginselen niet heeft uitgesloten. De procedure moet dus voldoen aan de eisen die onder meer voortvloeien uit het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, die tot doel hebben om een "level playing field" te creëren. De procedure voldoet echter niet aan die beginselen vanwege de volgende feiten en omstandigheden. Middin heeft diverse e-mailvragen van deelnemende partijen één op één beantwoord. Daarnaast heeft Middin in afwijking van haar eigen voorschriften aan deelnemers de mogelijkheid gegeven telefonisch vragen te stellen en heeft zij deze vragen ook beantwoord. Deze beide acties maken het aannemelijk dat niet alle inschrijvers dezelfde informatie tot hun beschikking hebben gehad. Verder heeft Middin vlak voor het moment van inschrijven de calculatiemethode voor perceel 2 ingrijpend gewijzigd, maar heeft zij vervolgens geen langere inschrijftermijn gegeven. Voorts is gebleken dat een aanzienlijk aantal locaties waarop schoongemaakt moet worden, afwijkt van de locaties die waren opgegeven in de stukken en dat Middin van een aantal locaties een foutief oppervlakte heeft opgegeven en een foutief overzicht van de te verrichten werkzaamheden heeft verschaft. De schending van de beginselen door Middin brengt mee dat Middin onrechtmatig jegens Mammoet heeft gehandeld en dat zij geen contracten mag sluiten met de partijen met wie zij dat thans op basis van de gevoerde procedure beoogt.

Wat betreft de primaire en subsidiaire vordering onder 2

Middin heeft bij de opzegging van de bestaande overeenkomsten met Mammoet niet de juiste opzegtermijn in acht genomen. De overeenkomst uit 2001 kan alleen worden opgezegd tegen 31 december van een jaar, maar Middin heeft deze opgezegd tegen 1 november 2013. De overige werkzaamheden verricht Mammoet al sinds 1993 en de overeenkomst die hieraan ten grondslag ligt is aangegaan voor onbepaalde tijd zonder beëindigingsmogelijkheid. De redelijkheid en billijkheid brengt met zich dat deze overeenkomst alleen kan worden opgezegd indien een redelijke opzegtermijn in acht wordt genomen. Richtlijn hierbij is een opzegtermijn van een maand voor ieder jaar dat de overeenkomst heeft geduurd en dat zou betekenen dat er een opzegtermijn moet gelden van twintig maanden. Een termijn van korter dan twaalf maanden is in ieder geval niet redelijk. Middin heeft een opzegtermijn van minder dan vijf maanden in acht genomen en dat is te kort.

2.3. Middin voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

3 De beoordeling van het geschil

De primaire en subsidiaire vordering sub 1: verbod op sluiten dan wel uitvoering geven aan overeenkomsten met CSU en Gom Zorgsupport

3.1. Op de eerste plaats houdt partijen verdeeld de vraag of Middin gehouden was bij de onderhavige inkoopprocedure de algemene aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht te nemen. De voorzieningenrechter stelt bij de beantwoording van deze vraag voorop dat die beginselen niet bij iedere vrijwillige aanbesteding in acht behoeven te worden genomen. De eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, kunnen echter meebrengen dat een aanbestedende private partij gehouden is om deze beginselen toe te passen. De toepasselijkheid in een concreet geval is onder meer afhankelijk van de aanbestedingsvoorwaarden en de verwachting die de (potentiële) aanbieders (hierna: de deelnemers) op basis daarvan redelijkerwijs mochten hebben en van de overige omstandigheden van het geval.

3.2. In de onderhavige aanbestedingsdocumenten wordt de toepasselijkheid van de beginselen nergens expliciet uitgesloten. Middin heeft ter toelichting van haar standpunt dat zij de toepasselijkheid van de beginselen uitsluit – de voorzieningenrechter begrijpt gezien het vorenstaande: impliciet uitsluit – verwezen naar paragraaf 2.2 van het inkoopdocument. Van een (impliciete) uitsluiting van de beginselen in die paragraaf is echter geen sprake. De in die paragraaf opgenomen tekst verschaft informatie over het standpunt van Middin dat er sprake is van een vrijwillige aanbesteding, dat de Europese en nationale regelgeving niet op de procedure van toepassing is en dat de regeling van het inkoopdocument leidend is. Ook indien die uitgangspunten worden gevolgd, kunnen echter voormelde beginselen in acht worden genomen. Uit de aanbestedingsvoorwaarden blijkt voorts niet dat Middin zich alle vrijheid van handelen voorbehoudt op een zodanige manier dat dit zich niet met het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel verenigt. Het voorbehoud om onderdelen van de opdracht te wijzigen en het niet toepassen van een standstill- en/of bezwaartermijn, waarnaar Middin verwijst, kwalificeert niet als zodanig. Uit diverse andere teksten en voorwaarden kan juist worden afgeleid dat Middin beoogt verifieerbaar en transparant te handelen. Dit betreft onder meer de inleiding "het doel is (...) het eenduidig vastleggen van de wijze waarop de gunning plaatsvindt (...) alle inschrijvingen worden beoordeeld op basis van de vooraf bepaalde Gunningscriteria (...). Opdrachtgever zal op basis van de Economisch Meest Voordelige Inschrijving een keuze maken." en de opgenomen regels betreffende het stellen en beantwoorden van vragen, het gunnen van de opdracht en de beoordelingsmethodiek zoals onder de feiten weergegeven. Op grond van de (inhoud van de) aanbestedingsvoorwaarden konden potentiële aanbieders dan ook redelijkerwijs verwachten dat Middin de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zou nemen. Andere omstandigheden op grond waarvan die verwachting niet gerechtvaardigd was, zijn gesteld noch gebleken, zodat Middin gehouden was die beginselen ook toe te passen.

3.3. Tussen partijen is voorts in geschil of voormelde beginselen door Middin bij de inkoopprocedure zijn geschonden, zoals Mammoet stelt, maar Middin betwist. Mammoet heeft ter

onderbouwing van haar stelling een aantal omstandigheden genoemd. De (eerst ter zitting door Mammoet genoemde) omstandigheid dat is gebleken dat een aanzienlijk aantal locaties waarop schoongemaakt moet worden, afwijkt van de locaties die waren opgegeven in de stukken, kan niet leiden tot het oordeel dat Middin hierdoor tijdens de inkoopprocedure de beginselen heeft geschonden. Mammoet baseert deze stelling op de werkzaamheden die thans blijkt door CSU en Gom Zorgsupport worden verricht, maar deze werkzaamheden worden verricht op basis van een tijdelijke overeenkomst, die is gesloten in afwachting van de uitkomst van dit geding, en niet op basis van een naar aanleiding van de inkoopprocedure gesloten definitieve overeenkomst. De vraag of Middin de beginselen heeft geschonden omdat zij van een aantal locaties een foutief oppervlakte heeft opgegeven en een foutief overzicht van de te verrichten werkzaamheden heeft verschaft, zoals Mammoet eveneens eerst ter zitting naar voren heeft gebracht, kan door de voorzieningenrechter niet worden beoordeeld, nu Mammoet deze stelling niet nader heeft geconcretiseerd en/of toegelicht.

3.4. Mammoet heeft met name gewezen op de omstandigheid dat Middin e-mailvragen van Mammoet een-op-een heeft beantwoord en ook telefonisch vragen van haar heeft beantwoord, welke antwoorden niet met de andere deelnemers zijn gedeeld. Middin heeft hierop toegelicht dat zij de informatie, die zij in individueel e-mailverkeer aan Mammoet heeft gegeven, ook heeft gedeeld met de andere deelnemers (via e-mail of in een nota van inlichtingen) voor zover die informatie relevant was voor die andere deelnemers. Zij stelt dit alleen te hebben nagelaten bij informatie die zich daarvoor niet leende en waarbij de individuele beantwoording niet zou leiden tot een verstoring van het level playing field, zoals de enkele bevestigende beantwoording van een vraag van Mammoet waarvan het antwoord onmiskenbaar uit de aanbestedingsstukken blijkt. Zij heeft deze toelichting onderbouwd met een overgelegde e-mailwisseling. Middin stelt voorts in telefoongesprekken uitsluitend onduidelijkheden voor Mammoet te hebben opgehelderd, te hebben aangegeven dat de inkoopdocumenten leidend zijn alsmede dat vragen schriftelijk moeten worden gesteld. In het licht van deze toelichting van Middin, die door Mammoet niet gemotiveerd is weersproken, is de enkele verwijzing door Mammoet naar de omstandigheid dat Middin vragen van haar een-op-een heeft beantwoord en de stelling dat zij vreest dat Middin dit ook heeft gedaan bij andere deelnemers, onvoldoende om een schending door Middin van de genoemde beginselen aan te nemen. Het had op de weg van Mammoet gelegen om haar stelling nader te concretiseren en toe te lichten welke kennisachterstand de wijze van beantwoording van vragen door Middin bij deelnemers heeft opgeleverd en waarom dit heeft geleid tot ongelijke kansen in de inkoopprocedure. Dat heeft Mammoet echter nagelaten.

3.5. De voorzieningenrechter volgt voorts niet het standpunt van Mammoet dat de (enkele) omstandigheid van wijziging van een calculatiemethode kort voor de inschrijvingstermijn (reeds) met zich brengt dat voormelde beginselen zijn geschonden en dat

dit noopt tot het stopzetten van de gevoerde procedure. Nu deze wijziging op hetzelfde moment aan alle deelnemers is meegedeeld en voor iedereen gold en nu is gebleken dat Mammoet tijdig heeft ingeschreven en haar offerte niet heeft hoeven aanpassen, had het ook hier op de weg van Mammoet gelegen om nader te concretiseren dat en waarom de handelwijze van Middin heeft geleid tot een ongelijke behandeling van en ongelijke kansen voor de deelnemers. Dit heeft zij echter niet gedaan.

3.6. Overigens heeft Mammoet bij geen van de omstandigheden aannemelijk gemaakt dat zij door deze handelwijze is geschaad en dat haar inschrijving mogelijk de economisch meest voordelige inschrijving zou zijn geweest, als Middin op de door Mammoet voorgestane wijze had gehandeld. Al het vorenstaande in aanmerking nemende, zijn de vorderingen sub 1., zowel primair als subsidiair, niet voor toewijzing vatbaar.

De primaire en subsidiaire vordering sub 2: voorschot schadevergoeding

3.7. Wat betreft de vordering van Mammoet tot betaling van een voorschot op schadevergoeding, wordt vooropgesteld dat ten aanzien van een geldvordering in kort geding terughoudendheid is geboden. Zo zal niet alleen moeten worden onderzocht of het bestaan van de vordering in kwestie voldoende aannemelijk is – hetgeen betekent dat met een grote mate van waarschijnlijkheid te verwachten moet zijn dat de bodemrechter haar zal toewijzen –, maar ook of daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist, terwijl in de afweging van de belangen van partijen het restitutierisico betrokken dient te worden.

3.8. Gebleken is dat aan de werkzaamheden die Mammoet reeds gedurende lange tijd verricht, die niet vallen onder de overeenkomst van 2001, geen schriftelijke overeenkomst ten grondslag ligt. Partijen verschillen onder meer van mening over de vraag welke opzegtermijn er geldt. Mammoet stelt dat partijen geen termijn zijn overeengekomen, dat in dat geval een redelijke termijn moet worden gehanteerd, zijnde een termijn van twintig dan wel in ieder geval twaalf maanden. Middin betwist echter dat er al sinds 1993 een overeenkomst bestaat, dat de overeenkomst geen opzegtermijn bevat en dat, als dit al niet zo zou zijn, de door haar gehanteerde termijn van vierenhalve maand niet redelijk zou zijn. De voorzieningenrechter overweegt dat in deze procedure onvoldoende duidelijkheid is verkregen over de voorwaarden waaronder de overeenkomst is aangegaan en over alle omstandigheden, die een rol spelen bij de beoordeling van de vraag wat een redelijke opzegtermijn zou zijn, indien er geen termijn is overeengekomen. Ten aanzien van de overeenkomst van 2001 is aannemelijk geworden dat Middin deze heeft opgezegd per een eerdere datum dan de door partijen overeengekomen datum, zijnde de afloopdatum van het contract aan het einde van het jaar. Middin heeft de hoogte van de door Mammoet gestelde schade echter gemotiveerd betwist. Zij heeft hierbij gewezen op de omstandigheid dat Mammoet al

geruime tijd op de hoogte was van de opzegging en gesteld dat niet de gederfde omzet, zoals Mammoet meent, maar hoogstens de gederfde winst over twee maanden als schade kan worden beschouwd en die bedraagt volgens haar maximaal € 262,26. In het licht van deze betwisting heeft Mammoet, met de enkele verwijzing naar de gemiddelde omzet die zij op grond van de werkzaamheden voor Middin behaalde, haar schade niet voldoende onderbouwd. Nu voorts geen feiten en omstandigheden zijn gesteld of gebleken die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist, is niet voldaan aan het vorenbedoelde criterium voor toewijzing van de (primaire of subsidiaire) vordering sub 2. Het verweer van Middin betreffende rechtsverwerking kan dan ook onbesproken blijven. De vorderingen zullen worden afgewezen.

3.9. Mammoet zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding, alsmede (deels voorwaardelijk) in de nakosten, op de hierna vermelde wijze.

4 DE BESLISSING

De voorzieningenrechter:

- wijst het gevorderde af;
- veroordeelt Mammoet in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van Middin begroot op € 1.405,-, waarvan € 816,- aan salaris advocaat en € 589,- aan griffierecht;
- veroordeelt Mammoet tevens in de nakosten, forfaitair begroot op € 131,- aan salaris advocaat;
- bepaalt dat, indien niet binnen veertien dagen na heden aan voormelde proceskostenveroordeling is voldaan, wettelijke rente daarover verschuldigd is;
- bepaalt dat, indien niet binnen veertien dagen na heden aan voormelde proceskostenveroordeling is voldaan en het vonnis om die reden door Middin aan Mammoet is betekend, de nakosten worden vermeerderd met een bedrag van € 68,- aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na voormelde aanschrijving tot de dag van algehele voldoening, en met de exploitkosten van de betekening van dit vonnis;
- verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Deze uitspraak betreft een private aanbesteding. In dit vonnis gaat het allereerst om de vraag of (1) de beginselen van transparantie en gelijkheid van toepassing zijn in het geval van een private aanbesteding en vervolgens of (2) de private

aanbesteder (Stichting Middin) in strijd met deze beginselen heeft gehandeld.

De Hoge Raad schiep recent in het arrest van 3 mei 2013 duidelijkheid over het rechtskader waarbinnen deze eerste vraag moet worden beantwoord. De Hoge Raad overwoog dat bij de beantwoording van de vraag of de private aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht moet nemen centraal staat of de (potentiele) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting konden ontleen dat deze beginselen door de aanbesteder in acht zouden worden genomen. Of een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van de aanbestedingsvoorwaarden en de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen, zo overwoog de Hoge Raad.¹

De Hoge Raad overweegt voorts dat het de private aanbesteder op grond van de contractsvrijheid vrij staat de toepasselijkheid van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht uit te sluiten. Een beroep op deze uitsluiting kan echter in bepaalde omstandigheden onaanvaardbaar zijn.²

Indien in de aanbestedingsdocumenten de beginselen niet expliciet zijn uitgesloten of expliciet van toepassing zijn verklaard, zal het derhalve telkens gaan om een uitleg van de aanbestedingsstukken.

In de aanbesteding die tot het arrest van de Hoge Raad leidde, werden het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel niet expliciet genoemd in de aanbestedingsdocumenten. De Hoge Raad leidde uit het feit dat KLM zich de vrijheid voorbehield om tijdens het aanbestedingsproces onderhandelingen aan te gaan en een overeenkomst te sluiten met een niet bij de inschrijving betrokken partij af dat KLM de toepasselijkheid van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht heeft uitgesloten. Deze handelwijze is volgens de Hoge Raad (in tegenstelling tot het – mijns inziens inderdaad weinig begrijpelijke – oordeel van het hof in deze zaak) immers onverenigbaar met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.³

Kort na dit arrest heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden⁴ zich uitgelaten over een private aanbesteding. Het gerechtshof overwoog:

‘Een private opdrachtgever kan zich wel binden aan het (overheids)aanbestedingsrecht dan wel delen daarvan, maar dan moeten daarvoor wel concrete aanwijzingen zijn die meer inhouden dan alleen het organiseren van enige vorm van aanbestedingsprocedure. Dat in casu sprake is van zodanige

*aanwijzingen, is het hof niet gebleken. De summiere aanbestedingsstukken geven daar geen blijk van.*⁵

Het gerechtshof baseert in dit arrest de niet-toepasselijkheid van de beginselen op het ontbreken van passages in de aanbestedingsstukken waaruit blijkt dat de inschrijvers gelijk en transparant behandeld zouden worden.⁶ Ik betwijfel of deze overweging in lijn is met het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad. Mijs inziens sluit de Hoge Raad niet uit dat in bepaalde situaties de (potentiele) aanbieders aan het enkele feit dat een aanbesteding is georganiseerd redelijkerwijs de verwachting kunnen ontfen dat het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in acht worden genomen. Daarvoor is mijs inziens niet altijd nodig dat er andere concrete aanwijzingen zijn.

De onderhavige uitspraak is een volgende in deze rij van uitspraken over private aanbestedingen.

De voorzieningenrechter neemt, in navolging van de Hoge Raad, als uitgangspunt dat de vraag of de beginselen van gelijkheid en transparantie van toepassing zijn afhankelijk is van de verwachtingen die de stichting Middin bij de (potentiele) aanbieders heeft gewekt.⁷ Ook in deze uitspraak waren de algemene beginselen niet expliciet van toepassing verklaard noch expliciet uitgesloten.

De voorzieningenrechter toetst – in lijn met HR KLM/CCC – of uit de aanbestedingsvoorwaarden blijkt dat Middin zich alle vrijheid van handelen voorbehoudt op een zodanige manier dat dit zich niet met het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel verenigt.⁸ De voorzieningenrechter oordeelt dat het voorbehoud om onderdelen van de opdracht te wijzigen en het niet toepassen van een bezwaartermijn niet als zodanig valt te kwalificeren. Tevens overweegt de voorzieningenrechter dat uit andere passages van de aanbestedingsdocumenten wel kan worden afgeleid dat Middin beoogt verifieerbaar en transparant te handelen, zoals de tekst dat alle inschrijvingen worden beoordeeld op basis van vooraf bepaalde gunningscriteria en dat de opdrachtgever op basis van de economisch meest voordelige inschrijving een keuze maakt. De voorzieningenrechter concludeert dat potentiele aanbieders redelijkerwijs konden verwachten dat Middin de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zou nemen.

Vervolgens toetst de voorzieningenrechter of de Stichting conform deze beginselen heeft gehandeld. In deze uitspraak maakte de eiser (Mammoet) bezwaar tegen het feit dat Middin (1) e-mailvragen van deelnemende partijen één op één heeft beantwoord; Middin in afwijking van haar eigen voorschriften aan deelnemers de mogelijkheid heeft gegeven telefonisch

vragen te stellen en deze vragen telefonisch heeft beantwoord; (2) de calculatiemethode voor perceel 2 vlak voor de inschrijving ingrijpend heeft gewijzigd zonder een langere inschrijftermijn te geven; (3) het aantal locaties dat moet worden schoongemaakt onjuist in de aanbestedingsstukken heeft opgenomen.

Het derde bezwaar doet de voorzieningenrechter van de hand door te overwegen dat Mammoet zich niet kan baseren op de werkzaamheden die thans – vanwege het kort geding – op basis van tijdelijke contracten worden verricht. Volgens de voorzieningenrechter behoeven dit niet dezelfde werkzaamheden te zijn als die zullen worden verricht op basis van de aanbestede overeenkomst. Mammoet heeft volgens de voorzieningenrechter niet kunnen concretiseren dat sprake is van fouten in de aanbestedingsstukken.

Voor wat betreft het tweede bezwaar overweegt de voorzieningenrechter dat deze wijziging voor alle deelnemers in gelijke mate gold en dat Mammoet tijdig heeft ingeschreven. Deze handelwijze heeft volgens de voorzieningenrechter niet tot een ongelijke behandeling geleid.

Ten aanzien van het eerste bezwaar geldt dat Middin heeft toegelicht dat zij de informatie, die zij één op één heeft gegeven, ook heeft gedeeld met de andere deelnemers (via e-mail of in een nota van inlichtingen) voor zover die informatie relevant was voor die andere deelnemers. Mammoet krijgt de taak toe te lichten welke kennisachterstand zij heeft vanwege doordat Middin vragen één op één heeft beantwoord. Dit is echter bijna onmogelijk; naar ik aanneem zal Mammoet immers niet weten welke informatie Middin één op één heeft gedeeld met de overige deelnemers.

Deze uitspraak laat allereerst zien dat het arrest van de Hoge Raad enerzijds duidelijkheid geeft over het te hanteren rechtskader, maar anderzijds veel ruimte laat voor discussie aangezien het antwoord op de vraag of de beginselen van toepassing zijn volledig afhankelijk is van de specifieke aanbestedingsprocedure. Daarnaast bevestigt deze uitspraak dat lastige vragen opkomen op het moment dat is vastgesteld dat de beginselen van gelijke behandeling en transparantie van toepassing zijn. Wat is de inhoud van die beginselen? Kan daaraan dezelfde uitleg worden gegeven als bij een Europese aanbesteding? Om enkele voorbeelden te noemen: Kan de maatstaf voor een transparante procedure zoals geformuleerd in het *Succhi di Frutta* arrest⁹ tot uitgangspunt worden genomen;¹⁰ geldt een motiveringsverplichting voor de gunningsbeslissing;¹¹ moet een standstilltermijn in acht worden genomen voorafgaand aan de sluiting van de overeenkomst;¹²

speelt het Grosmann-verweer een rol?¹³ Deze vragen zijn eerder (zie voetnoten) aan de orde geweest in de jurisprudentie over private aanbestedingen voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad en zijn toen wisselend beantwoord. Duidelijkheid ook op dat punt is gewenst, al ligt de beantwoording: 'Dat hangt af van hetgeen de (potentiele) aanbidders op grond van de aanbesteding redelijkerwijs konden verwachten.' wellicht het meest voor de hand.

mr. M.M. Fimerius, Advocaat bij AKD

VOETNOTEN

- 1 HR, 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, r.o. 3.4, «JAAN» 2013/111.
- 2 R.o. 3.7.
- 3 R.o. 3.7 .
- 4 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Leeuwarden), 2 juli 2013, 200.116.512/01, ECLI:NL:GHARL:2013:4715, «JAAN» 2013/149.
- 5 R.o. 6.4.
- 6 In zijn noot onder dit arrest noemt mr. G. 't Hart deze benadering van het gerechtshof de opt-in benadering («JAAN» 2013/149).

- 7 R.o. 3.1.
- 8 R.o. 3.2.
- 9 HvJ EU 29 april 2004, zaak C-496/99, pt. 111.
- 10 Vgl. HR RZG/Conformed, r.o. 3.5.2; Hof Arnhem 23-1-2012, LJV BV1139, r.o. 4.8; VZR. Rb. Arnhem 7-12-2011, LJV BU9748, r.o. 4.4; VZR. Rb. Arnhem 8 september 2011, LJV BT2628, r.o. 4.9; VZR. Rb. Alkmaar 17 april 2008, LJV BC9684, r.o. 4.5.
- 11 Vgl. VZR. Rb. Arnhem 7 december 2011, LJV BU9748, r.o. 4.14; VZR. Rb. Arnhem 19 november 2010, LJV BO5264, r.o. 4.7; VZR. Rb. Breda 18 december 2007, LJV BC2366, r.o. 3.6 en 3.8.
- 12 Vgl. VZR. Rb. Arnhem 7 december 2011, LJV BU9748, r.o. 4.14; Rb. Amsterdam 23-4-2008 , LJV BE9582, r.o. 5.1.3. t/m 5.1.5.
- 13 Vgl. Hof Arnhem 23 januari 2012 , LJV BV1139, r.o. 4.6 en 4.7; VZR. Rb. 's Gravenhage 13 oktober 2011, LJV BU5872, r.o. 4.2; VZR. Rb. Alkmaar 17 april 2008, LJV BC9684, r.o. 4.3; VZR. Rb. Breda 21 december 2007, LJV BC2367, r.o. 3.7; VZR. Rb. Breda 18 december 2007, LJV BC2366, r.o. 3.; Rb. Utrecht 21 november 2007, LJV BB8610, r.o. 4.2; Rb. 's Hertogenbosch 9 mei 2007, LJV BA5770, r.o. 4.4.